

Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence

Faustine Jacomino

► To cite this version:

Faustine Jacomino. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence. Droit. Université Côte d'Azur, 2018. Français. NNT : 2018AZUR0017 . tel-02426266

HAL Id: tel-02426266

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02426266>

Submitted on 2 Jan 2020

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

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



THÈSE DE DOCTORAT

Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel

**Entre droit commun des contrats et droit des pratiques
restrictives de concurrence**

Faustine JACOMINO

GREDEG-CREDECO
CNRS UMR 7321

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur**

Dirigée par : Mme le Professeur Eva Mouial
Bassilana

Soutenue le : 16 juillet 2018

Devant le jury, composé de :

Mme le Professeur Muriel Chagny

M. le Professeur Thomas Génicon

M. le Professeur Mathias Latina

M. le Professeur Jean-Baptiste Racine

M. le Professeur Jean-Christophe Roda

Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel

Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence

Jury :

Rapporteurs :

Mme le Professeur Muriel Chagny (Versailles Saint Quentin-en-Yvelines)

M. le Professeur Thomas Génicon (Rennes 1)

Membres :

M. le Professeur Mathias Latina (Nice)

M. le Professeur Jean-Baptiste Racine (Nice)

M. le Professeur Jean-Christophe Roda (Lyon 3)

Directeur de thèse : Mme le Professeur Mouial Bassilana (Nice)

Titre : Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence

Résumé : Le contrôle de l'équilibre contractuel constitue l'un des marqueurs du droit des contrats contemporain. Plusieurs fondements président à l'instauration d'un tel contrôle. Certains auteurs évoquent la morale, d'autres la justice contractuelle et d'autres enfin son utilité économique. Appliqués aux déséquilibres entre professionnels, les outils mis en œuvre pour assurer ce contrôle trahissent l'existence d'un contrôle objectif de l'équilibre attendu du contrat. L'équilibre subjectif voulu par les parties n'est pas écarté, mais il se trouve concurrencé par la détermination d'une forme d'équilibre objectif motivé tant par la volonté de protéger la partie faible que par celle de promouvoir une certaine vision de l'économie, et des échanges commerciaux. Le droit des pratiques restrictives se présente à cet égard comme une discipline intégratrice permettant d'allier protection de la partie faible et protection du marché. L'influence que cette discipline exerce sur le droit commun des contrats, et la « civilisation », à l'inverse, du droit de la concurrence sous l'influence du droit commun, permettent d'éclairer les rouages de ce contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

Cette étude propose de décrire l'objectivation des critères d'identification du déséquilibre contractuel et celle des remèdes qui lui sont réservés. Pour ce faire, le droit commun des contrats et celui des pratiques restrictives de concurrence seront mis en miroir afin d'éclairer les implications de ce contrôle sur l'une et l'autre des matières. Plus exactement, cette thèse propose de déjouer les phénomènes de superposition et de concurrence des dispositifs de contrôle objectif de l'équilibre contractuel existant dans ces deux disciplines par une identification précise de leurs champs d'applications et de leurs objectifs respectifs. Elle tend enfin à décrire les fonctions de ce contrôle objectif tant à l'égard des parties qu'à celui du marché, en insistant sur la nécessité d'envisager conjointement les dimensions micro et macro-économiques des contrats étudiés.

Mots clés : Équilibre contractuel – objectivité – déséquilibre significatif – ordre public de protection – ordre public de direction – pratiques restrictives.

Thesis title : Objective control of contractual balance. Between contract law and restrictive practices.

Abstract : Control of contractual balance is one of the markers of contemporary contract law. Such control is grounded in several basic concepts: some authors refer to morality, while others invoke contractual justice or its economic relevance. Applied to imbalance between professionals, the tools implemented to ensure this control reveal the existence of objective control of the contracts' expected balance. Although the subjective balance sought by the parties is not set aside, it is overshadowed by the determination of a kind of objective balance motivated by a will both to protect the weaker party and to promote a certain vision of the economy, and commercial exchanges. In this respect, restrictive practices law is an integrative discipline in which it is possible to combine protection of the weaker party with protection of the market. The influence of this discipline on common contract law and, conversely, the "civilization" of competition law under the influence of common law help better understand the mechanism of such objective control of contractual balance.

This research aims to describe the objectification of identification criteria for contractual imbalance and the ways of remedying it. To this end, common contract law and law governing restrictive competition practices will be compared to shed light on such control in both these areas. More specifically, this thesis proposes to thwart phenomena of superimposition of and competition between existing systems for the objective control of contractual balance in both these disciplines through precise identification of their fields of application and their respective purposes. It also aspires to describe the functions of such objective control for both the parties and the market by emphasizing the need to examine these contracts by taking into consideration together both their micro and macroeconomic dimensions.

Keywords : contractual balance - objectivity - significant imbalance - public order of protection - public order of direction - restrictive practices.

*L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la
présente thèse.*

Ceux-ci sont propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie le Professeur Eva Mouial Bassilana d'avoir dirigé ce travail avec attention et bienveillance. Sa confiance et ses encouragements ont été de solides appuis. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma reconnaissance.

Que soient enfin remerciés mes nombreux relecteurs pour leur amitié et le temps qu'ils ont consacré à lire certains passages de cette thèse.

*À mes parents,
À Félix,
À Cédric et Léa,*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>ADLC</i> :	Autorité de la concurrence
<i>Aff.</i> :	Affaire
<i>AJCA</i> :	Actualité juridique, contrats d'affaires (Dalloz)
<i>AJDI</i> :	Actualité juridique de droit immobilier (Dalloz)
<i>Al.</i> :	Alinéa
<i>Arch. Phil. Droit</i> :	Archives de philosophie du droit
<i>Art.</i> :	Article
<i>BJED</i> :	Bulletin Joly Entreprises en Difficulté (Lextenso)
<i>BJS</i> :	Bulletin Joly Sociétés (Lextenso)
<i>C. civ.</i> :	Code civil
<i>C. civ. Anc.</i> :	Code civil de 1804
<i>C. consom.</i> :	Code de la consommation
<i>C. com.</i> :	Code de commerce
<i>CA</i> :	Cour d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i> :	Cahiers de droit de l'entreprise (LexisNexis)
<i>Cass.</i> :	Cour de cassation
<i>CE</i> :	Conseil d'État
<i>CEDH</i> :	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>CEPC</i> :	Commission d'examen des pratiques commerciales
<i>Ch.</i> :	Chambre
<i>Chron.</i> :	Chronique
<i>Civ.</i> :	Chambre civile
<i>CJCE, CJUE</i> :	Cour de justice des Communautés européennes, Cour de justice de l'Union européenne
<i>CNRTL</i>	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
<i>Com.</i> :	Chambre commerciale
<i>Comm.</i> :	Commentaire
<i>Concurrences</i> :	Revue des droits de la concurrence
<i>CCE</i> :	Revue Communication, commerce électronique (LexisNexis)

<i>CCC</i> :	Revue Contrats, concurrence, consommation (LexisNexis)
Cons. conc. :	Conseil de la concurrence
Cons. constit. :	Conseil constitutionnel
<i>D.</i> :	Recueil Dalloz (Dalloz)
<i>Dalloz IP/IT</i> :	Droit de la propriété intellectuelle et du numérique (Dalloz)
<i>Defrénois</i> :	La revue du notariat (Lextenso)
<i>DH</i> :	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
Dir. :	Sous la direction de ou directive selon le contexte
<i>Dr. & patr.</i> :	Revue Droit et patrimoine (Lamy)
<i>Dr. soc.</i> :	Revue Droit social (Dalloz)
<i>Dr. sociétés</i> :	Revue droit des sociétés (LexisNexis)
<i>Droits</i> :	Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques (PUF)
<i>Économie rurale</i> :	Revue d'économie rurale (Société française d'économie rurale)
Éd. :	Édition
Fasc. :	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i> :	Gazette du Palais (Lextenso)
<i>Harv. L. Rev.</i> :	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Ibid.</i> :	<i>Ibidem</i>
<i>In</i> :	Dans
<i>infra</i> :	Plus bas
<i>J-Cl.</i> :	Juris-Classeur (LexisNexis)
<i>JCP G, E, N</i> :	Semaine juridique générale, entreprise, notariale et immobilière (LexisNexis)
<i>JDI</i> :	Journal de droit international (LexisNexis)
JurisData :	Décision disponible sur la base de données JurisData de LexisNexis
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loyers et copr.</i> :	Revue Loyers et copropriété (LexisNexis)
<i>LPA</i> :	Les Petites affiches (Lextenso)
Mél. :	Mélanges
N°, n°s :	Numéro, numéros
not. :	Notamment

obs. :	Observations
<i>op. cit.</i> :	Opere citato
p., pp. :	Page, pages
préc. :	Précité
préf. :	Préface
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses universitaires de France
<i>RCA</i> :	Responsabilité civile et assurances (LexisNexis)
<i>RDA</i> :	Revue de droit d'Assas
<i>RDC</i> :	Revue des contrats (Lextenso)
<i>Rép. civ., com., proc. coll.</i> :	Répertoire civil, commercial et procédure collective (Dalloz)
Règl. :	Règlement
<i>Rev. jur. de l'Ouest</i> :	Revue juridique de l'Ouest
<i>Rev. sociétés</i> :	Revue des sociétés (Dalloz)
<i>RD aff. int.</i> :	Revue de droit des affaires internationales (Thomson/Sweet & Maxwell)
<i>RDP</i> :	Revue du droit public (Lextenso)
<i>REI</i> :	Revue d'économie industrielle
<i>RFDA</i> :	Revue française de droit administratif (Dalloz)
<i>RGDA</i> :	Revue générale du droit des assurances (Lextenso)
<i>RID comp.</i> :	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i> :	Revue internationale de droit économique
<i>RJ com.</i> :	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i> :	Revue de jurisprudence de droit des affaires (éditions F. Lefebvre)
<i>RLDC</i> :	Revue Lamy droit civil (Lamy)
<i>RLC</i> :	Revue Lamy concurrence (Lamy)
<i>RLCT</i> :	Revue Lamy collectivités territoriales (Lamy)
<i>RLDA</i> :	Revue Lamy droit des affaires (Lamy)
<i>RRJ</i> :	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
<i>RTD civ.</i> :	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
<i>RTD com.</i> :	Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)

<i>RTDF</i> :	Revue trimestrielle de droit financier (Thomson-Transactive)
s. :	Suivants
Soc. :	Chambre sociale
spéc. :	Spécialement
<i>supra</i> :	Plus haut
t. :	Tome
thèse dactyl. :	Thèse dactylographiée
T. com. :	Tribunal de commerce
TGI :	Tribunal de grande instance
v. :	Voir
vol. :	Volume

PLAN

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION OBJECTIVE DES DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS

TITRE 1 : L'OBJECTIVATION DES CRITÈRES D'IDENTIFICATION DES DÉSÉQUILIBRES

Chapitre 1 : Le recul de la volonté subjective des parties au profit de l'économie générale du contrat

Chapitre 2 : La généralisation du déséquilibre significatif

TITRE 2 : LE SPECTRE DE LA « CAUSE »

Chapitre 1 : Le contrôle de l'existence de la contrepartie

Chapitre 2 : Le contrôle de l'équilibre du contrat sous le prisme de sa licéité

SECONDE PARTIE : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS

TITRE 1 : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS À L'ÉCHELLE DES PARTIES

Chapitre 1 : La disparition de tout ou partie du contrat déséquilibré

Chapitre 2 : L'adaptation amiable du contrat déséquilibré

TITRE 2 : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS À L'ÉCHELLE DU MARCHÉ

Chapitre 1 : La fonction normative du traitement des déséquilibres contractuels

Chapitre 2 : La fonction régulatrice du traitement des déséquilibres contractuels

INTRODUCTION

Propos liminaires (n° 1 à 4). – I. Définition des termes du sujet. – II. Périmètre de l'étude. – III. Enjeux de l'étude. – IV. Émergence historique du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. – V. Éléments de droit comparé du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. – VI. Problématisation. – VII. Méthode de recherche. – VIII. Annonce de plan

« Le droit de l'État moderne a entendu éliminer tout rapport impliquant une dépendance entre deux personnes privées, mais la vie sociale, plus impérieuse et plus forte que le droit étatique, s'est vengée en édifiant, parallèlement et en opposition avec lui, une série d'ordres partiels au sein desquels ces rapports, nécessaires, peuvent s'établir dans des conditions plus convenables ».

Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

1. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel ne fait pas partie de ces expressions consacrées par le droit. L'expression pourrait même passer pour une formule incantatoire, tant le sens des mots employés ici interpelle. Pourtant, celui-ci est loin d'être une *terra incognita* de la discipline contractuelle. Il désigne l'ensemble des dispositifs juridiques destinés à assurer au contrat son équilibre indépendamment de la volonté des parties. Le temps est loin désormais où l'on prêtait au dogme de l'autonomie de la volonté un pouvoir hégémonique¹. Les protections catégorielles sont devenues légion, et la confiance que plaçait le législateur dans les professionnels a cédé le pas à un certain soupçon. La crainte exprimée est celle de l'exploitation d'une dépendance, d'une position de marché permettant d'imposer à son cocontractant un déséquilibre contractuel.

2. La tendance est générale et manifeste la diversité des intérêts en présence. La réforme du droit des contrats a néanmoins doté la question d'un rayonnement inédit. L'ordonnance du 10 février 2016² a consacré, dans le droit commun, plusieurs instruments de contrôle objectif

¹ Compte-rendu intégral des débats, séance publique au Sénat du 11 avr. 2018, M. Jacques Bigot : « Les notions d'autonomie de la volonté et de liberté des contractants ont été quelque peu abandonnées au fil du temps, car il peut arriver, à un moment donné, que les rapports entre des contractants soient déséquilibrés ». (disponible sur le site internet du Sénat). <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html> ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Université de Bourgogne, 1912 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, 1980.

² L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le texte de cette loi a été définitivement adopté par les sénateurs le 11 avril 2018 après deux lectures par

de l'équilibre contractuel initialement réservés à certaines branches du droit, tandis qu'elle a rompu, dans le même temps, avec la figure tutélaire de la cause qui avait pourtant démontré des aptitudes à l'exercice d'un tel contrôle. Étudier le contrôle objectif de l'équilibre contractuel revient, dans ce contexte, à appréhender un droit en instance, dans l'attente d'une mise à l'épreuve qui libèrerait ses effets. L'attente est en réalité pour partie consommée pour autant que l'on s'intéresse aux dispositifs existant dans les autres disciplines. Le droit des pratiques restrictives fournit à cet égard un champ d'étude pertinent. Force d'« attraction »³ du droit des contrats, le droit de la concurrence et plus particulièrement celui des pratiques restrictives se présente comme un laboratoire d'étude du contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans les rapports entre partenaires commerciaux.

3. Ce pouvoir d'attraction du droit de la concurrence amplifie d'ailleurs l'intérêt de la question traitée, dans la mesure où il manifeste tout à la fois un retour de l'État dans le domaine contractuel et une réassignation de la place attribuée au droit commun des contrats dans le paysage juridique. L'on peut même affirmer que le thème de l'équilibre contractuel révèle aujourd'hui une authentique empreinte du droit des pratiques restrictives sur le droit des contrats. Alors que le droit des pratiques restrictives appelle l'État au secours des relations commerciales dominées par une asymétrie de puissances économiques, le droit commun des contrats se fait l'écho de cette préoccupation et mobilise des outils dédiés à la gestion des déséquilibres induits par ce type de relation.

4. La question du contrôle objectif de l'équilibre contractuel revêt aussitôt un intérêt singulier et incite à mettre en perspective les logiques respectives des deux disciplines. Le droit des pratiques restrictives se présente comme le terreau fertile de l'avènement d'un droit économique des contrats, dans le même temps qu'il apparaît comme une grille de lecture pertinente des transformations opérées par l'ordonnance du 10 février 2016. C'est à la lumière de ce constat que se révèle la nécessité d'interroger le sens d'un contrôle de l'équilibre

l'Assemblée nationale et le Sénat et la désignation d'une Commission mixte paritaire. L'Assemblée nationale avait pour sa part adopté le texte de la Commission mixte paritaire le 22 mars 2018. Le dossier législatif complet est disponible dans son intégralité sur le site internet du Sénat. Les textes visés tout au long de la thèse sont par conséquent ceux figurant dans la loi précitée sauf mention explicite contraire. <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html> ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *Étude, JCP G*, n° 18, 30 Avril 2018, doctr. 529 qui utilisent l'expression de « ratification-rectification » ; M. Latina, La loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, Billet *Dalloz actu*. 16 avr. 2018.

³ M. Chagny, L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.* 2011, p. 392.

contractuel fondé sur le contenu et la rationalité économique du contrat, dit autrement : d'un contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

I. Définition des termes du sujet

5. Le « contrôle objectif de l'équilibre contractuel » suppose d'éclairer le sens des termes employés dans cet intitulé. Le contrôle se définit comme la « vérification »⁴ l'examen de « quelque chose afin d'examiner si les conditions demandées sont remplies »⁵. Appliqué à notre sujet, cela signifie qu'il s'agira d'étudier les mécanismes juridiques permettant d'examiner et de vérifier le bon équilibre du contrat. Cette définition du contrôle révèle en négatif la notion de conformité que recouvre le terme d'équilibre. Contrôler l'équilibre du contrat revient en effet à appréhender celui-ci comme une infirmité, une défaillance compromettant la bonne validité du contrat.

6. Plus délicate est en revanche la tâche qui consiste à définir l'adjectif qualificatif « objectif » compte tenu de la polysémie du terme⁶. L'objectivité scientifique désigne en effet « la qualité de ce qui donne une représentation fidèle d'un objet de connaissance »⁷ tandis que l'objectivité, dans son acception philosophique, renverrait pour sa part au caractère « de ce qui existe indépendamment de l'esprit »⁸. L'utilisation par les juristes du terme d'objectivité conduit cependant à penser qu'il existerait une acception juridique de l'objectivité. Cela n'éclaircit pas davantage la question de la définition, les juristes faisant usage de ce nom pour désigner des situations différentes⁹. On peut toutefois prendre appui sur les usages de ces

⁴ Le grand Robert de la langue française « contrôle » sens 2 : « Vérification, inspection, pointage » ; Dictionnaire Littré en ligne « contrôle ». V. également, G. Cornu, Vocabulaire juridique, 12e éd., PUF, 2018, sens 1 : « Vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement ».

⁵ CNRTL Centre national de ressources textuelles et lexicales, Sens 1, B.

⁶ L'adjectif qualificatif renvoie au nom féminin « objectivité » dont les définitions sont nombreuses et variées. V. Littré en ligne « Objectivité » Sens 1 : « Qualité de ce qui est objectif ; existence des objets en dehors de nous » ; CNRTL « objectivité » Sens 1, A « Qualité de ce qui existe en soi, indépendamment du sujet pensant », sens 1, B « Qualité de ce qui donne une représentation fidèle de la chose observée ».

⁷ CNRTL, « objectivité » Sens 2 ; Le grand Robert de la langue française « objectivité » sens 2 « Qualité de ce qui donne une représentation fidèle d'un objet ».

⁸ CNRTL, « objectivité » Sens 1.

⁹ On parle notamment de recours de « plein contentieux objectif » pour désigner notamment le contentieux fiscal, le contentieux électoral, le contentieux des autorisations de plaider, le contentieux des édifices menaçant ruine et celui des immeubles insalubres mais aussi le contentieux des sanctions infligées à un administré. V. aussi l'expression de « responsabilité objective qui désigne les régimes de responsabilité civile sans faute. V. enfin D. Alland, S. Rials, (sous la direction de), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, « Équité » qui distingue l'équité subjective de l'équité objective, et qui se rapproche de la distinction proposée ici entre contrôle objectif et subjectif de l'équilibre contractuel. Dans son acception subjective « on entend alors par équité ce que le for intérieur considère, dans un cas particulier, comme conforme à la justice, sans égard pour le droit strict. » Tandis que dans son acception objective « l'équité devient un moyen légitime de compléter les règles juridiques,

termes pour percer à jour une définition de l'objectivité. Il semble en effet qu'il faille comprendre l'objectivité à l'aune du rapport antinomique qu'elle entretient avec la subjectivité. Cette opposition a pris un sens tout particulier dans son application à la notion de cause telle qu'elle figurait dans le Code civil de 1804 à l'article 1131. La cause objective renvoyait à la contrepartie abstraite et immédiate qu'envisage de recevoir un cocontractant, tandis que la cause subjective supposait, au contraire, que l'on dépasse la contrepartie ainsi identifiée pour s'attacher aux mobiles plus éloignés des parties, à une recherche de leur volonté plus poussée et donc plus incertaine. Bien que certains auteurs aient souligné le caractère caricatural de cette distinction¹⁰, cette dernière continue d'orienter une large part des débats relatifs au contrôle de l'équilibre du contrat. L'acception retenue de l'objectivité dans les développements à venir sera donc la suivante : il s'agira d'étudier l'action qui consiste à identifier les déséquilibres contractuels par référence au contenu du contrat appréhendé comme un objet économique, et non en s'attachant à la volonté subjective des parties. Cela ne signifie pas que le contrôle objectif ait aboli toute appréhension subjective du déséquilibre contractuel. Bien au contraire. Cette étude prendra soin de déterminer les limites d'un tel contrôle et le point d'achoppement du contrôle objectif et subjectif de l'équilibre du contrat. Elle s'attachera néanmoins à décrire le phénomène qui consiste à faire primer le contrôle objectif sur le contrôle subjectif, représentatif, à notre sens, d'une tendance forte de rajeunissement et d'intégration du droit des contrats dans les disciplines « économiques » du droit.

7. Enfin, l'expression d'« équilibre contractuel¹¹ » devra être entendue comme le « juste rapport »¹² entre les droits et les obligations des parties, le « rapport considéré comme bon entre des choses opposées »¹³, « leur harmonie »¹⁴. L'équilibre ne désigne donc ni un équilibre absolu, ni moins encore un équilibre mathématique, mais la conciliation de forces et d'intérêts

ou de corriger l'application particulière d'une règle [...] un premier mode d'utilisation est purement objectif lorsque la jurisprudence pose de son chef des solutions ou découvre des principes généraux du droit fondés sur une règle d'équité [...] Dans ces manifestations objectives, l'équité se présente comme un instrument destiné à mieux assurer l'égalité, ou plus exactement l'idée fondamentale d'équilibre ».

¹⁰ J. Rochfeld, Cause, *Rép. civ.* 2012, n°19 ; E. Mouial Bassilana, Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003 ; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°409, p. 443.

¹¹ L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, Thèse, LGDJ, 2002. Il est significatif que plusieurs manuels de droit des contrats postérieurs à l'ordonnance du 10 février 2016 utilisent l'expression d'« équilibre contractuel », qui auparavant n'y figurait pas.

¹² CNRTL « équilibre » sens 2, A. V. également Dictionnaire Littrée en ligne « équilibre » sens 4 : « Juste proportion, juste mesure. »

¹³ Le grand Robert de la langue française, « équilibre » sens 3.

¹⁴ *Ibid.*

contraires dans un objectif de réussite de l'opération contractuelle pour l'ensemble des parties.

II. Périmètre de l'étude

8. L'étude du contrôle objectif de l'équilibre contractuel implique de définir un périmètre. Plusieurs options s'imposent, notamment celle qui consiste à s'attacher à des contrats communément présentés comme l'expression d'un déséquilibre. Dans cette perspective, le contrat de consommation relève *a priori* du périmètre d'étude possible. L'ambition du présent travail est cependant différente : il s'agit de traiter du déséquilibre là où celui-ci est traditionnellement esquivé ; là où les acteurs présentent en théorie, les gages de force, d'expérience et de connaissance suffisants pour produire une convention équilibrée. À cet égard, les contrats conclus entre professionnels¹⁵ constituent un domaine d'étude approprié. Leur étude suppose néanmoins de dépasser le seul droit commun des contrats, dans la mesure où celui-ci n'offre pas — ou plutôt n'offrirait pas jusqu'à la réforme — des outils adaptés au traitement des déséquilibres qui affectent les contrats d'affaires¹⁶. Le droit de la concurrence fournit dans ce contexte un éclairage essentiel. Le pont jeté entre ces disciplines trouve une assise particulièrement solide dans le droit des pratiques restrictives de concurrence traversé par le double apport du droit des contrats et du droit *antitrust*¹⁷. Cette discipline intégratrice, décrite par certains auteurs, ne s'affilie pas aisément. Elle semble opérer des allers-retours permanents entre droit commun des contrats et droit des pratiques

¹⁵ Le terme de « professionnels » devra être entendu, dans le cadre de la présente étude comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel » au sens de l'art. liminaire du C. consom. Sur la notion de professionnel, G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017, n°61-72, pp. 53-59 ; S. Raimond, Brèves réflexions sur la qualification de professionnel à partir de la jurisprudence récente en droit de la consommation, *LPA* 15 déc. 2015, 6.

¹⁶ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, LGDJ, 2004, n°873, p. 839 : « Faut-il ou non compléter l'arsenal existant et, dans l'affirmative, de quelle façon ? [...] À première vue, la protection qu'offrent les outils du Code civil semble ne plus suffire ; du moins est-ce l'impression qui se dégage, d'une part des dispositions que le législateur ajoute, au fil des réformes, au droit de la concurrence et, d'autre part des tentatives des contractants qui recherchent le secours des droits spéciaux. »

¹⁷ Pour des études sur la convergence du droit commun des obligations et du droit de la concurrence V. M. Chagny, *op. cit.* ; M. Behar-Touchais, L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éditions Frison-Roche, 2004, p. 235 à 250 ; Sur la convergence plus générale du droit commun des contrats et du droit du marché Y. Picod, *Droit des contrats et droit du marché : entre harmonie et turbulences*, *RDC* 2006, n°4, p. 1330 ; *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, *RTD com.* 1998.

anticoncurrentielles. À cet égard, le succès¹⁸ rencontré par le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code confirme l'intérêt d'un instrument hybride à la fois contractuel et concurrentiel pour œuvrer à la lutte contre les déséquilibres contractuels. Alors que le déséquilibre demeurait cantonné jusqu'alors à des considérations d'ordre moral, éthique ou de justice contractuelle, le droit des pratiques restrictives porte la focale sur la dimension concurrentielle d'un tel outil. Le périmètre du droit des affaires offre donc la possibilité de se « situer au carrefour d'une pluralité de disciplines juridiques¹⁹ ». Cela ne signifie pas que les spécificités propres à ces disciplines seront gommées, mais il s'agira de prendre acte de cette imbrication disciplinaire dans la promotion de l'étude du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Il n'en demeure pas moins que le saisissement du droit des contrats par le droit de la concurrence et plus particulièrement par le Livre IV du Titre IV du Code de commerce réactive certaines résistances.

III. Enjeux de l'étude

9. Le droit des pratiques restrictives constitue une discipline mal aimée par de nombreux auteurs qui y voient la « boîte de Pandore²⁰ » d'un interventionnisme étatique inopportun²¹. La

¹⁸ Succès auprès des justiciables puisque le déséquilibre significatif est aujourd'hui la première pratique restrictive invoquée en justice, mais succès également doctrinal compte tenu de la quantité d'articles et d'ouvrages consacrés à cette pratique. V. notamment, M. Chagny, L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif, cinq ans après ? *RTD com.* 2013, p. 500 ; J.-L. Fourgoux, L. Djavadi, Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence, *JCP E*, n° 50, 12 décembre 2013, 1691 ; J.-L. Fourgoux, M. Chagny, J. Riffault-Silk, Ch. Pecnard, D. Tricot, Approches plurielles du déséquilibre significatif, *Concurrences*, n° 2-2011 ; E. Gicquiaud, Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif, *RTD com.* 2014, p. 267 ; N. Mathey, Du déséquilibre significatif, *CCC* n° 11, nov. 2011. Repère 10 ; E. Mouial Bassilana, Déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, *JurisClasseur Concurrence-consommation*, fascicule 730, juill. 2015 ; G. Parléani, Le devenir du déséquilibre significatif, *AJCA* 2014, p. 104 ; K. Riera-Thiebault, A. Covillard, La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? *Gaz. Pal.* 14 févr. 2013, n° 45, p. 6 ; M. Behar-Touchais, La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels, *RDC* 2009, n° 1 p. 202 ; Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? » *RLC* 2010/23, p. 43 et s. ; Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n° 21, 25 mai 2015, doct. 603 ; N. Lajnef, Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, *RLC* 2014 n° 39.

¹⁹ M. Mohamed Salah, La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires, *RJ Com.* 1997, p. 298. et p. 301 : « Le droit des affaires apparaît, alors, comme l'expression d'une synthèse, rendue à la fois nécessaire et possible par l'existence de liens entre des concepts, des institutions voire des branches spéciales dont l'intelligence requiert une mise en perspective – que seule cette discipline peut effectuer ». V. aussi l'articulation du droit des affaires avec le droit commun des contrats, B. Fages, Un nouvel espace pour le droit des affaires, *Gaz. Pal.* 2017, hors-série 3, p. 11 ; H. Barbier, Un nouveau droit commun des contrats au service du droit français des affaires, *Gaz. Pal.* 2017, hors-série 3, p. 5 ; M. Chagny, Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, *RTD com.* 2016, p. 451.

²⁰ R. Lesueur, F. Pineau, L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : nouvelle boîte de Pandore ? *JCP E* n° 51-52, 19 Décembre 2013, 921.

critique n'est pas illégitime tant ce droit « contractuel de la concurrence²² » se constitue depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 comme un droit interventionniste. Le ministre de l'Économie fait office de régulateur des relations commerciales, tandis que la liste des pratiques incriminées par l'article L. 442-6 ne cesse d'enfler au gré des lois successives²³. Cependant, le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce répond à une attente des professionnels. Et pour cause, l'abus de dépendance économique de l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce n'a pas remporté le succès que l'on pouvait en attendre²⁴, tandis que sa suppression de la liste des pratiques restrictives de concurrence par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008²⁵ laissait les acteurs économiques quelque peu démunis. Certains auteurs s'interrogeaient dès avant sur l'opportunité d'une « catégorie nouvelle de “professionnel en état de faiblesse”²⁶ ». C'est chose faite avec le déséquilibre significatif qui s'érige en nouveau droit commun de la protection des professionnels en situation de faiblesse.

10. Les récentes affaires *Booking*²⁷ et *Expedia*²⁸ et celles à venir à l'endroit d'*Amazon*²⁹ de *Google* et d'*Apple*³⁰ démontrent l'intérêt de ce dispositif face aux pouvoirs privés

²¹ Ch. Babusiaux, L'évolution des conceptions de la concurrence et les pouvoirs publics, *Rev. Conc. Cons.* n°86, juill.-août 1995, p. 53 et s., spéc. p. 57 : « Le droit de la concurrence n'est pas là pour défendre l'équité, l'équilibre des contrats » ; C. Lucas de Leyssac, M. Chagny, Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique, *RDC* 2009, p. 1268 parlant de « monstre juridique » ; M. Behar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? » *RLC* 2010/23, p. 43 et s. ; M. Chagny, Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? *CCC* 2008, alerte, 70 évoque une « arme de destruction massive » ; M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°802, p. 776 : « En instituant une « protection directe » des cocontractants sur le fondement du droit de la concurrence, on assigne à ce dernier un rôle qui n'est pas le sien, au risque de reléguer au second plan, voire de sacrifier, l'objectif majeur que constitue le bon fonctionnement du marché, lequel ne s'harmonise pas toujours au mieux avec la protection des opérateurs ; Dénonçant la « dérive administrative du droit français » G. Parléani, Loi Macron : toujours plus en « pratiques restrictives », *AJCA* 2015, p. 407.

²² M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°797, p. 772.

²³ L'article L. 442-6, I du C. com. sanctionne depuis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, pas moins de treize pratiques.

²⁴ A. Decocq, G. Decocq, Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'union européenne, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd. 2016, n°294, p. 365.

²⁵ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite « LME » a modifié l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce en supprimant le 2° relatif à l'abus de dépendance économique, pour le remplacer par le déséquilibre significatif.

²⁶ J.-B. Racine, F. Siirainen, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 2007, t. XXI, 3, p. 272.

²⁷ T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Économie et des Finances et autres / Société *Booking.com* B.V et Société *Booking.com* France)

économiques globaux qui parviennent à soumettre leurs partenaires commerciaux à des déséquilibres significatifs. L'enjeu économique est de taille, et le *quantum* de l'amende civile encourue sur le fondement de l'article L. 442-6, III alinéa 2 du Code de commerce³¹ se veut à la hauteur du préjudice causé à l'économie³². Les États généraux de l'alimentation qui se sont tenus au mois de juillet 2017 ont souligné pour leur part l'opportunité du droit des pratiques restrictives dans les relations entre les producteurs agricoles et les industriels de la transformation. La Commission européenne a publié dans cette perspective une proposition de Directive le 12 avril 2018³³ destinée à sanctionner les pratiques commerciales déloyales en cours dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

²⁸ T. com. Paris, 7 mai 2015, Min. de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique c/ *Expedia Inc* et a. CCE n°7, juill. 2015, comm. 58, obs. G. Loiseau ; CA Paris 21 juin 2017, 15/18784, *Gaz. Pal.* 2017, n°30, p. 21, obs. F. Jacomino.

²⁹ V. L'assignation de Monsieur Bruno Le Maire, ministre de l'Économie à l'encontre de trois sociétés du groupe *Amazon* devant le tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com. après une enquête de la DGCCRF de plusieurs années. *Le Monde* 18 déc. 2017 : « La DGCCRF assigne *Amazon* en justice pour pratiques abusives envers ses fournisseurs ».

³⁰ Monsieur Bruno Le Maire a annoncé le 14 mars 2018, qu'il allait assigner *Apple* et *Google* devant le tribunal de commerce de Paris sur le fondement du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° C. com. Il s'agit plus précisément des contrats passés entre les développeurs d'application et les stores (*Apple Store* et *Play Store*) de ces deux entreprises. Le ministre de l'Économie a ainsi déclaré : « J'apprends que lorsque des développeurs veulent développer leur application et la vendre à *Google* ou à *Apple*, ils se voient imposer des tarifs, *Google* et *Apple* récupèrent les données et peuvent modifier unilatéralement les contrats ». *Le Monde* 14 mars 2018 : « L'Etat va assigner *Google* et *Apple* en justice, annonce Bruno Le Maire ».

³¹ La loi *Sapin 2* n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a fait passer le maximum de l'amende civile prononcée de 2 à 5 millions d'euros. Art. L. 442-6, III al. 2 C. com. : « Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ».

³² On citera à titre d'exemple la décision de la Cour d'appel de Paris du 11 septembre 2013, affaire *Eurauchan* n° 11/17941, confirmée par Com. 3 mars 2015 n°13-27525 qui a condamné la société *Eurauchan* au paiement d'une amende civile d'un million d'euros ; celle de la Cour d'appel de Paris, pôle 5, 4e ch., 1er juillet 2015, n° 13/19251, min. de l'Économie c/ *Galec*, confirmée par Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547 (n° 135 FS-P+B) qui avait condamné la société *Galec* au paiement d'une amende civile de deux millions d'euros. V. également l'amende civile d'un million d'euros prononcée à l'encontre de la société *Expedia* CA Paris 21 juin 2017, 15/18784. V. également l'Atelier de la DGCCRF du 19 mai 2017 intitulé « Le droit des pratiques restrictives de concurrence. Sortir du *statu quo*, pour quels objectifs ? » au cours duquel la Directrice, Madame Homobono a indiqué que depuis 2007 247 décisions avaient été rendues à l'initiative du ministre de l'Économie, que le montant des amendes civiles prononcées sur le fondement du Titre IV du Livre IV du Code de commerce s'élevait à 22 millions euros, et que le montant des restitutions aux acteurs économiques était en 2015 de 78 millions d'euros en 2015 contre 76 millions d'euros en 2016. (Le podcast de l'Atelier est disponible sur le site internet de la DGCCRF <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/podcast-latelier-droit-des-pratiques-restrictives-concurrence>)

³³ *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), 12 avr. 2018 ; V. la Fiche d'information de la Commission européenne intitulée « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire » du 12 avr. 2018 : « une consultation publique en ligne à l'échelle de l'Union menée au cours du deuxième semestre de 2017 a [...] confirmé que la majorité des parties intéressées, qu'il

11. La dimension collective des pratiques contractuelles en cours dans ces domaines et la peur de représailles des cocontractants démontrent la nécessité d'une implication active de l'État dans le combat mené. Loin de désinvestir le champ économique, l'État apparaît au contraire comme son « superviseur³⁴ », intervenant pour « fixer certaines règles du jeu³⁵ » et « protéger certains intérêts³⁶ ». Le droit des pratiques restrictives se présente à cet égard comme un droit subversif et perturbateur du bon ordonnancement juridique, qui participerait d'un « mélange des genres³⁷ » particulièrement préjudiciable. En effet, les auteurs peinent à identifier la paternité de cette branche du droit et redoutent, dans le même temps, un phénomène de contagion à l'égard du droit commun des contrats³⁸. Ces réactions trahissent la crainte d'un décroisement des disciplines et de la perte de la force symbolique du Code civil³⁹. L'ordonnance du 10 février 2016 concrétise assurément les craintes exprimées en introduisant plusieurs notions directement empruntées au Code de commerce.

12. Alors que la réforme du droit des contrats était présentée comme une « arlésienne », et que l'on était tenté de ne pas en attendre plus qu'une simple codification à droit constant, c'est un objectif plus ambitieux que fait apparaître le texte de l'ordonnance. Inscrite dans la réforme *J21*⁴⁰ destinée à « adapter notre droit aux enjeux économiques d'aujourd'hui⁴¹ », cette

s'agisse d'organisations professionnelles, du secteur agricole ou du secteur alimentaire, continuent de considérer que les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire constituent un problème. 96 % des personnes ayant répondu à la consultation publique de 2017 sur la modernisation de la PAC étaient d'accord avec la proposition selon laquelle l'amélioration de la position des agriculteurs dans la chaîne de valeur, y compris en luttant contre les pratiques commerciales déloyales, devrait être un objectif de la politique agricole commune de l'Union. La plus récente enquête Eurobaromètre des citoyens de l'Union montre également que la majorité des citoyens sont favorables à un renforcement du rôle des agriculteurs dans la chaîne alimentaire ». http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-2703_fr.htm

³⁴ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 59.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* La lecture des termes employés par la Commission européenne à l'occasion de la présentation de la *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), du 12 avril 2018 est à cet égard instructive : « La Commission Juncker est une Commission qui protège et, face aux déséquilibres et aux comportements déloyaux qui pourraient être rectifiés, nous avons décidé d'agir et de présenter, pour la toute première fois, des propositions législatives visant à réglementer les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ».

³⁷ C. Chagny, *op. cit.*, n°803, p. 777.

³⁸ L. Idot, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats*, *RDC* 2004, p. 882 ; M. Chagny, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, *RDC* 2004, n°3, p. 861.

³⁹ M.-V. Jeannin, *Le déséquilibre significatif ou une atteinte significative à la liberté contractuelle ?* *LPA* 6 oct. 2011, p. 15 ; F. Buy, *Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce* *LPA* 17 déc. 2008, p. 3.

⁴⁰ C'est l'article 8 de la loi n°2015-177 de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2015 et publiée le 17 février 2015, qui a habilité le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La réforme *J21* désigne « un ensemble

réforme revendique un objectif autonome de protection de la partie faible⁴², et suscite en cela un rapprochement de la matière avec le droit des pratiques restrictives de concurrence. La convergence est d'ailleurs assumée par les articles 1143 et 1171 du Code civil qui empruntent au droit des pratiques anticoncurrentielles, et au droit des pratiques restrictives, les notions d'abus de dépendance économique et de déséquilibre significatif. Ces notions témoignent du « pouvoir symbolique de nomination ⁴³ » juridique et marquent un renouvellement des rapports entretenus par le droit des contrats à l'égard du réel. La « grammaire ⁴⁴ » de la réforme prend soin néanmoins de baliser l'usage de ces outils dotés d'un fort pouvoir d'attraction.

13. Les notions qui incarnaient la tradition civiliste ont ainsi cédé le pas, non sans difficulté⁴⁵, à des concepts rajeunis, au premier rang desquels se trouve le déséquilibre significatif. La suppression de la cause, notion trop hexagonale et polysémique, témoigne de la mise à mort de ces notions qui portaient à elles seules toute la tradition civiliste française. Le passage de témoin ne s'est pas opéré sans heurt et le vote de la loi portant ratification de

de mesures, issues de l'importante réflexion générale sur la justice de demain, dont le grand débat national réalisé à l'Unesco, les 10 et 11 janvier 2014, fut le point d'orgue [...] La réforme de modernisation de la justice du 21^e siècle a l'ambition de rendre la justice plus efficace, plus simple, plus accessible et plus indépendante. » V. Le dossier de présentation de la loi disponible sur le site internet du ministère de la justice http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dossier_de_presentation.pdf

⁴¹ Texte de présentation en Conseil des ministres du 25 février 2015 de la réforme du droit des contrats accessible sur le site internet de la Chancellerie, p. 1 http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

⁴² *Ibid.* V. pour un traitement plus transversal de la question la thèse de Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse, Bruylant Academia, 2004, celle de L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection des contractants*, Thèse, Toulouse, 2005 et celle de A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la notion de partie faible dans les contrats*, Thèse, Montpellier III, 2008.

⁴³ P. Bourdieu, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, 64, 1986, p. 13 : « Le droit est sans doute la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination qui crée les choses nommées et en particulier les groupes ; il confère à ces réalités surgies de ses opérations de classement toute la permanence, celle des choses, qu'une institution historique est capable de conférer à des institutions historiques. »

⁴⁴ Th. Génicon, *La grammaire dans la réforme du droit des contrats*, *RDC* 2016, n°4, p. 751. L'auteur souligne que les notions d'abus de dépendance économique et de déséquilibre significatif sont symptomatiques d'un usage des adjectifs qualificatif, dans l'ordonnance, destiné à délimiter les contours de ces notions nouvelles.

⁴⁵ V. L'amendement présenté devant l'Assemblée nationale par M. Bernalicis, Mme Autain, M. Coquerel, M. Corbière, Mme Fiat, M. Lachaud, M. Larive, M. Mélenchon, Mme Obono, Mme Panot, M. Prud'homme, M. Quatennens, M. Ratenon, Mme Ressiguié, Mme Rubin, M. Ruffin et Mme Taurine le 24 novembre 2017, portant sur la modification de l'article 1128 du C. civ. auquel il été proposé d'ajouter un 4° rédigé comme suit : « 4° Une cause licite dans l'obligation. » L'amendement propose également de créer un article 1163-1 au terme duquel : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » <http://www.assemblee-nationale.fr/15/amendements/0581/AN/73.pdf> L'amendement a été rejeté. V. également l'amendement présenté devant le Sénat par Mme Mélot et MM. Malhuret, Bignon, Capus, Chasseing, Decool, Fouché, Guerriau, Lagourgue et Wattebled le 17 oct. 2017 proposant la suppression pure et simple de l'article 1171 du C. civ. en raison du « très mauvais signal envoyé au monde des affaires » par ce texte. http://www.senat.fr/enseance/2017-2018/23/Amdt_9.html L'amendement a été retiré.

l'ordonnance a révélé des résistances très fortes des deux Chambres⁴⁶ à l'égard des nouveautés portées par la réforme⁴⁷. Le champ d'application du déséquilibre significatif de l'article 1171 du Code civil, la définition du contrat d'adhésion⁴⁸, celle de l'abus de dépendance, ou le pouvoir de révision du juge en cas d'imprévision ont cristallisé les débats parlementaires démontrant à cette occasion le caractère hautement stratégique des choix législatifs portés par la réforme.

14. La Chancellerie revendique ainsi des choix à l'attention directe des acteurs économiques⁴⁹, dans le même temps qu'elle présente la protection⁵⁰ comme un des trois objectifs de la réforme. La cohabitation de ces deux aspects suffit à susciter l'intérêt des juristes. Qui s'agit-il de protéger au juste ? Et de quoi et/ou de qui ? De telles interrogations à l'égard du Code civil surprennent. Le droit commun, à la différence du droit du travail ou du droit de la consommation ne repose pas sur une logique de protection catégorielle. Il est l'incarnation, au contraire, d'un référent commun et dépersonnalisé posant pour postulat l'égalité abstraite des individus⁵¹. L'intrusion d'une dimension protectrice préfigure donc, *a priori*, un changement de logique. Moins qu'un changement de logique, le Code civil se veut un miroir plus fidèle de la réalité des rapports contractuels. La logique de protection n'y est donc pas subjective, mais dépersonnalisée, objectivée. En d'autres termes, la protection n'est pas due à des parties identifiées par leur appartenance à une catégorie, mais elle s'entend

⁴⁶ V. sur ce point le projet de loi de ratification issu de la première lecture du Sénat du 9 juin 2017, celui issu de la première lecture de l'Assemblée nationale du 11 décembre 2017, celui du 1^{er} février 2018 issu de la deuxième lecture du Sénat, et celui issu de la deuxième lecture de l'Assemblée nationale le 15 février 2018. Le dossier législatif figure en intégralité sur le site internet du Sénat <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html#block-timeline>

⁴⁷ V. Le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, adopté en première lecture par le Sénat le 17 oct. 2017. <https://www.senat.fr/leg/tas17-005.html>

⁴⁸ C'est en effet un véritable feuilleton législatif qu'a donné à voir le contrat d'adhésion puisque pas moins de quatre définitions différentes se sont succédées à l'occasion des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. V. le texte adopté par le Sénat le 17 oct. 2017, le texte modifié par l'Assemblée nationale le 11 déc. 2017, le texte adopté en deuxième lecture par le Sénat le 1^{er} févr. 2018, et le texte enfin de la Commission mixte paritaire définitivement adopté par les sénateurs le 11 avril 2018 ; Certains auteurs n'hésitent pas à voir dans la distinction entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré le « fondement du réordonnement du droit commun du contrat », Th. Revet, *Le temps d'après*, RDC 2018, n°1, p. 114.

⁴⁹ <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/reforme-du-droit-des-contrats-des-exemples-pratiques-29450.html> qui présentent une série de « cas pratiques » à l'attention des « acteurs économiques ».

⁵⁰ <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/archives-2016-j-j-urvoas-12873/reforme-du-droit-des-contrats-30490.html> « La réforme publiée ce jour répond aux besoins pratiques des particuliers et des entreprises et s'articule autour de trois objectifs : simplicité, efficacité et protection. » V. dans le même sens l'entretien de Madame Carole Champalaune, Directrice des affaires civiles et du Sceau, en date du 12 mars 2015.

⁵¹ Cela ne signifie pas que le droit civil ignorait les inégalités, mais ces dernières étaient présentées comme inévitables, consubstantielles à la fonction du contrat qui est de faire se rencontrer des intérêts antagonistes. Ces inégalités n'étaient donc pas traitées en tant que telles puisqu'elles constituaient l'expression normale et inévitable du contrat.

d'une protection fonctionnelle. Sous cet angle de vue, la partie faible est celle dont la fonction contractuelle se trouve compromise. Le Code civil ne constitue pas, en ce sens, une prolongation des dispositifs de protection sectoriels propres à certaines branches du droit. Il traite, au contraire, la question de la protection de la partie faible de manière générale, comme une nécessité commune à l'ensemble des contrats.

15. Il s'agit de promouvoir un contrat équilibré⁵², qui sache s'adapter aux aléas du marché et dont les vertus économiques doivent être préservées. Le déséquilibre significatif se présente en effet comme une « construction juridique⁵³ » porteuse d'un nouveau « système de représentations⁵⁴ » du contrat fondé sur un idéal d'équilibre, d'harmonie. Le déséquilibre significatif est donc conçu comme un « concept régulateur⁵⁵ », à l'image de ses homonymes consuméristes et concurrentiels. Toutefois, la fonction de « règle générale⁵⁶ » occupée par l'article 1171 donne à cet outil une puissance particulière. Alors que l'on peut être tenté de voir dans le déséquilibre significatif de droit commun un succédané de son homonyme⁵⁷ concurrentiel, sans véritable portée, ce texte revendique en réalité une ambition plus grande que celle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. « Producteur de signification »⁵⁸, le déséquilibre significatif du Code civil fait apparaître une réalité dans laquelle la volonté des parties est traitée autrement. Cela conduit à interroger les fondements théoriques d'une telle évolution. Si certains auteurs y voient la consécration du solidarisme contractuel ou un souci

⁵² H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD. civ.* 2016, p. 247 : « c'est manifestement le souci de l'équilibre contractuel qui sous-tend le plus fortement l'ordonnance. L'équilibre du contenu du contrat est visé à premier titre, au travers de la sanction de l'abus de dépendance et des clauses abusives, et garanti dans la durée par la consécration de la révision contractuelle ou judiciaire du contrat pour imprévision ».

⁵³ J. Ray, S. Desmoulin-Canselier, La loi comme fait social et comme système de représentations, Dalloz, coll. Tiré à part, 2015, p. 19 [Jean Ray] spéc. p. 20 : « il y a ainsi des notions qui sont conçues et imposées non dans le dessein d'exprimer une réalité préalablement donnée, ni de la résumer, ni de la faire comprendre (comme seraient certaines hypothèses scientifiques), mais dans le dessein de régir la réalité, ou plutôt l'activité humaine au sein du réel. »

⁵⁴ J. Ray, S. Desmoulin-Canselier, *op. cit.* p. 19 : « Se représenter les termes de la loi comme de simples expressions dont on revêt les faits, c'est méconnaître l'essentiel. Les mots entraînent un système de représentations ; en les appliquant à telles données, on fait entrer ces données dans ce système. » Jean Ray s'inspire ici de l'opposition formulée par Durkheim entre « les jugements de valeur » et « les jugements de réalité » in Durkheim (E.), *Sociologie et philosophie*, Paris, XV-142 p. in-16, Alcan, 1924, de la p. 117 à la p. 142.

⁵⁵ J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, Paris, Alcan, Première partie Chapitre VI, p. 104 intitulé « De l'expression des règles dans les concepts. Concepts régulateurs et concepts représentatifs. Le droit et le fait. »

⁵⁶ L'art. 1105 alinéa 1 du Code civil dispose : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. » L'article 1171 relevant du présent titre peut donc être défini comme présentant une règle générale.

⁵⁷ Le terme d'homonyme sera utilisé ici dans une acception large, pour désigner des termes dont la forme est identique mais dont les acceptions sont différentes.

⁵⁸ J. Ray, S. Desmoulin-Canselier, *op. cit.* p. 31 [Sonia Desmoulin-Canselier].

de « justice sociale »⁵⁹, cette thèse propose plutôt d'appréhender l'ordonnance du 10 février 2016 comme un virage résolument économique du droit des contrats.

16. Le contrat s'y présente en effet comme un outil économique contextualisé. Le dogme de l'autonomie de la volonté n'est pas totalement abandonné, mais ses effets sur l'équilibre contractuel se trouvent modifiés. Le Code civil de 1804 se présentait comme un texte d'inspiration libérale, postulant la liberté des cocontractants, et partant, l'équilibre du contrat librement consenti. Le Code civil de 2016, quant à lui, se montre plus pragmatique à l'égard de cette liberté. Les relations de dépendance, l'abus, le déséquilibre y sont explicitement présentés comme des expressions possibles de la relation contractuelle. Il peut alors être envisagé que l'équilibre du contrat ne soit plus apprécié simplement au travers de la qualité du consentement donné ni par le contrôle de l'existence d'une cause, mais qu'il constitue en quelque sorte un impératif légal de conformité à l'opération économique dont le contrat se fait le support. Dès lors, le déséquilibre se révèle comme un « agent pathogène » de l'« organisme contractuel »⁶⁰ identifié et éradiqué au moyen de dispositifs objectifs. Le droit des pratiques restrictives illustre particulièrement bien ce phénomène, et développe un ordre public économique foisonnant. L'État investit le champ contractuel d'une manière inédite et mobilise le contrat comme un instrument privilégié de son action. Le déséquilibre contractuel apparaît, dans cette perspective, comme la manifestation d'une illicéité. Les remèdes offerts à ces déséquilibres s'en font d'ailleurs l'écho. Il s'agit d'identifier par avance, un certain nombre de pratiques ou de clauses qui portent en elles la marque d'une illicéité, et d'en purger le contrat au moyen d'outils « chirurgicaux ».

17. Cette thèse se propose donc d'étudier le contrôle objectif de l'équilibre contractuel sous le double éclairage du droit commun des contrats et du droit des pratiques restrictives de concurrence. Ce contrôle consiste à s'intéresser aux mécanismes de rééquilibrage des

⁵⁹ R. Amaro, Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation, CCC n° 8-9, Août 2014, étude 8. V. en ce sens, l'étude d'impact sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, 26 nov. 2013, spéc. p. 76, disponible sur le site internet du Sénat. <https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl13-175-ei/pjl13-175-ei.pdf>

⁶⁰ L'expression est notamment utilisée par A. Fouillée, *in* Le socialisme et la sociologie réformatrice, 2^{ème} éd. Paris, 1909, p. 17, pour désigner les sociétés modernes. V. le commentaire de J.-F. Spitz, « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007. 281 : « elles demeurent des organismes parce qu'elles sont nées de manière naturelle et parce que la complémentarité des fonctions et des travaux y revêt une forme organique et non délibérée ; mais ces organismes sont contractuels - ou quasi contractuels - parce que la forme dans laquelle s'opèrent ces interactions et ces complémentarités est juste, c'est-à-dire telle que chacun des membres pourrait la vouloir et accepter les résultats de la compétition comme équitables ».

conventions qui reposent sur une appréhension objective du contrat, entendu comme un objet économique indifférent à la volonté des parties. Dans ce contexte, l'objectivité dont il est question n'est pas synonyme de neutralité ni d'impartialité. Elle renvoie plutôt à l'idée d'un ordre contractuel extérieur et antérieur au contrat qui viendrait assurer le contrôle de l'équilibre nécessaire à la réussite de l'opération économique projetée.

IV. Émergence historique du contrôle objectif de l'équilibre contractuel

18. Retracer la chronologie du « contrôle objectif de l'équilibre contractuel » revient à retracer celle de l'histoire contemporaine du droit des contrats et du droit des pratiques restrictives. Le Code civil n'était pas — du moins jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016 — le terrain privilégié d'un tel contrôle. L'esprit libéral qui avait présidé à sa rédaction irriguait la matière d'une certaine indifférence à l'égard des phénomènes de déséquilibre contractuel⁶¹. Le déséquilibre y était appréhendé, en dehors du cas particulier de la lésion⁶², comme la conséquence incidente d'un vice de formation plus profond du contrat incarné par son absence de cause. La « cause du Code civil »⁶³ désignait ainsi la contrepartie immédiate et

⁶¹ On illustre habituellement cela par la célèbre formule de A. Fouillée « Qui dit contractuel dit juste » in *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410, et le commentaire de cette formule par J.-F. Spitz, « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007. 281. L'auteur souligne à juste titre que la formule est utilisée dans un sens qui n'est pas celui qu'entendait lui donner son auteur : « lorsqu'il écrit que tout ce qui est contractuel est juste, Fouillée n'entend donc pas dire que tout ce qui est formellement consenti crée un lien de droit et d'obligation, mais au contraire que seuls les accords authentiquement contractuels sont susceptibles de produire de tels effets ; or le consentement et le contrat ne sont pas une seule et même chose, le second terme devant être réservé pour décrire non pas l'origine des sociétés et des relations interindividuelles mais la forme légitime que la société tend à se donner par un constant travail sur elle-même par lequel elle tend en permanence à réparer l'inégalité des conditions matérielles qui fait obstacle à la contractualité des rapports ».

⁶² G. Chantepie, Thèse, Paris 1, 2005, spéc. n° 12, pp. 8-9. L'auteur précise que « le texte qui nous est parvenu est cependant loin d'établir une règle générale exigeant le respect de l'équilibre dans les conventions ». La lésion constitue, en effet, une forme particulière de contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans la mesure où elle repose sur un déséquilibre en valeur cantonné à des domaines particuliers.

⁶³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Tome II, *Théorie générale des obligations*, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939. L'auteur oppose la « cause du Code civil » à la « cause impulsive et déterminante ». Alors que la première « est abstraite et s'intègre dans le contrat dont elle est l'un des éléments constitutifs [...] la cause impulsive et déterminante [...] est à la différence de la précédente, un mobile individuel, une notion concrète qui demeure extérieure au contrat et qui est, pour une bonne part une création de notre jurisprudence » ; J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition Héricourt 1777, Livre I, Titre I, Senction I, IV-IX, spéc. V. qui parle de « sorte » de contrat auquel serait associée une cause ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. X, *Des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris 1830, n°327, p. 343 : « comme les obligations sont d'une multitude de sortes, les causes qui le font naître varient pareillement » ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 3^{ème} éd., Paris, Durand et Pedone Lauriel ; Hachette et Cie ; Cosse, Marchal et Billard, 1863-1867, n°355, p. 340 : « la cause finale est toujours identiquement la même dans tous les contrats identiques » ; A.-M. Demante, E. Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code napoléon*, continué depuis l'article 980 t. V, art. 1101-1386 : *Contrats ou obligations conventionnelles*, 2^{ème} éd., E. Plon et

abstraite du contrat, faisant fi des phénomènes de domination et de dépendance entre les cocontractants. Le raffinement de la cause et de ses fonctions au début des années 1990⁶⁴ a consisté à revendiquer un équilibre contractuel non plus mécanique et abstrait, mais attaché à la préservation de la rationalité économique du contrat⁶⁵. Cette coloration économique du contrat trouvait, dans les mêmes années, un écho perceptible dans l'avènement d'un droit des pratiques restrictives de concurrence. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁶⁶ relative à la liberté des prix et de la concurrence constitue le premier jalon du « droit moderne de la concurrence »⁶⁷. Cette ordonnance sanctionnait, dans son article 36, une liste de pratiques discriminatoires dont on peut dire qu'elles constituent les ancêtres des pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du Code de commerce d'aujourd'hui⁶⁸. Cette ordonnance consacrait dans le même temps la notion « subversive »⁶⁹ d'abus de dépendance économique⁷⁰, manifestant la nécessité de promouvoir des comportements loyaux dans les rapports entre concurrents. Plus exactement, le législateur entendait encadrer les pratiques de la grande distribution qui connaissaient alors un essor sans précédent. La sanction de cette pratique était toutefois limitée par la difficulté de rapporter la preuve d'une atteinte au marché. C'est dans ce contexte que la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales dite loi *Galland*, s'est employée à enrichir la liste des pratiques restrictives sanctionnées *per se*, indépendamment de toute atteinte au marché⁷¹. La loi relative aux

Cie imprimeurs-éditeurs, Paris, 1883, n°46 bis, p. 56 : « identité nécessaire de causes toutes les fois que les contrats sont identiques ».

⁶⁴ On citera bien évidemment ici les célèbres arrêts *Chronopost* et *Point club vidéo* : Com. 22 oct. 1996, *CCC* 1997, comm. n°24, L. Leveneur ; Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, *D.* 1997. 500, obs. Ph. Reigné, V. aussi B. Fages obs. sous Com. 27 mars 2007, *RTD civ.* 2009, 719.

⁶⁵ R. Marty, De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, Thèse, Paris II, 1995 ; Ph. Reigné, La notion de cause efficiente en droit privé français, Thèse, Paris II, 1993 ; J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Thèse, Paris I, LGDJ, 1999 ; A. Cermolacce, Cause et exécution du contrat, Thèse, PUAM, 2001 ; E. Mouial Bassilana, Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003.

⁶⁶ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

⁶⁷ C. Maréchal, Les grandes étapes du droit de la concurrence, *JurisClasseur Concurrence Consommation*, fasc. 25, 2014, n°1. On trouve néanmoins, avant cette ordonnance, les prémices d'un droit de la concurrence dans le décret d'*Allarde* des 2 et 17 mars 1791, la loi *Le Chapelier* des 14 et 17 juin 1791 et plus particulièrement les ordonnances du 30 juin 1945 n° 45-1483 et n° 45-1484 relatives au prix et à la constatation, à la poursuite et à la répression des infractions à la législation économique, complétées par la loi n° 47-587 du 4 avril 1947.

⁶⁸ L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence avait, quelques années plus tôt, sanctionné certains comportements considérés comme discriminatoires ou déloyaux.

⁶⁹ A. Pirovano et M. Salah, L'abus de dépendance économique : une notion subversive ? *LPA* 21-24 sept. 1990, p. 10 et s.

⁷⁰ Art. 8 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986.

⁷¹ La loi *Galland* a ajouté quatre pratiques restrictives à l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné, et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit » (art. 36, pt 3 modifié) ; le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des

nouvelles réglementations économiques du 15 mai 2001⁷² a pour sa part sorti l'abus de dépendance du champ des pratiques anticoncurrentielles⁷³ pour l'intégrer dans la liste, alors bien fournie, des pratiques restrictives de concurrence. Certains auteurs ont souligné à cette occasion l'évolution remarquable d'un droit de la concurrence devenu celui de « la défense des intérêts particuliers de contractants en position de faiblesse, fussent-ils professionnels⁷⁴ ». Fruit d'une « contamination par le droit commun »⁷⁵ des contrats, le droit des pratiques restrictives devenait, dans le même temps, un terrain d'exploration pour les défenseurs d'un contrôle objectif de l'équilibre contractuel en droit commun. L'appréciation de la contrepartie ou celle de l'état de dépendance par le droit des pratiques restrictives faisait présager une « économisation » des critères traditionnels de l'équilibre en matière de droit commun, dans le même temps qu'elle semblait annoncer une réattribution des fonctions dévolues à ces deux disciplines⁷⁶. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008⁷⁷ constitue à cet égard une étape importante de la construction d'un contrôle objectif de l'équilibre contractuel, puisque c'est elle qui consacra la notion de déséquilibre significatif à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁷⁸. Cette nouvelle pratique restrictive devait alors constituer un contrepoids à la suppression des pratiques discriminatoires et à la libre négociation des conditions de vente et des tarifs⁷⁹. Malgré les interrogations suscitées⁸⁰ par l'introduction de cette pratique et les réactions plus directement hostiles⁸¹, le déséquilibre significatif résistait à ses détracteurs jusqu'à devenir l'étendard du contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogoires aux conditions générales de vente » (art. 36, pt 4 inséré) ; le fait de « rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans un préavis tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels » (art. 36, pt 5 inséré) ; et enfin la participation directe ou indirecte à la violation de l'interdiction de revente hors réseau stipulée dans les accords de distribution sélective ou exclusive.

⁷² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques.

⁷³ Art. 56 de la loi, art. 442-6, 2° b) C. com.

⁷⁴ J. Rochfeld, Nouvelles réglementations économiques et droit commun des contrats, *RTD civ.* 2001. 671.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ J. Rochfeld, art. préc. « on peut douter de la capacité du droit de la concurrence à défendre son nouvel objectif de protection de la partie faible, par une utilisation efficace des moyens qu'il s'est donnés [...] Aussi, les avancées qu'il propose pourraient avoir d'autant plus de répercussions en droit commun des contrats que ce dernier paraît plus à même de défendre cet objectif et, partant, d'accueillir les évolutions nécessaires à cet effet. »

⁷⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite « LME »

⁷⁸ L'art. 93 de la loi du 4 août 2008 a supprimé la notion d'abus de dépendance économique au profit de celle de déséquilibre significatif.

⁷⁹ E. Mouial Bassilana, Déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, *JurisClasseur Concurrence-consommation*, fascicule 730, juill. 2015.

⁸⁰ M. Chagny, L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.* 2011, p. 392 ; M. Malaurie-Vignal, La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif, *CCC* oct. 2008, comm. 238.

⁸¹ C. Lucas de Leyssac et M. Chagny, Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique, *RDC* 2009, p. 1268 ; M. Behar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? », *RLC* 2010/23, p. 43 et s.

L'intégration dans le Code civil de son « double » contractuel à l'occasion de la réforme du droit des contrats justifie que l'on s'interroge aujourd'hui sur les ressorts du contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans l'une et l'autre de ces disciplines. Cela d'autant plus que le choix fait par le législateur français est loin d'être isolé.

V. Éléments de droit comparé du contrôle objectif de l'équilibre contractuel

19. La globalisation du droit⁸² et la mise en concurrence des systèmes juridiques étatiques⁸³ exercent une influence directe sur le droit des contrats. Les débats relatifs à l'attractivité du droit français lors de la discussion des avant-projets de réforme successifs ont attesté, à ce titre, de la nécessité de gommer les obstacles juridiques à une harmonisation européenne de la matière⁸⁴. Si cela n'a pas supprimé les spécificités nationales⁸⁵, il faut

⁸² J.-F. Riffard, La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits, *in* Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous la dir. de), Economica, 2011, p. 103. V. aussi, E. Loquin et C. Kessedjian (sous la dir. de) La mondialisation du droit, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 19, Litec 2000 ; J.-B. Auby, La globalisation, le droit et l'État, coll. Clés Politique, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2010 ; D. Mockle (dir.), Mondialisation et État de droit, Bruylant, 2002 ; L. Vogel (sous la dir. de), La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité, coll. Droit global, Éd. Panthéon Assas, 2001/2 ; M. Delmas-Marty, La mondialisation du droit : chances et risques, *D.* 1999, p. 43 ; B. Frydman, La concurrence normative européenne et globale, *Working paper* 2016/3 <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf> ; B. Frydman, Comment penser le droit global ? Série des Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit n°2012/01, http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf.

⁸³ V. en ce sens l'indicateur *Doing Business* créé par la Banque mondiale en 2003 mesurant les réglementations favorables et défavorables à l'activité commerciale dont le premier rapport paru en 2004 était particulièrement sévère à l'égard de la France, présentée comme un Pays peu attractif pour faire des affaires. V. plus récemment l'Index de sécurité juridique (ISJ) créé en 2015 par la Fondation pour le droit continental s'emploie à évaluer les formes de sécurité fournies aux acteurs économiques et plus particulièrement aux investisseurs.

⁸⁴ Dès 2001, la Commission européenne diffusait une communication COM (2001), 398 encourageant une harmonisation européenne du droit des contrats pour renforcer le fonctionnement du marché intérieur. En 2002, la Commission diffusa une synthèse des 160 premières « réactions » à sa communication de 2001. Vinrent ensuite, en 2003, une nouvelle communication intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action » COM (2003) 68, et une communication en 2004 intitulée « Droit européen des contrats et révision de l'acquis. La voie à suivre » COM (2004) 651. Le Projet de cadre commun de référence (PCCR) ou *Draft Common Frame of reference* (DCFR) est le fruit de ce processus. Le 20 avril 2010, la Commission européenne a présenté un nouveau plan d'action annonçant une communication en 2010 sur le droit européen des contrats et la méthode vers l'adoption du cadre commun de référence ». Le Parlement a, lui aussi de son côté, exprimé le souhait de voir mettre en œuvre un « Cadre commun de référence élargi à des questions générales de droit des contrats, allant au-delà du domaine de la protection des consommateurs » (Résolution sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre, 23 mars 2006 2005/2002 [INI]). Les travaux relatifs au Cadre commun de référence se sont déroulés au sein de plusieurs groupes de travail donnant lieu au DCFR sous la Direction du professeur Von Bar, et le projet de cadre commun de référence sous l'égide de l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée. La perspective à terme d'un Code européen des contrats a suscité de vives critiques chez les auteurs français comme étrangers V. notamment G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron. 351 ; B. Fauvarque-Cosson, Heurs et malheurs de l'unification du droit des contrats en Europe, *in* Mélanges P. Tercier, Schulthess, 2008 ; B. Markesinis, Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre. Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens, *RTD civ.* 2004, 45.

⁸⁵ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, pp. 20 : « La réforme du droit des contrats, longtemps suspendue dans l'attente d'une préemption par le droit

reconnaître que les outils dédiés à la sanction des déséquilibres contractuels dans les systèmes juridiques étrangers partagent des traits communs avec les dispositifs consacrés en droit interne. Le droit américain⁸⁶ sanctionne à cet égard les clauses ou le contrat *unconscionable*, c'est-à-dire « déraisonnable »⁸⁷ et « excessif »⁸⁸, tandis que le droit anglais exige que les contrats soient conclus en vue d'une « *valuable consideration* »⁸⁹, c'est-à-dire d'une contrepartie suffisante⁹⁰. Qu'il s'agisse de la clause *unconscionable* ou de la *consideration*, ces instruments se veulent généraux⁹¹ et décloisonnés, laissant au juge le soin de découvrir leur présence dans le contrat⁹².

20. Les systèmes juridiques de tradition civiliste ou de nature mixte⁹³ disposent pour leur part de dispositifs juridiques plus ponctuels et plus ciblés destinés à sanctionner le déséquilibre qui résulterait d'une situation de dépendance d'une partie à l'égard d'une autre. L'abus de dépendance économique est ainsi sanctionné dans son acception contractuelle par

européen, a trouvé avec le développement des projets de droit européen des contrats un élan nouveau, fédérateur. Il fallait agir vite, pour préserver et défendre les spécificités du droit français des contrats. »

⁸⁶ *Uniform Commercial Code* §2-302. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°440, p. 497. Il existe deux formes *unconscionability*, l'*unconscionability* procédurale et substantielle. La première « permet de contrôler toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat : y avait-il une inégalité importante entre les parties, est-ce que la partie a pu, compte tenu de son éducation etc., comprendre les termes du contrat qui lui était proposé, par exemple est-ce que ces termes étaient écrits de façon suffisamment visible. » La seconde s'attache en revanche à vérifier le contenu du contrat conclu : le déséquilibre des clauses est alors apprécié selon les usages en la matière. » ; Sur des développements plus complets sur l'origine de cette règle en droit américain et son application T. Mliczak, Le déséquilibre significatif entre droit américain et droit français des contrats, Mémoire de Master 2, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2016.

⁸⁷ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°440, p. 497. La définition de cette notion est issue du *dictum* du juge Skelly Wright dans l'affaire *Williams v. Walker-Thomas Furniture CO* (United States Court of Appeal, District of Columbia Circuit, 1965, 350 F. 2d 445) : « *Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice of the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party* » « l'unconscionability est généralement identifiée comme l'absence de choix significatif pour une partie au contrat, ainsi que des stipulations contractuelles excessivement favorables à l'une des parties » (traduction libre).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ J.-P. Walton, Cause et « consideration » dans le droit anglais des obligations, trad. de H. Capitant, *RTDciv.* 1919, p. 469 et s. H. Capitant, De la cause des obligations, 3e éd., Dalloz, 1927, n° 81 et s., p. 172 et s., qui explique que la plupart des Codes civils promulgués au cours du XIXe siècle ont suivi l'exemple donné par le Code Napoléon et mentionné la cause au nombre des conditions de validité des contrats ; R. David, Cause et consideration, in Mélanges offerts à J. Maury, t. II, Dalloz et Sirey, 1960, p. 111 et s. B. S. Markesinis, La notion de *consideration* dans la *Common Law* : vieux problèmes ; nouvelles théories, *RIDcomp.* 1983, p. 735 et s.

⁹⁰ E. Mouial Bassilana, Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003, n°3, p. 2.

⁹¹ T. Mliczak, *op. cit.*, p. 55 : « Ce système s'est prolongé en dehors du droit de la vente et du Code de commerce uniforme, notamment dans le Code uniforme des crédits à la consommation et la Loi uniforme sur la pratique des ventes de consommation, pour être finalement appliqué par les juges dans tous types de transaction, au point que le Restatement (Second) des contrats ait envisagé l'unconscionability d'une manière identique dans sa section 208, en 1979 : « si le contrat ou l'une de ses clauses est unconscionable au moment de la formation du contrat, la cour peut (...) ».

⁹² C'est là une caractéristique des systèmes de *Common law* et de l'adage « *judge made law* ».

⁹³ Cela désigne les systèmes juridiques de droit civil et de *Common law*. C'est le cas notamment du Québec et du Japon.

le BGB⁹⁴, le Code civil du Luxembourg⁹⁵, le Code civil du Québec⁹⁶, le Code civil italien⁹⁷, le droit néerlandais⁹⁸, danois⁹⁹, ou bien encore roumain¹⁰⁰. En dehors des cas d'exploitation abusive d'une situation de dépendance, le déséquilibre peut être combattu, en lui-même, au moyen d'outils arithmétiques et ponctuels tels que la lésion¹⁰¹, mais également au travers de la notion plus générale de déséquilibre significatif.

⁹⁴ § 138 BGB. Le droit allemand a intégré en 1973 la notion d'abus de dépendance économique afin de protéger les petites et moyennes entreprises. Art. 20 de la loi contre les restrictions à la concurrence (LRC) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). La LRC est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1958, elle a été amendée notamment en 1973 afin d'y intégrer la notion d'entreprise dépendante. Elle a été modifiée en dernier lieu par la loi du 17 mars 2009 (BGBl. I 2009, S. 550). J. Riffault, Silk, in *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, 1^{er} mai 2011, *Concurrences* n°2-2011, n°211.

⁹⁵ Article 1118 alinéa 1 : « Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prétend lésée. »

⁹⁶ Le droit civil québécois est un système mixte influencé à la fois par les systèmes de *common law* et les systèmes civilistes. Art. 1406 alinéa 1 Code civil du Québec : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. »

⁹⁷ Art. 1448 alinéa 1 et 2 del Codice civile italiano : « *Se vi è sproporzione tra la prestazione (art.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. » Il faut noter que Certains systèmes juridiques retiennent toutefois une acception plus souple de l'abus lequel consiste alors à encourager la conclusion du contrat en ayant connaissance de l'état de dépendance de son cocontractant. C'est notamment le choix retenu par le Code civil néerlandais Art. 44 NBW : « 1) Est annulable l'acte juridique formé à la suite d'une menace, d'un dol ou d'un abus tiré des circonstances (...) 4) Une personne abuse des circonstances lorsqu'elle encourage la passation d'un acte juridique, tout en sachant ou devant comprendre, que qui eût dû l'en retenir, que cette dernière y a été induite par des circonstances particulières telles que la nécessité, la dépendance, la légèreté, l'état mental anormal, l'inexpérience ». Cette conception plus subjective de la violence économique ne sanctionne pas le vice de violence sous le prisme du déséquilibre qu'il crée, mais s'attache plutôt à sanctionner un comportement immoral qui consiste à exploiter intentionnellement l'état de faiblesse de son cocontractant. Dans cette perspective, l'exploitation abusive doit être envisagée comme une condition autonome du vice de violence économique qui se déduit de la connaissance de la contrainte pesant sur la victime et la conscience du profit tiré du contrat. C'est en effet l'exploitation en connaissance de cause de l'état de dépendance de l'autre partie qui permet de caractériser l'abus. Pour des développements plus complets R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2016.

⁹⁸ Art. 3 : 44 (4) du BW intitulé « Défaut de volonté pour la validité d'un acte juridique » permet d'annuler un contrat lorsqu'une partie savait ou aurait dû savoir que son cocontractant ne s'était engagé que sous l'influence de circonstances particulières comme un état de nécessité, de dépendance, de faiblesse, une addiction, un état mental déficient ou son inexpérience. Mais le déséquilibre est au moins implicite et le plus souvent expressément exigé.

⁹⁹ L'article 31 des lois danoise, suédoise ou finlandaise sur les contrats sanctionne de nullité l'acte conclu en exploitant l'état de faiblesse d'autrui, si cette exploitation était consciente ou aurait dû l'être et si le cocontractant se fait accorder un avantage fortement disproportionné.

¹⁰⁰ Le Code civil roumain aborde l'état de nécessité au sein des articles concernant la violence viciant le contrat (Livre V, Titre II, chapitre Ier, sect. III, § 3), dans un article 1. 218 disposant que « Le contrat conclu par une partie se trouvant en état de nécessité ne peut être annulé que si l'autre partie a profité de cette circonstance ».

¹⁰¹ Tel est par exemple le cas en droit français pour la vente d'immeuble : le vendeur peut demander la rescision du contrat en cas de lésion supérieure aux 7/12e du juste prix (art. 1674 C. civ.). Des dispositions voisines sont prévues par le droit autrichien (§ 934 ABGB : nullité d'un contrat dont une prestation est inférieure à plus de la moitié de la contre-prestation, mais le cocontractant peut éviter la rescision en proposant de payer la différence avec le juste prix) ou slovène (art. 118 C. obl. : un contrat peut être annulé en cas de claire disproportion entre

21. Si la sanction du déséquilibre significatif est principalement réservée aux relations entre professionnel et consommateur¹⁰², plusieurs pays¹⁰³ lui consacrent cependant une fonction autonome en droit commun des contrats¹⁰⁴ lorsque celui-ci survient dans un contrat d'adhésion aussi désigné sous les expressions de « conditions générales » ou « clauses standardisées ». La consécration du déséquilibre significatif de droit commun ne fait donc pas figure de particularisme français. Plus spécifique est en revanche le traitement réservé aux pratiques restrictives de concurrence en droit interne. Cela s'explique, nous l'avons vu, par le particularisme de la construction du droit de la concurrence français. Néanmoins, sans relever à proprement parler du droit de la concurrence, certains pays ont intégré des dispositions légales destinées à sanctionner les pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans des domaines particuliers. C'est le cas en matière de relations interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Dans son rapport¹⁰⁵ au Parlement en date du 29 janvier 2016, la Commission européenne indique à cet égard que plusieurs pays membres¹⁰⁶ se sont

les prestations des parties, si la victime ne savait pas ou n'était pas tenue de savoir la valeur de la contre-prestation).

¹⁰² Les pays européens sanctionnent en effet le déséquilibre significatif seulement dans les rapports entre professionnels et consommateur, faisant ici application de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives. C'est le cas du droit anglais, *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999, s. 5 ; En droit allemand §308 à §310 du BGB ; Pour le droit néerlandais art. 6 : 236 et 6 : 237 BW ; Pour le droit italien art. 1469 c C. civ. It ; en droit espagnol, le Texte Refondu de la Loi Générale pour la Défense des Consommateurs et des Usagers (TRLGDCU) définit la clause abusive dans un contrat de consommation comme toute stipulation non négociée qui, contre les exigences de la bonne foi, génèrent au préjudice du consommateur ou de l'utilisateur un déséquilibre important des droits et des obligations des parties (art. 82.1) ; Le Québec a envisagé un temps de se doter d'un dispositif général contre les clauses abusives avant d'y renoncer pour cantonner le dispositif aux contrats de consommation V. M. Latina, Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion in Le contrat d'adhésion : Perspectives franco-québécoises, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître.

¹⁰³ C'est le cas en droit allemand (§ 307 BGB). Une disposition voisine existe en droit néerlandais qui sanctionne une clause anormalement onéreuse figurant dans des conditions générales (art. 6 : 233 BW), et en droit autrichien qui sanctionne de nullité une clause figurant dans des conditions générales qui nuit gravement à une partie (§ 879 (3) ABGB). Le droit espagnol envisage pour sa part d'intégrer le déséquilibre significatif en droit commun J. Lete, « Les conditions générales des contrats dans le projet espagnol de réforme du droit des obligations », in Les clauses abusives approches croisées franco-espagnoles (dir. Y. Picod et H. Lauroba), Soc. Lég. comp., 2013, p. 31. p. 57. C'est également le cas du Japon puisque la loi portant réforme du Code civil japonais (sur le droit des obligations), adoptée le 26 mai 2017, a créé un article 548-2 du nouveau Code civil qui sanctionnent les clauses des conditions générales d'affaires qui « limitent les droits des cocontractants ou accroissent ses obligations, et qui violent les intérêts des cocontractants au point de déroger au principe fondamental de l'article 1 du Code civil, en tenant compte de l'aspect objectif et la situation actuelle de cette affaire, ainsi que l'idée reçue sur l'affaire, sont considérées comme non acceptées par l'autre partie ».

¹⁰⁴ Il faut noter que les PDEC sanctionnent également le déséquilibre significatif : Article 4 : 110 1° Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen du contrat, *Société de législation comparée*, 2003. Le *Draft common frame of reference* envisage également la sanction des clauses abusives dans les rapports entre professionnels. L'article 9 : 406 de la section 4 du Chapitre 9 consacré au contenu et aux effets des contrats définit la clause abusive dans un contrat conclu entre professionnels comme celle qui « fait partie de clauses standardisées émanant de l'une des parties et qu'elle est de telle nature que son application s'écarterait manifestement des bonnes pratiques commerciales contrairement aux exigences de la bonne foi. »

¹⁰⁵ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016,

¹⁰⁶ Vingt États membres, sont, selon la Commission européenne, d'ores et déjà dotés d'instruments juridiques permettant de sanctionner ces pratiques. Il s'agit de l'Autriche, la Bulgarie, Chypre, la République Tchèque,

dotés de pratiques commerciales déloyales¹⁰⁷ pour appréhender les déséquilibres induits par ce type de relations. Ces pratiques commerciales ne se confondent pas avec les pratiques de l'article L. 442-6 du Code de commerce français dès lors qu'elles ne revendiquent pas de caractère concurrentiel et demeurent limitées à certains secteurs d'activités. La Commission européenne appréhende à cet égard les pratiques commerciales en termes de loyauté et de bonne foi là où le droit français les assimile au bon fonctionnement du marché.

22. Le droit comparé du contrôle objectif de l'équilibre contractuel révèle ainsi la généralisation des outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel, dans le même temps qu'il exacerbe le particularisme français consistant à placer la question sur le double terrain du droit des pratiques restrictives et du droit commun des contrats. La présente thèse s'emploiera donc à questionner la pertinence juridique et axiologique d'un tel choix. Elle proposera dans le même temps de mettre en évidence les implications de ce choix quant au champ attribué au droit de la concurrence et au sens donné à la notion de contrat.

VI . La méthode

23. Cette étude n'ambitionne pas de créer un régime de protection dédié aux professionnels¹⁰⁸, mais vise plutôt à identifier une grille de lecture commune au droit des contrats et au droit de la concurrence, qui permette de rationaliser l'utilisation des déséquilibres significatifs déployés dans les branches du droit étudiées¹⁰⁹. Alors que les études consacrées aux déséquilibres inhérents aux relations d'affaires traitent habituellement

l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la Finlande, la France, la Croatie, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, Lituanie, Lettonie, Portugal, Roumanie, Slovénie, Slovaquie, et le Royaume-Uni. La Pologne est pour sa part en voie d'adoption de dispositions comparables.

¹⁰⁷ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, p. 2 qui définit ces pratiques comme « s'écarter largement de la bonne conduite commerciale, qui sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et qui sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre. » La même définition est reprise dans la fiche d'information réalisée par la Commission européenne et intitulée « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire », publiée le 12 avr. 2018 sur son site internet http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-2703_fr.htm

¹⁰⁸ Cela a été fait notamment dans la thèse de F. De Boüard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Thèse, LGDJ, 2007. D'autres auteurs ont pour leur part identifié un « contrat moral » V. S. Darmaisin, *Le contrat moral*, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000.

¹⁰⁹ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 146 : « La crise de la modernité juridique implique que le droit ne bénéficie plus d'une légitimité *ab initio*, en étant paré des attributs de la Raison [...] la Raison juridique ne disparaît pas mais devient une Raison pratique, fondée, non plus sur le postulat de rationalité du droit, mais sur l'entreprise de rationalisation dont il est l'objet, aussi bien dans son dispositif que dans ses processus. »

la question de manière sectorielle¹¹⁰, la présente thèse entend, au contraire, discerner au travers d'un vocabulaire commun, les limites de l'approche sectorielle et les avantages théoriques et pratiques d'une convergence des mécanismes de protection. Cela implique d'identifier les outils de ce contrôle objectif, et de percer à jour les effets et le sens qu'ils produisent sur notre système juridique. Le double fondement contractuel et concurrentiel de cette étude suppose donc de mettre en miroir chacune des notions envisagées dans ces deux disciplines et de déterminer, pour chacune d'entre elles, le champ d'application et l'objectif qu'elles s'assignent. Il s'agit de mettre à l'épreuve la stratification notionnelle qu'entretiennent ces matières et d'envisager les risques de conflit, de concurrence voire de contradiction entretenus par ce phénomène. Dit autrement, cette thèse ambitionne de décrire le mouvement d'objectivation du contrôle de l'équilibre contractuel commun aux disciplines étudiées, tout en proposant les aménagements que requière, en pratique, l'articulation de ces matières.

24. La méthode employée dans les développements à venir emprunte la voie tracée par les auteurs de droit économique¹¹¹. La méthode empirique et plus particulièrement l'analyse substantielle¹¹² y sont privilégiées. La qualification des déséquilibres étudiés est par conséquent, questionnée dans son adéquation aux faits¹¹³. Le déséquilibre significatif se prête particulièrement bien à cet exercice, en tant que standard juridique dont la présence peut être décelée dans des situations juridiques très variées. Le déséquilibre significatif en ce qu'il synthétise une diversité de déséquilibres, questionne les qualifications juridiques existantes. Plus largement, l'étude du déséquilibre significatif et l'étude de ses occurrences dans notre droit permettent d'interroger le sens particulier donné par sa consécration en droit commun. Les pouvoirs privés économiques ont désormais droit de cité en dehors des disciplines

¹¹⁰ V. notamment, F. De Boüard *op. cit.* ; R.-J. Aubin-Brouté, Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique, Thèse, LGDJ, 2013 ; O. Litty, Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels, Thèse, LGDJ, 1999 ; Ch. Bourrier, La faiblesse d'une partie au contrat, Thèse, Bruylant Academia, 2004.

¹¹¹ L. Boy et A. Pirovano, Ambiguïtés du droit économique. (Éléments d'une méthodologie), *Procès*, 1981, n°7, pp. 7-36 qui souligne les limites de l'approche qui consiste à envisager le droit économique comme une discipline autonome.

¹¹² G. Farjat, Pour un droit économique, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, pp. 106-107 : « L'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou 'matériel'. Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle. »

¹¹³ J.-B. Racine, F. Siiriainen, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 2007, t. XXI, 3, p. 261 ; G. Farjat, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 1986, n° 0, p. 9 ; L. Boy, A. Pirovano, art. préc., p. 16 : « le droit substantiel [...] consiste à privilégier l'analyse des faits chaque fois qu'une contradiction apparaît dans les catégories juridiques, chaque fois qu'une rupture se produit dans leur cohérence. »

exclusivement économiques, et incarnent une partie faible d'un nouveau genre. La méthode substantielle se propose donc de questionner le pourquoi de la règle de droit, mais encore son comment¹¹⁴, c'est-à-dire la capacité de la règle de droit à projeter une image fidèle des faits qu'elle se propose d'appréhender.

25. Les finalités du contrôle de l'équilibre contractuel seront interrogées au même titre que la capacité de ce contrôle à traduire fidèlement la réalité des rapports de forces qu'il appréhende. La méthode substantielle est ainsi utilisée comme un instrument de critique¹¹⁵ du système juridique et normatif, mais également comme un révélateur du dynamisme et de l'inventivité des pouvoirs privés économiques. Traiter du contrôle objectif de l'équilibre contractuel suppose nécessairement d'intégrer dans le champ de cette étude les normes d'origine privée, qu'elles soient contractuelles, techniques ou algorithmiques, et de penser ces normes dans un contexte global. Le contrat constitue à cet égard une normativité à part entière dont la concurrence directe avec la règle de droit compromet l'effectivité du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. C'est pourquoi la régulation et l'autorégulation du contrat seront envisagées comme des manifestations du contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans les contrats d'affaires.

VII. Problématisation

26. Le contrôle de l'équilibre contractuel dans les contrats conclus entre professionnels tend à s'objectiver. Alors que ce contrôle consistait, pour le droit des contrats, à s'assurer d'une répartition équitable des droits et des obligations des cocontractants par référence à la volonté des parties, il tend aujourd'hui à porter une dimension économique et politique¹¹⁶ inédite incarnée par le standard juridique du déséquilibre significatif. L'objectivité s'entend donc ici comme la manifestation d'un contrôle ayant vocation à régir non des personnes en

¹¹⁴ J.-B. Racine, F. Siirainen, *op. cit.* p. 263.

¹¹⁵ Le terme « critique » est à prendre ici dans son acception générale, comme la faculté d'exercer un examen méthodique pour démêler le faux du vrai. Cette critique est donc neutre sur le plan idéologique.

¹¹⁶ Sur les aspects politiques de la théorie de la cause, qui permettent d'éclairer ceux qui entourent le contrôle objectif de l'équilibre contractuel il faut se reporter à l'article de Th. Génicon, *Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse*, *RDC* 2013, n° 4 p. 1321 : « Si l'on pose clairement que le contrôle de la cause est un contrôle extérieur de l'utilité et de la légitimité économiques d'un contrat ou d'une clause, on pose du même coup et en toute transparence les termes du débat relatif à l'avenir de la cause qui, loin d'être un débat purement technique, se révèle être un débat politique. Quitte à forcer l'opposition, on dira que ce débat met aux prises deux camps, l'un interventionniste, qui entend promouvoir le contrôle social qu'incarne la cause, et l'autre, nourri de libéralisme économique, qui s'offusque que le juge puisse, au-delà des vices du consentement, censurer des opérations librement voulues et choisies par des personnes privées. »

raison de leurs qualités subjectives, « mais des opérations à raison de leur nature et de leur portée économique, indépendamment de la qualité des sujets en cause¹¹⁷ ». La protection de la partie faible n'est plus une affaire subjective, il s'agit, au contraire, de défendre la fonction économique incarnée par les cocontractants. Le « droit de classe¹¹⁸ » pourtant promis à un bel avenir est abandonné au profit d'un droit décroisé qui s'attache aux contenus avant de s'attacher aux parties. Cette objectivation du contrôle de l'équilibre contractuel est remarquable dans la mesure où elle participe d'une objectivation du contrat lui-même, celui-ci se trouvant, par l'effet d'un travail de dépersonnalisation, réduit à son contenu¹¹⁹. Dit autrement, le contrôle objectif de l'équilibre contractuel produit un contrat subjectivement neutre, et lisse ce faisant les rapports de domination, les normalise.

27. Cette objectivation repose sur la revendication d'un ordre public économique envahissant dont l'objectif est double : protéger les cocontractants en situation de faiblesse et promouvoir la libre concurrence. Qu'il s'agisse du droit commun des contrats ou du droit des pratiques restrictives, le déséquilibre est appréhendé comme une notion cardinale au service d'une politique juridique soucieuse de satisfaire la dimension micro et macro-économique de la matière. Les potentialités économiques du contrat sont promues et participent à la création d'un droit économique¹²⁰ du contrat. Cette thèse questionne en conséquence les frontières entre les disciplines juridiques et économiques dans le même temps qu'elle convoque l'État en tant qu'élément explicatif incontournable du phénomène étudié. L'hypothèse défendue est que l'État se présente aujourd'hui comme le principal promoteur de l'équilibre des relations

¹¹⁷ J. Hilaire, *Le Droit, les Affaires et l'Histoire*, Economica, 1994, p. 34. La citation est reprise par M. Mohamed Salah, *La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires*, *RJ Com.* 1997, p. 299.

¹¹⁸ L. Jossierand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, *DH* 1937, n°1, chron. 1 : « on voit se développer, par opposition à la notion de droit commun, la conception d'une législation de classe, plus précisément d'un droit professionnel qui se subdivise naturellement en une série de compartiments correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions de chacun de nous peut occuper dans la société [...] d'où une dispersion, une fragmentation du droit qui s'oppose de plus en plus vigoureusement à la conception unitaire de notre Code civil » ; T. Ivainier, *Le contrat moderne face à la prolifération des statuts des personnes*, *JCP* 1977, I, 2876, n°44 : « Depuis quelques décennies, le législateur ne cesse de distribuer les masques les plus variés aux acteurs qui occupent notre scène juridique, au point que, de nos jours, personne ne reconnaît plus personne. Dépassé par les événements, le metteur en scène, je veux dire le juriste, semble en avoir pris son parti et démissionne de sa fonction essentielle qui est de combattre le désordre des réalités, entretenu par l'incohérence des textes ».

¹¹⁹ Cela rejoint le phénomène d'« objectivation du capital » décrit par Pierre Bourdieu in *Le sens pratique*, Minuit, 1980, p. 224. Selon Bourdieu, plus le capital s'objective plus il fonctionne comme un système de domination efficace et légitime. Le droit contribue selon l'auteur à l'objectivation du capital dans la mesure où il médiatise les rapports sociaux aux moyens de normes en apparence objectives. Cette analyse bourdieusienne est reprise par L. Boy et A. Pirovano, art. préc., p. 29 qui ajoutent : « très révélateur est selon nous, le contrôle des clauses abusives institué par la loi du 10 janvier 1978 [...] dans la mesure où seules sont sanctionnées les clauses manifestant un abus de la puissance économique qui procurent un avantage excessif au professionnel, les pouvoirs publics légitiment de la sorte l'existence même de pouvoirs privés économiques ».

¹²⁰ G. Farjat, *Droit privé de l'économie*, PUF, coll. Thémis, 1975 ; *Droit économique*, Thémis, PUF, 1982.

commerciales et que le contrat constitue un des instruments privilégiés de son action de régulation du marché¹²¹. Son action se trouve concurrencée par celle d'opérateurs privés économiques qui promeuvent une normativité privée que la globalisation sert magistralement. Le droit ne sort pas disqualifié de ce concours normatif, mais il adapte les outils de son action, et revendique des valeurs. Dans cette perspective, le contrôle objectif de l'équilibre contractuel apparaît comme un révélateur des jeux de pouvoir à l'œuvre¹²².

28. Ces jeux de pouvoir trahissent la présence d'acteurs économiques de dimension globale, dont le rapport au droit est à la fois déterritorialisé et fuyant. Si les pratiques restrictives de concurrence se sont construites en réaction aux abus suscités par le développement de la grande distribution, de nouveaux acteurs économiques, globaux et numériques, usent de leur pouvoir pour imposer des déséquilibres dont l'intensité et le rayonnement conduisent à repenser les outils déployés pour y remédier. Le contrat et la liberté qu'il offre aux parties constituent un outil prisé de ces opérateurs privés dans la mesure où celui-ci contribue utilement à la stratégie d'« évitement juridique »¹²³ mise en œuvre par ces derniers. Ces opérateurs multiplient les clauses permettant d'alléger, d'exclure, ou de modifier unilatéralement leurs obligations, tandis que les clauses d'*electio juris* se proposent d'appliquer au contrat un droit moins protecteur. L'un des enjeux consiste par conséquent à favoriser des outils juridiques susceptibles de mettre en échec ces clauses. Cela revient à voir dans le contrôle objectif de l'équilibre contractuel un instrument « crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques¹²⁴ », et d'y consacrer des moyens adaptés. L'action autonome du ministre de l'Économie en protection du marché¹²⁵ manifeste l'intérêt politique et social du combat mené. Il apparaît plus encore que l'un des défis du droit réside dans l'invention d'une nouvelle dialectique entre l'individuel et

¹²¹ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 62 : « Parler de fonction régulatrice de l'État présuppose que le système économique ne peut atteindre à lui seul l'équilibre, qu'il a besoin de la médiation de l'État pour y parvenir. Cette vision se démarque du discours néo-libéral, qui oppose à la régulation étatique celle qui résulte de la logique de marché : le marché permettrait en effet de parvenir, par la confrontation et l'ajustement des préférences individuelles, à un fonctionnement économique et social optimal ».

¹²² G. Martin, J.-B. Racine, Gérard Farjat et la doctrine, *RIDE* 2013/4, p. 412 : « le droit économique nous semble fondamentalement être un droit du pouvoir économique. Il décèle l'existence du pouvoir dans les faits (Saleilles et Josserand en ont été les précurseurs en révélant la figure du contrat d'adhésion), pour tenter de l'encadrer, du moins d'en tirer des conséquences juridiques (v. par exemple, la question du contrôle en droit des sociétés ou celle de la dépendance économique dans les rapports de distribution). » ; V. également, G. Chantepie, *La contractualisation en droit privé*, *RFDA* 2018, p. 10 : « l'usage du contrat dans les procédés de contractualisation s'appuie sur des caractéristiques inhérentes aux conceptions modernes du contrat : il est un lieu de pouvoir ; il est un instrument de régulation privée ».

¹²³ L. D. Godefroy, *Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers*, *D.* 2015, p. 2513. L'expression figurait déjà chez L. Boy et A. Pirovano, art. préc., p. 28.

¹²⁴ CA Paris 21 juin 2017, 15/18784, *Gaz. Pal.* 2017, n° 30, p. 21, obs. F. Jacomino.

¹²⁵ Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786.

le particulier. Plus précisément, les déséquilibres contractuels mettent à l'épreuve la capacité du droit à envisager conjointement les intérêts particuliers et l'intérêt général. L'ordre public économique se présente à cet égard comme une notion conciliatrice permettant d'organiser cette rencontre. La présente thèse propose de considérer le contrôle objectif de l'équilibre contractuel comme un contrôle au détroit d'intérêts *a priori* divergents, mais dont l'étude révèle *in fine* la convergence. La position défendue sera donc critique à l'égard des distinctions étanches qui délimiteraient l'ordre public de protection de l'ordre public de direction ; le « grand » droit de la concurrence du « petit »¹²⁶. Elle promouvra la nécessité de penser les atteintes aux intérêts particuliers dans leur dimension macro-économique en s'appuyant sur la réalité du phénomène contractuel. Cette thèse tâchera enfin de démontrer que les déséquilibres imposés dans les contrats passés entre professionnels ont des implications à l'échelle du marché, et qu'ils méritent, à ce titre, d'être envisagés dans une perspective concurrentielle et non exclusivement morale ou sociale. Cette thèse ne prétend ni fondre le droit commun des contrats dans la matière concurrentielle ni dépecer le droit des pratiques restrictives. Elle entend, en revanche, démontrer que le contrôle objectif de l'équilibre contractuel matérialise une préoccupation transdisciplinaire qui questionne la capacité du droit à défendre des valeurs à les faire respecter.

VIII. Plan de l'étude

29. Pour parvenir à décrire le contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans toute son étendue, le choix a été fait de distinguer l'identification objective des déséquilibres contractuels qui consiste à préciser la nature et le type de déséquilibre de manière objective, des remèdes objectifs déployés une fois le déséquilibre, ainsi identifié. Dans notre première partie consacrée à l'identification objective des déséquilibres contractuels, nous tâcherons de démontrer l'objectivation des critères d'identification des déséquilibres à l'œuvre. Ce travail permettra de faire le constat du rôle occupé par la volonté des parties dans la détermination de l'équilibre des conventions au profit d'une identification plus objective du déséquilibre fondée sur l'économie du contrat. Le déséquilibre significatif sera présenté dans ses acceptions concurrentielles et contractuelles et nous permettra de voir dans cette notion le standard juridique privilégié du déséquilibre contractuel. L'identification objective des déséquilibres contractuels sera également mise à l'épreuve de la réforme du droit des contrats

¹²⁶ L. Idot, L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats, *RDC* 2004, p. 882 ; F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°321, p. 235.

au travers des diverses manifestations du spectre de la « cause » qui assurent cette fonction. La seule analyse de l'identification du contrôle objectif des déséquilibres contractuels étant insuffisante à refléter l'étendue du contrôle étudié, le second temps de cette étude s'attachera à l'analyse des remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels. Il s'agira de montrer comment ces remèdes agissent à deux échelles : celle des parties, d'une part, et celle du marché, d'autre part. Cette seconde partie sera donc dominée par la caractérisation de la dualité du contrôle exercé en matière de déséquilibre contractuel et s'emploiera à démontrer la consubstantialité du contrat au marché. Plus largement, il s'agira de montrer — en s'attachant à la réalité du phénomène contractuel dans les relations entre professionnels — dans quelle mesure le contrat constitue le point d'achoppement d'intérêts publics et privés qui compromettent le contrôle objectif de l'équilibre, et dont la conciliation difficile suppose de revendiquer la fonction régulatrice de ce contrôle. À l'identification objective des déséquilibres contractuels (Première partie) succédera en conséquence l'étude des remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels (Seconde partie).

Première partie : L'identification objective des déséquilibres contractuels

Seconde partie : Les remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION OBJECTIVE DES DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS

30. L'action d'identifier consiste à « déclarer assimilable à quelque chose »¹²⁷, à « reconnaître à certains traits, à certaines caractéristiques non équivoques »¹²⁸. Le verbe est également employé pour désigner le fait de « reconnaître comme appartenant à une certaine espèce ou classe »¹²⁹. L'idée est ici de s'attacher aux outils juridiques dont l'objet consiste précisément à voir dans des situations contractuelles des déséquilibres, et à les nommer. Cette première partie se propose de montrer dans quelle mesure les critères mobilisés pour identifier les déséquilibres contractuels et préciser leur nature tendent à s'objectiver. Plus exactement, la vision subjective de l'équilibre contractuel qui définit l'équilibre comme celui communément déterminé par les parties se trouve concurrencée par un rapport objectif au contrat. Priorité est donnée à l'opération économique que le contrat sert, et qui se trouve contextualisée dans l'économie de marché. Cette identification objective s'illustre donc par un recul des références subjectives à la volonté des parties pour privilégier des outils idoines. Concrètement, les vices du consentement se voient associer une fonction autonome de rééquilibrage des conventions, tandis que le déséquilibre significatif se présente comme un nouvel outil général du contrôle objectif de l'équilibre des contrats. Les critères d'identification de ces vices contractuels « économiques » comme ceux qui façonnent le déséquilibre significatif seront donc étudiés.

31. La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a par ailleurs marqué un renouvellement des outils qui étaient traditionnellement dévolus au contrôle de l'équilibre du contrat. La cause a succombé aux critiques formulées à son encontre, sans pour cela que sa substance disparaisse. Éclatées dans plusieurs dispositions du Code, les fonctions de la cause demeurent. Le contrôle de l'existence de la contrepartie et celui de sa licéité sont repris sous un vocable nouveau dont nous nous emploierons à préciser le sens. À l'opposition antérieure entre contrôle de l'existence de la contrepartie et contrôle de la licéité de la cause succède un contrôle objectif de l'équilibre contractuel qui associe

¹²⁷ CNRTL « identifier » sens 1, B ;

¹²⁸ CNRTL « identifier » sens 1, C.

¹²⁹ Le grand Robert de la langue française « identifier » sens 3.

l'équilibre à la licéité du contrat¹³⁰. Qu'il s'agisse de la contrepartie convenue illusoire ou dérisoire, du contenu, du but illicite du contrat, ou bien encore de l'obligation essentielle, cette première partie se propose d'ordonner ces notions autour du dénominateur commun de l'équilibre du contrat. Plus précisément, nous démontrerons que l'ordonnance du 10 février 2016 renouvelle pour partie les fonctions causales en associant la question de l'équilibre du contrat à celle de sa licéité. La croissance exponentielle de l'ordre public économique constitue l'une des principales manifestations de ce phénomène et démontre le caractère éminemment politique du contrôle de l'équilibre contractuel. Ordre public de protection contre ordre public de direction, l'opposition résiste mal à l'épreuve du temps et à plus forte raison à celle d'une analyse comparée du droit des pratiques restrictives de concurrence et du droit commun des contrats. C'est en effet un ordre public économique pluriel que donnent à voir ces disciplines et qui oriente les choix du législateur soucieux de protéger l'équilibre des conventions.

32. L'objectivation des critères d'identification des déséquilibres (Titre 1) et le spectre de la « cause » (Titre 2) seront ainsi étudiés successivement.

¹³⁰ Th. Génicon, Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse, *RDC* 2013, n° 4 p. 1321, qui soulignait déjà l'entremêlement de ces fonctions. V. auparavant, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, Les obligations, PUF, 22e éd., 2000, n°62, p. 133 : R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur, éd. Debure, Rouzeau-Montaut, 1768, § 43 et 46.

TITRE 1 : L'OBJECTIVATION DES CRITÈRES D'IDENTIFICATION DES DÉSÉQUILIBRES

33. Parler d'objectivation des critères d'identification des déséquilibres contractuels peut paraître surprenant tant notre droit semble, *a priori*, appréhender cette question en termes subjectifs c'est-à-dire en termes de volonté¹³¹. Le recul de la volonté des parties marquerait pour certains un dessaisissement du contrat au profit du juge, une « processualisation du contrat destinée à assurer la justice dans le contrat » selon l'expression du Professeur Cadiet¹³². Pour d'autres, ce recul témoignerait du dynamisme d'un ordre public de protection et de direction prompt à sanctionner des déséquilibres contractuels incompatibles avec l'économie de marché. L'étude des mécanismes actuels de contrôle de l'équilibre contractuel fait apparaître une tendance lourde de notre droit en faveur de l'érection de critères objectifs de contrôle de l'équilibre du contrat, tant au stade de l'exécution qu'à celui de la formation du contrat. Cette objectivation du contrat ne signifie pas que celui-ci soit appréhendé comme un objet neutre. Bien au contraire. Cette objectivation témoigne d'une politique juridique soucieuse de promouvoir la fonction économique du contrat tout en maîtrisant les effets¹³³. Deux manifestations du phénomène seront étudiées ici. Le recul de la volonté subjective des parties au profit de l'économie générale du contrat d'une part (Chapitre 1), et la fragmentation des critères d'identification objectifs du déséquilibre contractuel (Chapitre 2) d'autre part.

¹³¹ J. Ray, S. Desmoulin-Canselier, La loi comme fait social et comme système de représentations, Dalloz, coll. Tiré à part, 2015 [Jean Ray] p. 45 : « Dans notre droit civil, l'homme est essentiellement conçu comme une volonté, qui donne ou refuse son consentement. »

¹³² L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès, *in* Mélanges offerts à Gérard Farjat, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 41 : « nous définirons la processualisation du contrat l'intervention du juge dans la solution d'un litige contractuel. » V. également L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 181 : « Le juge est l'artisan de la justice contractuelle et cette mission lui donne, à l'égard du contrat, un pouvoir d'intervention au sens quasiment procédural du terme comme si, de tiers, le juge devenait partie au contrat : en quelque sorte, le juge fait bien souvent le contrat à la place des parties ». V. aussi, L. Cadiet, J. Norand, S. Amrani-Mekki, Théorie générale du procès, PUF coll. Thémis Droit privé, 2^e éd., 2013, n° 49, p. 201.

¹³³ Des thèses récentes ont ainsi emboîté le pas de ce mouvement d'objectivation des notions du droit des contrats pour en souligner la dimension juridique et tenter d'en fixer le contenu ; V. notamment le travail de R. Jabbour, La bonne foi dans l'exécution du contrat, Thèse, LGDJ, 2016, n°363, p. 291 : « La présentation morale que l'on a attribuée à la bonne foi l'enfermait dans une appréciation sentimentale de la relation. Une approche juridique, objective permet au contraire d'en dévoiler le contenu. »

Chapitre 1 : Le recul de la volonté subjective des parties au profit de l'économie générale du contrat

34. La conception volontariste du contrat traditionnellement rattachée à l'autonomie de la volonté¹³⁴ s'est attelée à sanctionner le déséquilibre contractuel au travers de la volonté interne subjective des parties, de leur « vouloir intime¹³⁵ ». Était ainsi déséquilibré le contrat qui ne répondait pas à la volonté des parties entendue comme « l'adhésion psychologique de chaque contractant à l'acte¹³⁶ ». La difficulté était alors de faire émerger cette volonté « véritable¹³⁷ » sur la base de critères suffisamment prévisibles pour les parties. Certains auteurs ont proposé à cette fin de distinguer volonté et consentement, ce dernier n'étant alors qu'« un objet, conséquence de la volonté¹³⁸ », la manifestation de son extériorité, de sa « capitulation¹³⁹ ». Loin de s'exclure, la « volonté subjective¹⁴⁰ » et le « consentement objectif¹⁴¹ » désigneraient en réalité des espaces contractuels distincts. Alors que la volonté désigne un espace contractuel antérieur et extérieur à l'entrée du contrat sur le marché, le consentement désigne le processus d'objectivation de la volonté, son passage sur le marché¹⁴². Confrontée aux limites de la théorie classique de l'autonomie de la volonté, l'une des

¹³⁴ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Université de Bourgogne, 1912 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, 1980.

¹³⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, Tomes 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969, p. 72.

¹³⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, Tomes 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969, p. 60 : « Qu'est-ce que la volonté ?- C'est la volonté interne, l'adhésion psychologique de chaque contractant à l'acte ; la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité à ce vouloir intime. Telle est la conception traditionnelle en France ». L'auteur relativise cette définition exclusivement psychologique quelques lignes plus loin : « On peut regretter que le C.C., montant en épingle la notion de consentement dans l'a. 1108, ait encouragé les exagérations psychologiques et détourné les civilistes de l'étude des *devoirs concernant l'usage de la parole*, qui était une méthode plus objective et plus sociale d'aborder le contrat ».

¹³⁷ L'expression est empruntée à G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965, L'auteur adopte une définition normativiste du contrat plutôt que volontariste § 222, p. 631.

¹³⁸ M. -A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, *RTD civ.* 1995, p. 573. V. Dans le même sens, G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 54, n°2.2 : « il existe dans la plupart des contrats deux types de « volonté » : une volonté vraie et un consentement. »

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, *RTD civ.* 2004. 451 : « Ainsi, la volonté d'entreprendre une activité économique est classique, entière, à la fois individuelle et discrétionnaire. Mais une fois cette volonté cristallisée, l'activité économique consiste à mettre des produits sur un marché et l'objet créé par la volonté, à savoir le consentement à la vente, est intégré dans le produit même. Ainsi, le consentement à vendre circule en même temps que le produit ». V. également, P. Bourdieu, *Les structures sociales de l'économie*, Points, 2000, pp. 23-23 qui distingue les « décisions » qui seraient l'expression de la volonté, des « dispositions acquises à travers les apprentissages associés à une longue confrontation avec les régularités du champ ». L'auteur précise que « *l'économie des pratiques économiques* [...] trouve son principe non dans des « décisions » de la volonté » [...] mais dans des dispositions ».

évolutions significatives de la matière contractuelle a consisté à envisager la volonté des parties sous un angle plus objectif¹⁴³ en reconstruisant une « volonté juridique¹⁴⁴ ». « Sans remettre véritablement en cause le pouvoir de la volonté et sa nécessaire intégrité, on est [...] tenté de se référer à un “type” objectif de volonté au lieu de s’attacher à la volonté réelle.¹⁴⁵ » Appliquée, à la question du déséquilibre contractuel, cette approche a consisté à identifier le déséquilibre non plus seulement par comparaison entre l’équilibre voulu et l’équilibre produit, mais au travers de situations qui compromettent la rationalité de l’objet économique qu’est le contrat. Cette approche a été présentée comme la traduction d’une vision « utilitariste » du contrat inconciliable avec la théorie volontariste. Elle est en réalité la manifestation d’un renouvellement de cette dernière théorie¹⁴⁶. Il s’agit de rechercher la volonté des parties non plus seulement au travers des prévisions contractuelles, mais au travers de critères objectifs plus à même d’atteindre la volonté objective des parties, et de sanctionner les déséquilibres dont elles peuvent être victimes¹⁴⁷. Ce mouvement de recul de la volonté subjective au profit d’une appréciation économique et objective du contrat s’illustre à travers l’objectivation des vices du consentement (Section 1), ainsi qu’au travers de celle des ensembles contractuels indivisibles (Section 2).

¹⁴³ P. Lokiec, *Le droit des contrats et la protection des attentes*, D. 2007, p. 321.V. aussi, Ph. Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 489 : « Parmi les rares éléments de certitude qu’il est possible d’avoir sans l’analyse des volontés, la considération du but économique poursuivi par l’opération se signale par son objectivité. Il n’est pas illogique d’en faire un élément majeur d’interprétation de la convention, pouvant au besoin rejeter une application vicieuse de sa lettre. Sauf à analyser le contrat comme une aventure où les contractants s’enferment dans la souveraineté des formes et adviennent que pourra, il n’est certainement pas contraire aux postulats de l’autonomie de la volonté d’adopter cette lecture réaliste et finaliste du contrat. »

¹⁴⁴ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l’acte juridique (Contribution à l’étude de la théorie générale de l’acte juridique)*, Thèse, LGDJ, 1971, n°123 p. 210 : « Le terme de « volonté véritable » semble bien recouvrir l’idée de volonté individualiste et absolue : rien ne permet rationnellement d’affirmer qu’il n’y a de volonté véritable que dans l’individualisme et que faute d’un tel absolu la volonté n’existe pas sur un plan juridique. [...] Toutes les notions humaines dont le Droit tient compte ne correspondent que médiatement aux notions corrélatives sur le plan individuel ».

¹⁴⁵ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l’acte juridique (Contribution à l’étude de la théorie générale de l’acte juridique)*, Thèse, LGDJ, 1971, n°120, p. 207.

¹⁴⁶ P. Hébraud, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, Mélanges Maury, t. II, Dalloz, 1960, pp. 474 : « La responsabilité, tout comme l’analyse de la cause ou les autres aspects de l’acte juridique révèlent une association intime entre la volonté, principe d’initiative, et le monde objectif, qui forme la matière de son action ou lui en procure les instruments. La part respective qui revient à chacun de ces deux éléments intéresse à la fois la structure technique du contrat et son rôle social ou économique. »

¹⁴⁷ G. François, *Consentement et objectivation : L’apport des principes du droit européen du contrat à l’étude du consentement contractuel*, Thèse, PUAM, 2007, n°500, p. 443 : « L’étude de l’intégrité du consentement [...] a mis en lumière les insuffisances de l’analyse subjective du consentement. Outre le fait qu’elle est en réalité impraticable, tant on sait les difficultés qu’il y aurait à scruter la volonté psychologique des parties au contrat, l’analyse subjective se révèle également dangereuse au point de mettre gravement en péril la sécurité juridique. »

Section 1 : L'objectivation des vices du consentement

35. Les vices du consentement ont depuis plusieurs années démontré leur capacité à s'adapter de manière à sanctionner les déséquilibres contractuels. Plus précisément, les vices du consentement ont fini par se doubler d'une fonction autonome de protection de l'équilibre contractuel¹⁴⁸. Présentés comme des outils de contrôle subjectif de l'équilibre contractuel, l'erreur, le dol et la violence ont intégré une dimension objective qui conduit aujourd'hui à interroger le lien que ces notions entretiennent avec la volonté des parties. À l'exigence d'un consentement libre et éclairé s'est en effet ajoutée celle d'un contrat économiquement utile. C'est ainsi qu'à l'image de la cause, certains auteurs ont mis en évidence une approche contemporaine des vices du consentement caractérisée par leur objectivation¹⁴⁹. L'erreur sur la rentabilité économique (§1) et la violence économique (§2) en sont des illustrations parlantes, et leur traitement au travers de la réforme du droit des contrats réactualise leur fonction d'outils du contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

§ 1. L'erreur sur la rentabilité économique

36. L'erreur sur la rentabilité économique suscite depuis une dizaine d'années une jurisprudence innovante qui met en évidence la part de contrôle de l'équilibre contractuel que renferme cette notion. Traditionnellement attachée aux qualités essentielles de la chose objet du contrat, l'erreur s'est peu à peu étendue à l'efficacité économique du contrat, se transformant ainsi en un outil autonome de contrôle de l'équilibre contractuel. Si l'erreur est habituellement distinguée de la lésion en ce qu'elle s'intéresse au processus qui permet au

¹⁴⁸ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 1090, p. 849 : « Le dogme de l'autonomie de la volonté a habitué les esprits à voir dans l'intégrité du consentement une fin en soi. Il s'agit, dans cette optique, de veiller à la qualité de l'élément essentiel du contrat. [...] En réalité, la démarche doit être exactement inverse. Ce qui est essentiel dans le contrat, au regard du droit objectif, c'est la satisfaction des besoins qu'il permet de réaliser et sa conformité à la justice commutative. Il importe que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne. »

¹⁴⁹ G. François, *Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Thèse, PUAM, 2007, p. 17 : « Il paraît pour le moins pressant de remplacer l'étude du vouloir intime par des données objectives plus aisément palpables par le droit. Pour déterminer si le consentement d'un des partenaires existe ou pour savoir s'il est à la fois libre et éclairé, il conviendra de procéder à une induction sérieuse, en partant de la règle de droit et de concepts plus aisément appréciables pour le juriste, tels que le principe *favor contractus* ou la *bona fides*. Le consentement ne serait plus, alors, la manifestation d'une très improbable-et contestable-volonté psychologique, mais seulement l'expression d'une notion juridique, une condition de formation du contrat rattachée aux concepts de confiance légitime et d'équilibre des intérêts en présence. »

débiteur de déterminer la valeur, là où la lésion s'intéresse au résultat obtenu de la confrontation de la valeur objective de la chose et du prix convenu¹⁵⁰, l'erreur tend à se libérer de ce clivage pour venir rééquilibrer certains contrats. Alors que la Cour de cassation réaffirme régulièrement l'indifférence de l'erreur sur la valeur (I), elle enrichit depuis 2011 la notion d'erreur sur la rentabilité économique (II) mettant en évidence la fonction originale de contrôle de l'équilibre contractuel *a posteriori* de cet outil.

I. L'erreur sur la valeur

37. La Cour de cassation affirme depuis de nombreuses années l'indifférence de l'erreur sur la valeur¹⁵¹ qu'elle oppose à l'erreur sur les qualités substantielles¹⁵² désormais appelées « qualités essentielles¹⁵³ ». Alors que la première témoignerait d'une inadéquation entre le résultat escompté par les parties et la valeur objective de l'objet du contrat¹⁵⁴, la seconde témoignerait d'une mauvaise représentation des qualités essentielles de celui-ci. Il s'agirait, selon la formule du Professeur Ghestin, d'une « appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes¹⁵⁵ ». L'erreur sur la valeur pure se distingue ainsi de l'erreur sur le prix qui intervient à un stade antérieur de la manifestation de volonté, puisqu'il s'agit de la discordance entre la volonté interne et la volonté exprimée¹⁵⁶. Peu reconnue dans la jurisprudence, l'erreur sur la valeur semble cependant gagner du terrain. Plus précisément, cette erreur est admise lorsqu'elle révèle l'existence d'une contrepartie convenue illusoire ou

¹⁵⁰ Selon Ph. Jouary l'erreur mettrait en évidence « un dysfonctionnement de la procédure de délibération sur la valeur », tandis que la lésion s'attacherait à apprécier « le résultat de cette délibération et sanctionne l'écart entre le prix convenu et la valeur objectivement estimée d'une chose », Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats, Thèse, Paris I, 2002, n°282.

¹⁵¹ Com. 26 mars 1974, Bull. civ. IV, n°108 ; Com. 18 févr. 1997, Bull. civ. IV, n°55 ; JCP 1997. I. 4056, n°5 s., obs. Loiseau ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°356, p. 387 : « L'erreur sur la valeur indifférente est donc uniquement une erreur directe sur le prix, sans erreur sur les qualités essentielles de la prestation. »

¹⁵² L'article 1110 alinéa 1 du Code civil anc. Définissait l'erreur comme celle qui « tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. » Le terme de substance est hérité de Pothier, Traité des obligations, Tome 1, Thomine et Fortic, 1821, n°18. Pothier définit la substance comme « la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue ».

¹⁵³ Article 1132 du C. civ. V. aussi Art. 4 : 103 PDEC.

¹⁵⁴ Carbonnier parle d'« erreurs d'appréciation économique », qui, bien que portant sur des « qualités déterminantes [...] doivent être supportées par celui qui les a commises, comme un risque des affaires et du crédit » J. Carbonnier, Droit civil, Tome 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969, p. 71 et 72.

¹⁵⁵ J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 2^e éd., Thèse, LGDJ, 1971, n°74.

¹⁵⁶ G. François, Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, Thèse, PUAM, 2007, n°459, p. 406.

dérisoire (A). Elle l'est également lorsqu'elle est la conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles (B).

A. L'erreur sur la valeur appréciée sous le prisme de la contrepartie illusoire ou dérisoire

38. Deux contentieux concentrent les applications de l'erreur sur la valeur : la cession d'entreprise et la vente d'œuvre d'art. La première nous intéresse plus particulièrement en ce qu'elle illustre les enjeux attachés à l'objectivation de ce vice pour les contrats passés entre professionnels. L'erreur sur la valeur a ainsi été caractérisée s'agissant des cessionnaires d'actions qui croient acquérir une entreprise saine alors que cette dernière s'avère déficitaire¹⁵⁷. De même, la société cessionnaire qui acquiert la totalité des actions composant le capital d'une société de gestion d'immeubles et de transactions immobilières dont le cédant résilie la plupart des mandats de gestion commet une erreur sur la valeur¹⁵⁸. La lecture de ces arrêts met en évidence la proximité de l'erreur et de la notion de contrepartie convenue au sens de l'article 1169 du Code civil, ancienne « cause » de l'obligation¹⁵⁹. L'erreur se prête à un rapprochement avec la contrepartie convenue toutes les fois que le demandeur soulève la question de la valeur illusoire ou dérisoire de la chose objet du contrat. C'était le cas dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 juillet 2013¹⁶⁰ dans lequel Madame X avait cédé la créance qu'elle détenait sur la société Les Docks de l'électroménager, placée en redressement judiciaire, avant d'assigner ce dernier en paiement du prix du solde de la cession. La première Chambre civile avait approuvé ici la Cour d'appel d'avoir « déduit que cette convention reposait sur une fausse cause ». On parlerait aujourd'hui de contrepartie illusoire dans la mesure où la cession de créance trouvait sa contrepartie dans la possibilité tout à fait illusoire de recouvrer un jour cette créance auprès de la société. La seule contrepartie, qui n'en était pas une, consistait en réalité dans l'abandon de la créance. La proximité avec l'erreur était particulièrement visible dans l'attendu de la Cour de cassation qui prenait soin de souligner « qu'aux yeux de M. Y..., dont l'état physique s'affaiblissait depuis le début de l'année 2004,

¹⁵⁷ Décision préc. Com. 26 mars 1974.

¹⁵⁸ Décision préc. Com. 18 févr. 1997.

¹⁵⁹ Article 1167 du projet d'ordonnance du 25 février 2015.

¹⁶⁰ Civ. 1^{ère} 10 juill. 2013, n°12-17407, *RDC* 2013, n° 4 p. 1321, obs. Th. Génicon.

la convention litigieuse trouvait sa cause exclusive dans l'abandon pur et simple de la créance de Mme X... à l'égard de la société Les Docks de l'électroménager ».

39. Plusieurs auteurs ont semblé admettre à cet égard que l'absence de cause, aujourd'hui contrepartie convenue serait toujours la conséquence d'une erreur¹⁶¹. Plus exactement, l'erreur n'est pas la conséquence d'une absence de cause, mais d'une représentation erronée de la cause, d'une fausse cause¹⁶². Cette solution est surprenante puisqu'elle revient à dénaturer le vice d'erreur en le réduisant à un outil de rééquilibrage des conventions *a posteriori*, là où celui-ci devrait s'attacher à prendre en considération la psychologie des parties pour identifier un vice dans le processus de formation du consentement. Les arrêts rendus en matière d'erreur sur la valeur révèlent en réalité l'ambiguïté du contrôle exercé par la Cour de cassation.

40. Alors que les juges estiment indifférente l'erreur sur la valeur commise par les demandeurs, ces derniers se placent dans le même temps sur le terrain de la contrepartie convenue en prenant soin de s'assurer que celle-ci existe bien, et que sa valeur n'est pas dérisoire ou illusoire. L'erreur passe ainsi d'un vice du consentement de nature subjective, fondé sur la psychologie des parties, à un vice plus objectif reposant sur la nécessité de sanctionner les contrats économiquement viciés¹⁶³. Le droit allemand fournit sur ce point un exemple flagrant d'objectivation du vice d'erreur. Le § 119 du BGB dispose ainsi que l'erreur porte sur les qualités essentielles lorsque celle-ci porte sur les qualités qui « dans le commerce juridique, sont regardées comme essentielles.¹⁶⁴ » Cette catégorie d'erreur vise donc « les

¹⁶¹ A.-M. Demante et E. Colmet de Santerre, Cours analytique de Code civil, t. 5, Contrats ou obligations conventionnelles, 2^{ème} éd., 1865, n° 47 et 47 bis ; G. Ripert et J. Boulanger, t. 2, n° 294.

¹⁶² C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome 1, 1877, Paris Imprimerie générale, p. 354 et 355 : « La cause est fausse dans deux cas : 1° Lorsque les parties croyaient qu'elle existait, tandis qu'elle n'existait pas ; c'est la cause erronée ; 2° Lorsque les parties, sachant bien qu'elle n'existait pas, l'ont néanmoins exprimée dans l'acte ; c'est la cause simulée [...] la cause erronée étant purement imaginaire et n'existant que dans la pensée des parties, équivaut au défaut de cause ; et il est de dire, sous ce rapport, que l'obligation sur une s est une obligation sans cause. » Pour une analyse comparable de la fausse cause, L. Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939, p. 76 : « la cause peut être fausse en deux sens différents : a) Les parties ont cru à l'existence d'une cause imaginaire, qui n'existait point dans la réalité [...] b) Les parties ont altéré sciemment la vérité en assignant à l'opération une cause autre que la cause véritable ».

¹⁶³ J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 2^e éd., Thèse, LGDJ, 1971, n°75 : « en pratique, c'est très fréquemment que l'erreur sur la substance permet de réparer une lésion ».

¹⁶⁴ § 119 alinéa 2 BGB : « Est également réputée erreur sur le contenu de la déclaration l'erreur sur les qualités de la personne ou de la chose qui dans le commerce juridique sont regardées comme essentielles » (traduction M. Pédamon, Le contrat en droit allemand, LGDJ, 2^{ème} éd. 2004, n°130, p. 102 ; L. Josserand ; Cours de droit

qualités litigieuses [qui] n'ont pas été incorporées dans la déclaration de volonté.¹⁶⁵ » Ces qualités doivent, pour être essentielles, l'être objectivement dans « les rapports d'affaires (*verkehrswesentlich*) »¹⁶⁶. Cela introduit donc « une dose importante d'objectivité dans l'interprétation du texte »¹⁶⁷.

41. La même démarche semble être suivie par les juges confrontés à une erreur en matière de cession de parts sociales. Alors que les cessionnaires invoquaient dans les deux exemples précités¹⁶⁸ une erreur sur la valeur des actions cédées, la Cour de cassation, sans répondre sur le point de savoir si la valeur des actions cédées était moindre que celle escomptée, précise dans un cas comme dans l'autre, que les cessionnaires étaient en mesure de poursuivre l'activité économique de la société en question¹⁶⁹. C'est donc, sans le dire, sur le terrain de la contrepartie convenue et non sur celui de la psychologie des parties lors de la formation du contrat que semble raisonner la Cour de cassation¹⁷⁰. Autrement dit, l'erreur porterait sur la valeur lorsque l'engagement des parties est doté d'une contrepartie, tandis qu'elle résulterait d'une erreur sur les qualités essentielles de l'objet du contrat lorsque la société demanderesse n'est pas en mesure de développer une activité conforme à son objet social — autrement dit — que la contrepartie est illusoire. En l'occurrence, les parties cessionnaires avaient acquis les actions dans le but de poursuivre l'activité économique de la société à la place des actionnaires cédants. Dès lors que la poursuite de cette activité est possible, l'erreur porte alors sur la valeur des actions et devient indifférente. Est-ce à dire pour autant que toute erreur

civil positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939, p. 43 au sujet de cet article : « le critère adopté et donc complexe, pour une part social et objectif. »

¹⁶⁵ M. Pédamon *op. cit.* n°133, p. 105.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Com. 26 mars 1974, Bull. civ. IV, n°108 ; Com. 18 févr. 1997, Bull. civ. IV, n°55, *JCP* 1997. I. 4056, n°5 s., obs. G. Loiseau.

¹⁶⁹ « qu'il importait peu que les mandats litigieux aient été pris en compte au titre du chiffre d'affaires servant de base à la détermination du prix, ce dont il résultait que l'erreur alléguée n'affectait que la valeur des actions cédées et n'avait pas empêché la société de poursuivre l'activité économique constituant son objet social » Com. 18 févr. 1997 ; « qu'en réponse aux prétentions de bayon et de deniaud, qui soutenaient avoir été induits en erreur sur la situation exacte de la société working, et avoir ainsi cru acquérir une entreprise saine, alors qu'il s'agissait en réalité d'une entreprise « malade », l'arrêt relève que, par la convention litigieuse, les cessionnaires avaient entendu prendre une participation dans une société concurrente de la leur et susceptible de remplir son objet social, ce dont la société working, bien que déficitaire, n'était pas incapable ».

¹⁷⁰ Pour un raisonnement similaire ayant conduit à l'admission de l'erreur sur la substance Com. 1^{er} oct. 1991, *D.* 1992, 190, obs. G. Virassamy « ils ne pouvaient raisonnablement acquérir en connaissance de cause une société privée non seulement de l'essentiel de son actif mais surtout de la possibilité de réaliser l'objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute rentabilité ».

est nécessairement une erreur sur la contrepartie ? Pour certains auteurs¹⁷¹, la détermination des qualités essentielles sur lesquelles l'erreur peut porter suppose de rechercher la contrepartie attendue du contrat. Il faudrait, pour déterminer ces éléments essentiels, se poser la question de l'objectif poursuivi par le débiteur. Pour d'autres auteurs¹⁷² au contraire, il convient de distinguer parmi les différentes erreurs, l'erreur sur la contrepartie convenue.

42. Cette distinction suppose de réactiver l'acception dualiste de la « cause ». Dans un cas, la cause est entendue comme la cause du contrat, alors que dans le second cas, la cause est entendue de façon classique comme la cause de l'obligation¹⁷³. Dans les deux arrêts précités les juges se réfèrent manifestement à la cause du contrat lorsqu'ils précisent « que la valeur des actions cédées n'avait pas empêché la société de poursuivre l'activité économique constituant son objet social » et que, « les cessionnaires avaient entendu prendre une participation dans une société concurrente de la leur et susceptible de remplir son objet social, ce dont la société working, bien que déficitaire, n'était pas incapable ». La cause de l'obligation des cessionnaires portait ici sur le transfert de la propriété des actions et non sur la poursuite de l'activité économique constituant l'objet social des sociétés. L'acception de la cause telle qu'elle est donnée par l'ordonnance du 10 février 2016 au travers de la notion de contrepartie convenue¹⁷⁴ vient apporter un nouvel éclairage à cette question. Entendue comme la contrepartie convenue, l'erreur sur la contrepartie se rapproche inévitablement de l'erreur sur les qualités essentielles. Sera en effet considérée comme une qualité essentielle la contrepartie convenue entre les parties¹⁷⁵. C'est ainsi que les deux fondements juridiques peuvent, dans cette optique, être soulevés conjointement, suscitant de la part de certains auteurs un mouvement de rejet de la « cause-contrepartie » en raison de son « inutilité »¹⁷⁶.

¹⁷¹ C. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 7^e éd., 2014, n°340).

¹⁷² L'erreur sur la cause n'est plus utilisée par la Cour de cassation qui retient désormais l'absence de cause. Cass. 1^{ère} civ. 21 mai 1997, n° 95-16.145 ; Cass. 1^{ère} civ. 16 févr. 1999, n° 96-18.524.

¹⁷³ Sur la distinction cause du contrat cause de l'obligation, J. Rochfeld, « on distingue la « cause de la convention » ou « cause du contrat », d'un côté, entendue comme celle de la structure contractuelle dans son ensemble, c'est-à-dire comme celle de l'opération économique qu'entendent réaliser les parties. Elle diffère de la cause des obligations de chaque partie » *La cause, Rép. civ.* 2012, n°12.

¹⁷⁴ Art. 1167 du projet d'ordonnance.

¹⁷⁵ Ainsi en est-il du contrat dont l'objectif porte sur la défiscalisation. Le cocontractant lésé peut agir à la fois sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles de la chose transférée, support de l'opération de défiscalisation ; mais il pouvait dans le même temps agir sur le fondement de l'absence de cause si l'opération de défiscalisation était, au moment de la conclusion du contrat, irréalisable,

¹⁷⁶ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, LGDJ, 10^e éd. 1926, p. 375, n°1039. V. en ce sens, G. François, *Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Thèse, PUAM, 2007, p. 403 : Si, au final la notion de cause ainsi entendue présente

43. L'erreur sur la valeur se travestit donc, dans ces exemples, en erreur sur les qualités essentielles lorsque la contrepartie de l'obligation du débiteur est illusoire ou dérisoire. Plus classique est en revanche la sanction de l'erreur sur la valeur qui résulte d'une erreur sur les qualités essentielles.

B. L'erreur sur les qualités essentielles à l'origine d'une erreur sur la valeur

44. Pour certains auteurs, l'erreur sur la valeur pourrait être sanctionnée de nullité lorsque celle-ci est la conséquence « d'une erreur distincte sur la substance¹⁷⁷ ». Elle opérerait alors comme un critère de conversion de l'erreur sur la valeur en une erreur sur les qualités essentielles. Le Professeur Goubeaux distingue à cet égard l'erreur sur la « valeur d'usage » de l'erreur sur la « valeur d'échange¹⁷⁸ ». La valeur d'usage désignerait l'utilité de la chose, tandis que la valeur d'échange désignerait « le rapport entre différentes choses, permettant leur comparaison¹⁷⁹ ». Le premier type d'erreur se rattacherait ainsi à une erreur sur les qualités essentielles, tandis que le second constituerait une erreur pure sur la valeur. Les juges distinguent à cet effet l'erreur indifférente sur le choix du placement qui constitue une erreur sur la valeur simple¹⁸⁰, de l'erreur sur la substance du placement laquelle aurait permis de conclure à sa nullité. Dans le même sens, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 avril 2003¹⁸¹ a refusé de sanctionner de nullité l'erreur qui portait sur le régime fiscal applicable aux revenus issus de l'exploitation de services annexes dans un parking. Il s'agissait en l'espèce d'acquéreurs d'emplacements de parking dans un immeuble en état futur d'achèvement. Le développement au sein du parking de services annexes devait

de nombreux avantages elle n'en demeure pas moins dangereuse pour la sécurité des transactions, et inutile du fait que la méprise sur la substance et la cause s'identifient[...] le contrôle de l'erreur sur les qualités essentielles nous paraît plus approprié, parce qu'il exige des conditions spécifiques « tenant au comportement des parties », et notamment à son caractère excusable chez celle qui en est victime. Au contraire, avec la notion de cause, le risque est grand de sanctionner le déséquilibre contractuel entre les droits et les obligations des parties indépendamment de sa source, et de déresponsabiliser les débiteurs. [...] La cause se présente en outre comme un instrument inutile de contrôle du contenu du contrat, parce qu'en présence d'erreur essentielle, le but normal de la conclusion du contrat ne peut guère être atteint et la cause se trouve objectivement altérée. » V. T. com. Basse-Terre, 17 mars 1993, *D.* 1993. 449, note P. Dienier.

¹⁷⁷ F.-X. Testu, Qualité du consentement, *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010, n°12.07.

¹⁷⁸ G. Goubeaux, À propos de l'erreur sur la valeur, in *Études en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 392.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ L'erreur sur la valeur retrouve alors sa définition classique à savoir : « une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes » J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 2^e éd., LGDJ, 1971, n° 74.

¹⁸¹ Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *D.* 2004, p. 450, note S. Chassagnard.

permettre à l'exploitant des lieux de soumettre ses revenus au régime fiscal des bénéfices industriels et commerciaux. Cet avantage fiscal était ainsi mis en valeur par la plaquette publicitaire confectionnée par les vendeurs. L'exploitation commerciale n'ayant pu être développée, les bénéficiaires n'avaient pas pu bénéficier du régime fiscal précité et sollicitaient la nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles. Les juges du fond ont néanmoins refusé de prononcer la nullité du contrat et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif qu'il s'agissait ici d'une erreur sur un « motif extérieur à l'objet de celui-ci [le contrat]¹⁸² ». La Cour ajoute que ce type d'erreur n'est pas une cause de nullité quand bien même le motif en question aurait été déterminant. L'on peut regretter une telle solution dans la mesure où elle s'appuie sur une lecture purement formaliste du contrat quelque peu artificielle¹⁸³. Il semble néanmoins que la Cour de cassation se livre dans certains cas à une analyse substantielle de l'erreur sur les qualités essentielles.

45. La Chambre commerciale dans un arrêt du 1^{er} novembre 2015¹⁸⁴ a mis en évidence les limites d'une telle analyse. MM. X et Y avaient constitué un Groupement Agricole d'Exploitation en Commun (GAEC) dont M. X avait entendu se retirer. Une convention prévoyait ainsi que M. X cédait au GAEC, transformé en EARL, ses 7000 parts au prix unitaire de 21 F, et que son compte courant débiteur, après déduction du prix de rachat de ses parts, s'élevait à la somme de 168 576 F. (25 699,35 euros). Il était également prévu que M. X reprenait le passif correspondant aux emprunts souscrits auprès du Crédit Agricole de l'Eure pour l'achat d'un tracteur et d'une remorque. Suite à une expertise judiciaire, il ressortait du rapport que la valeur réelle des parts sociales, de M. X, déterminées selon les méthodes couramment utilisées en prenant les chiffres du bilan et les comptes de résultat du GAEC, se situait dans une fourchette comprise entre 129 € et 234 €. Le rapport d'un expert-comptable avait également mis en évidence que le bilan produit avant la signature du contrat ne permettait pas à M. X d'avoir une vision de la situation financière de l'entreprise conforme à

¹⁸² « l'erreur sur un motif extérieur à l'objet de celui-ci n'étant pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ».

¹⁸³ En ce sens, G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°317, p. 257, les auteurs déplorent que la défiscalisation recherchée par l'acquéreur immobilier ait été qualifiée de « simple motif » : « Le statut fiscal ne devrait pas être, en toute hypothèse, considéré comme extérieur aux qualités essentielles de la chose, objet du contrat. » ; V. aussi sur ce point Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°193, p. 172 ; Sur des commentaires de la réforme en ce qui concerne l'articulation des articles 1133 et 1135 du C. civ. Et la difficulté de distinguer la qualité essentielle du motif : O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 190.

¹⁸⁴ Com. 10 nov. 2015, n°14-11370, *LPA* 18 juin 2016, n°114, p. 16, obs. F. Jacomino.

la réalité, les comptes ayant anticipé la comptabilisation de l'attribution des biens de l'actif social et des transferts d'emprunts au profit de M. X. La Cour d'appel de Caen¹⁸⁵ statuant sur renvoi après cassation a accueilli la demande de M. X sur le fondement de l'erreur en indiquant qu'« au vu de la présentation erronée des documents comptables qui lui ont été soumis, M. X, qui ne disposait d'aucun autre élément d'appréciation, a été induit en erreur sur les données objectives du contrat de cession de ses parts sociales. L'erreur sur la valorisation de ses parts n'est que la conséquence de cette méprise. Il s'agit donc d'une erreur sur les qualités substantielles du contrat. Il est évident que si M. X qui n'est pas comptable avait disposé des données correspondant à la situation réelle du GAEC, il n'aurait pas donné son consentement à la cession de ses 7000 parts au prix de 21 F. Cette erreur qui a donc été déterminante de son consentement doit conduire au rétablissement de l'équilibre rompu par l'erreur. » La Chambre commerciale reprend à son compte l'argumentation de la Cour d'appel pour rejeter le pourvoi, mais précise toutefois que « l'erreur portait sur la situation financière de la société¹⁸⁶ ».

46. Une telle solution est surprenante tant elle semble *a priori* venir contredire la solution précédemment étudiée¹⁸⁷, qui portait pourtant sur une situation similaire puisque les demandeurs avaient invoqué la nullité pour erreur sur la substance, ces derniers pensant acquérir une société saine qui était en réalité malade. Malgré la similitude des faits, le problème était ici posé différemment dans la mesure où la cession de parts n'avait pas pour objectif la reprise de l'activité commerciale par les nouveaux actionnaires. La Cour de cassation ne pouvait pas, en conséquence, comme elle le faisait jusqu'ici, se référer à la possibilité pour le cessionnaire de réaliser son objet social pour qualifier l'erreur d'erreur sur la valeur lorsqu'elle cela était possible, et d'erreur sur la substance lorsqu'il était manifeste que le cessionnaire n'y parviendrait pas. La Cour de cassation procède à un raisonnement en deux temps destiné à démontrer que l'erreur sur la valeur n'était en l'espèce que la conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles. Cette dernière erreur portait plus précisément sur la situation financière de l'entreprise. Pourtant, l'objet du contrat litigieux

¹⁸⁵ CA Caen 20 juin 2013, n° 12-02026.

¹⁸⁶ « Mais attendu que l'arrêt relève que la présentation erronée du bilan, qui devait servir de référence à la fixation de la valeur des parts sociales a eu pour conséquence l'établissement d'une valorisation très inférieure à la valeur réelle de celles-ci et ajoute que l'erreur de M. X. sur la valorisation de ses parts n'est que la conséquence de cette méprise ; que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que l'erreur portait sur la situation financière de la société dont les parts étaient cédées, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur affectait les données objectives de la cession et avait été déterminante du consentement de M. X. ; »

¹⁸⁷ Décision préc. Com. 26 mars 1974.

portait ici sur les actions et non sur l'actif de la société, de sorte que l'erreur sur la substance ne devrait pas pouvoir porter sur la situation financière de la société laquelle n'est pas l'objet du contrat en question. Cette solution de la Cour de cassation n'est pas satisfaisante, et ce à plusieurs niveaux. L'erreur sur la substance peut être ici remise en cause dans la mesure où la substance de la chose objet du contrat, à savoir les actions, ne se confond pas avec la situation financière de l'entreprise. Ensuite, cette solution souligne une fois de plus l'insuffisance de l'analyse retenue jusqu'ici par la Cour de cassation dans des hypothèses similaires. L'analyse consistant à s'intéresser à la possibilité pour le cessionnaire de poursuivre l'objet social est tout à la fois limitée dans les hypothèses qu'elle se propose d'embrasser, mais également dans ses fondements même puisqu'il s'agit d'un raisonnement plus causal que psychologique, comme il a été vu plus haut.

47. S'il semble *a priori* plus avantageux et plus commode d'agir sur le fondement de la contrepartie convenue, en ce qu'elle évite d'avoir à se placer sur le terrain glissant de la psychologie des parties¹⁸⁸ et du caractère excusable de l'erreur¹⁸⁹, il n'en demeure pas moins que l'erreur permet dans certains cas d'invoquer la nullité du contrat là où la contrepartie convenue ne le permettrait pas. Cantonnée en effet à une définition stricte, la contrepartie convenue limite son champ d'application là où l'erreur semble au travers de la jurisprudence, se frayer de nouveaux chemins. C'est ainsi que la Cour de cassation affirme depuis une dizaine d'années que la rentabilité économique de certains contrats justifie leur annulation lorsque l'erreur du cocontractant s'est portée sur celle-ci.

¹⁸⁸ G. François, Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, Thèse, PUAM, 2007, p. 16 : « L'impossibilité d'appréhender le psychisme des parties au contrat rend illusoire l'analyse volontariste du consentement [...] Il y a donc une véritable hypocrisie à vouloir toujours raisonner en termes volontaristes, et à vouloir appréhender le consentement à travers le psychisme des parties. Outre son caractère incongru, il faut d'ailleurs évoquer les dangers d'une telle analyse si la présomption de volonté n'est pas le fruit d'une induction réfléchie, mais qu'elle procède tout à l'inverse de la plus hypothétique conjecture. Dans ce cas, le juge déterminera l'existence du consentement, ou en appréciera la qualité, en s'attachant à ce que les cocontractants ont certainement voulu exprimer, ce qui est flou et incertain : cela entraînera sans doute des situations anti-contractuelles sur le terrain de l'existence du consentement, ou créera une insécurité juridique inopportune sur le terrain de l'intégrité du consentement. »

¹⁸⁹ L'erreur sur l'existence de la cause est toujours excusable M. Fabre-Magnan, obs. sous Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *JCP* 1996, I, 3914, n°1.

II. L'erreur substantielle sur la rentabilité économique

48. L'erreur substantielle sur la rentabilité économique permet de sanctionner de nullité le contrat lorsque l'une des parties a fait une appréciation erronée de la rentabilité économique qu'elle pouvait attendre du contrat conclu. Cette erreur se présente de manière autonome lorsqu'elle est spontanée (A), tandis qu'elle est une des composantes du dol lorsqu'elle a été provoquée (B).

A. L'erreur substantielle sur la rentabilité économique spontanée

49. L'erreur substantielle sur la rentabilité économique, occupe depuis 2011 une place particulière dans le paysage jurisprudentiel. Présentée par la doctrine comme une hypothèse circonscrite au contrat de franchise, l'étude attentive de la jurisprudence rendue sur ce fondement révèle le caractère prometteur et utile de la notion (1), laquelle semble trouver sa place dans la nouvelle rédaction de l'article 1132 du Code civil (2).

1. Une notion prometteuse et utile

50. C'est avec une certaine difficulté que l'on retrace les décisions de la Cour de cassation en matière d'erreur sur la rentabilité économique au cours des vingt dernières années. L'arrêt rendu le 4 octobre 2011¹⁹⁰ en matière de contrat de franchise¹⁹¹ est venu poser la première pierre d'un édifice qui ne cesse de prendre de l'ampleur faisant apparaître la dimension éminemment objective de l'erreur. Il est en effet possible de parler d'objectivité tant la référence traditionnelle à la psychologie des parties semble reculer face à l'appréciation de l'utilité économique du contrat pour les parties. Il s'agissait dans l'arrêt rendu le 4 octobre 2011 d'un franchisé qui avait obtenu des résultats « très inférieurs aux prévisions transmises par le franchiseur » conduisant à la liquidation judiciaire de la société du cocontractant franchisé. La Cour d'appel avait jugé que les insuffisances de la documentation alléguées par

¹⁹⁰ N. Dissaux, obs. sous Com. 4 oct. 2011, *D.* 2011, 3052.

¹⁹¹ F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^e éd. 2015, n°969, p. 984 : « Le contrat de franchise ou de franchisage est le contrat en vertu duquel une personne nommée franchiseur, s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à lui procurer la jouissance d'une marque et éventuellement à le fournir en marchandises, le franchisé s'engageant, en retour à exploiter le savoir-faire, à utiliser la marque, et éventuellement, à s'approvisionner auprès du fournisseur (avec en général de sa part, pour cet approvisionnement, un engagement d'exclusivité).

le franchisé ne pouvaient être regardées, à les supposer établies, « comme un élément essentiel dont la révélation eût été susceptible de conduire la société Equip Buro 59 à ne pas conclure le contrat » ; ajoutant que la qualité de professionnel averti du commerce du franchisé aurait dû conduire celui-ci à apprécier la « valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité ». La Cour de cassation dans un attendu limpide réplique alors « qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise ».

51. C'est dans un contexte similaire que la Chambre commerciale devait, quelques mois plus tard¹⁹², préciser sa solution en indiquant « qu'ayant retenu que les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés par la société Chrysalide [...] et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche que ces appréciations souveraines rendaient inopérantes, et qui a fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués, a caractérisé le vice du consentement qu'elle a retenu pour prononcer l'annulation du contrat¹⁹³ ». En ajoutant que l'espérance de gain est déterminante du contrat de franchise, la Chambre commerciale est venue alimenter de nouvelles interrogations. Alors que dans l'arrêt du 4 octobre 2011 le fondement de l'erreur est explicite, la Cour de cassation se contente ici d'évoquer le vice du consentement justement retenu par la Cour d'appel pour prononcer la nullité du contrat¹⁹⁴. Pour autant, la référence explicite au caractère substantiel des chiffres prévisionnels oriente inévitablement l'étude de cet arrêt vers la question de l'erreur qu'elle soit ici caractérisée de manière autonome ou qu'elle soit la conséquence d'un dol.

¹⁹² Com. 12 juin 2012, *D.* 2012, 2079, obs. N. Dissaux.

¹⁹³ Com. 12 juin 2012, *D.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki.

¹⁹⁴ CA Toulouse, ch. 2, section 1, 23 Mars 2011, N° 71, 08/04733 : « les chiffres d'affaires réalisés et les résultats prévisionnels [...] constituent des éléments suffisants qui, portant sur la substance même du contrat litigieux, ont vicié le consentement de Mlle Fabienne T. et M. Christophe C. en les induisant en erreur sur les perspectives de rentabilité du commerce qu'ils envisageaient d'exploiter ».

52. Les commentateurs de cette décision ont insisté sur la nature singulière du contrat de franchise afin de limiter la portée de cet arrêt. S'il est exact que le contrat de franchise met à la charge du franchiseur une obligation de moyens s'agissant du maintien de la pertinence du savoir-faire et de la notoriété des signes distinctifs¹⁹⁵, il n'est pas pour autant tenu à une obligation de résultat. L'article L. 330-3 du Code de commerce précise en effet les obligations mises à la charge du franchiseur préalablement à la conclusion du contrat. L'article R. 330-1 dresse à cet effet la liste de six obligations précontractuelles d'informations lesquelles ne mettent pas à la charge du franchiseur une obligation de transmission des chiffres prévisionnels. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que le franchiseur n'est pas tenu par une obligation de fournir un compte d'exploitation prévisionnel¹⁹⁶. La Cour d'appel de Paris est néanmoins venue préciser que dans l'hypothèse où le franchiseur communique à son franchisé un compte d'exploitation prévisionnel, ce document doit être établi de manière sincère afin de permettre au franchisé de s'engager en connaissance de cause¹⁹⁷. Si l'on peut regretter que l'article L. 330-1 ne mette pas explicitement à la charge du franchiseur l'obligation de communiquer des comptes prévisionnels sincères¹⁹⁸, l'on est cependant surpris de voir la Cour de cassation retenir le caractère substantiel de tels documents tout en affirmant le caractère déterminant de l'espérance de gain en matière de contrat de franchise.

53. Cette solution fait apparaître une certaine contradiction. Si l'on peut comprendre que les documents présentent ici un caractère substantiel dans la mesure où ils ont été portés à la connaissance du franchisé de sorte qu'ils ont participé à déterminer son consentement¹⁹⁹, on est en revanche surpris par la suite de l'attendu. La Chambre commerciale ajoute, par une formule générale, que l'espérance de gain serait, en matière de contrat de franchise, déterminante du consentement. Cette solution laisse entendre que la nature du contrat de

¹⁹⁵ D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 5^e éd. 2009, n°696 et 705.

¹⁹⁶ Com. 11 févr. 2003, n° 01-03932 : *Juris-Data*, n° 2003-17835 ; Com. 19 janv. 2010, n° 09-10980.

¹⁹⁷ CA Paris, 4 déc. 2003, n° 2001/10382 : *Juris-Data*, n° 2003-233437 : « Si l'article L. 330-3 du Code de commerce n'impose pas au franchiseur d'établir et de remettre au candidat à la franchise un compte d'exploitation prévisionnel ou, plus généralement, une prévision chiffrée des résultats susceptibles d'être atteints par l'exploitation de la franchise, ils l'obligent, dans le cas où il communique une telle prévision au futur franchisé, à établir celle-ci de manière sincère, sur des bases aussi sérieuses, exactes et objectives que possible afin que cet élément d'information, déterminant pour celui qui veut s'engager dès lors qu'il porte sur la rentabilité du commerce qu'il envisage d'exploiter, lui permette de le faire en connaissance de cause. »

¹⁹⁸ C'est notamment la position de N. Dissaux, *L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur*, *RDC* 2012, n°3, p. 1072.

¹⁹⁹ Cela n'en demeure pas moins contestable dans la mesure où des prévisions contiennent une part d'aléa sur laquelle la Cour de cassation aurait pu s'appuyer pour chasser l'erreur (Cass. 1^{ère} civ. 24 mars 1987, *Bull. civ.* N°105, p. 78).

franchise ferait présumer le caractère déterminant de l'erreur sur la valeur commise par le franchisé. Si ce contrat « vise à réitérer une réussite²⁰⁰ », d'autres contrats partagent cet objectif. Pourquoi, alors même que le législateur ne met pas à la charge du franchiseur une obligation de communication des comptes prévisionnels, l'espérance de gain serait-elle déterminante en matière de contrat de franchise ? Pourquoi enfin distinguer l'erreur sur l'économie du contrat²⁰¹ laquelle s'assimile à une erreur sur la valeur, de l'erreur sur la rentabilité qui s'assimile, elle, à une erreur sur la substance ? Les documents prévisionnels précontractuels communiqués ici par le franchiseur à son franchisé n'étaient pas faux dans la mesure où, comme le soutenait le franchiseur au moyen de son pourvoi, d'autres franchisés les avaient réalisés et les avaient même dépassés. En refusant de rechercher si au regard des chiffres réalisés par les autres franchisés, les chiffres annoncés étaient réalistes, la Cour d'appel et à sa suite la Cour de cassation ont entendu consacrer de manière générale une erreur objective fondée sur le constat d'un déséquilibre. Le constat de l'inadéquation entre les résultats figurant sur le document précontractuel et le chiffre d'affaires effectivement réalisé suffit ici à caractériser une erreur déterminante du consentement. L'erreur sur la rentabilité économique telle qu'elle transparaît au travers des décisions commentées se présente donc comme une erreur objective que l'ordonnance du 10 février 2016 semble reprendre à son compte.

2. La consécration de l'erreur objective dans l'ordonnance du 10 février 2016

54. L'ordonnance du 10 février 2016 en intégrant la notion de qualité essentielle s'inscrit dans l'approche européenne objective des vices du consentement (a) et semble en ce sens offrir une place à l'erreur sur la rentabilité économique (b).

a. L'approche européenne objective de l'erreur sur les qualités essentielles

55. L'ordonnance du 10 février 2016 définit l'erreur de droit ou de fait comme celle qui « porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant²⁰² » lorsqu'elle est excusable. La notion de qualités essentielles inspirée du droit européen des

²⁰⁰ N. Dissaux *op. cit.*, L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur, *RDC* 2012, n°3, p. 1072.

²⁰¹ Civ. 2^{ème}, 8 oct. 2009, *RDC* 2010, 39, obs. Th. Génicon.

²⁰² Art. 1132.

contrats se présente comme une notion plus objective que celle de qualité substantielle. Cette qualité essentielle objectivée présente l'avantage de garantir la sécurité juridique²⁰³ en offrant au juge des critères d'appréciation plus tangibles que le vouloir intime du cocontractant. Est ainsi qualifiée d'essentielle la qualité qui « est normalement recherchée par un contractant standard²⁰⁴ ». « Partant, le simple fait d'errer sur une qualité ou un attribut de la chose, ou même plus généralement de la prestation, qu'attendrait normalement une personne raisonnable compte tenu de l'économie de la convention et du prix qui aura été payé, suffira à obtenir la nullité de la convention.²⁰⁵ » Cette appréciation objective des qualités essentielles permet un rétablissement de l'équilibre rompu et conduit à reconsidérer la place de l'erreur sur la valeur. La qualité essentielle étant déterminée eu égard à l'économie du contrat, et à l'utilité de la chose pour le cocontractant raisonnable placé dans cette situation, cette erreur traduit nécessairement une erreur sur la valeur au sens de valeur objective entendue comme l'utilité économique attendue de la chose. « Le déséquilibre des prestations devient ainsi une condition de fond de la nullité²⁰⁶ ».

56. Cette approche objective de l'erreur est consacrée par les Principes Unidroit qui disposent que « la nullité pour cause d'erreur ne peut être invoquée par une partie que si, lors de la conclusion du contrat, l'erreur était d'une importance telle qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne se serait pas engagée ou ne se serait engagée qu'à des conditions substantiellement différentes si elle avait eu connaissance de la situation véritable, et que l'autre partie²⁰⁷ ». Cette erreur est donc appréciée objectivement à l'aune du standard du cocontractant raisonnable. La même approche est retenue par le Code européen de l'académie des privatistes lequel érige en qualité essentielle celle qui correspond à « un élément ou un aspect économique ou juridique, fondamental du contrat²⁰⁸ ». Le Code civil

²⁰³ J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998, pp. 193-194 : « Il est une valeur que les théoriciens du droit, tel Paul ROUBIER, regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. Ils la placent avant la justice même, et avant le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres ». « C'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal ».

²⁰⁴ G. François, *Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Thèse, PUAM, 2007, n°442, p. 389.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ G. François *op. cit.*, n° 449, p. 396.

²⁰⁷ Art. 3.2.2 1° des principes Unidroit.

²⁰⁸ Art. 151 Code européen des contrats.

italien définit pour sa part l'erreur essentielle comme celle qui, notamment, « tombe sur la nature ou l'objet du contrat²⁰⁹ ».

57. L'appréciation objective de l'erreur sur les qualités essentielles permettrait ainsi de réaliser des objectifs jusqu'ici atteints par le biais de la cause. Plus précisément, la mention des qualités essentielles tacitement convenues dans l'article 1131 du Code civil semble confirmer l'existence d'un contrôle objectif de l'erreur²¹⁰. Cela conduit à envisager la place de l'erreur sur la rentabilité économique dans ce nouveau cadre légal.

b. Le maintien de la jurisprudence relative à l'erreur sur la rentabilité économique sous l'empire du nouveau Code civil

58. La jurisprudence relative à l'erreur sur la rentabilité économique paraît être conservée dans sa substance par le Code civil réformé. Cela suppose néanmoins de définir ce qu'il convient d'entendre par la notion de qualité essentielle tacitement convenue (α). L'identification impossible des conventions destinées à réaliser un gain (β) conduit pour sa part à envisager l'erreur sur la rentabilité économique comme une erreur objective caractérisée par un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties (χ)

α . La notion de qualité essentielle tacitement convenue

59. La Chancellerie distingue l'erreur sur les qualités essentielles de l'erreur sur la personne²¹¹, l'erreur sur les motifs²¹² et celle sur la valeur²¹³. L'article 1136 du Code civil dispose ainsi que « l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités

²⁰⁹ Art. 1429, 1° du Codice civile italiano.

²¹⁰ G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°305, p. 249 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 188 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°184, p. 164.

²¹¹ Article 1134 : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne. »

²¹² Article 1135 alinéa 1 : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. »

²¹³ Article 1136 : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. » Une lecture *a contrario* de cette disposition laisse à penser qu'une erreur sur la rentabilité économique du contrat pourrait s'assimiler à une erreur sur les qualités essentielles. L'article 1133 alinéa 1 confirme cette hypothèse dès lors qu'il dispose que « les qualités essentielles de la prestation due sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. » Cela signifie que lorsque les contractants n'auront pas identifié avec précision l'objet des prestations, il reviendra au juge d'interpréter la convention pour dégager la commune intention des parties et savoir si la qualité défaillante était essentielle au sens de l'article précité²¹⁴. Cette recherche de la commune intention des parties peut consister dans certains cas à adopter une conception objective des qualités essentielles²¹⁵. Cela consiste à se demander si la qualité invoquée présentait au regard de l'économie du contrat²¹⁶, de l'objet de la prestation²¹⁷, et des qualités des cocontractants²¹⁸, un caractère objectivement essentiel²¹⁹.

60. La rentabilité économique du contrat pourrait, dans cette perspective, être mise en évidence comme une qualité essentielle tacitement convenue. Dès lors que cette qualité peut être tacite, cela signifie qu'il appartiendra en réalité au juge de définir objectivement ce qui, dans le contrat, relève d'une qualité essentielle. La reconnaissance de qualités essentielles tacitement convenues entre les parties offrira au juge une plus grande marge d'appréciation dans l'identification dès lors que celui-ci ne sera plus tenu par une lecture formelle du

²¹⁴ J. Ghestin, Y.-M. Serinet, *Erreur*, *Rép. Civ.* Dalloz, n°270.

²¹⁵ J. Ghestin, Y.-M. Serinet, art. préc. n°274.

²¹⁶ Plus particulièrement du prix V. notamment : CA Paris, 1^{er} déc. 1877, S. 1877. 2. 325 ; CA Agen, 30 avr. 1884, DP 1887. 1. 105, S. 1887. 1. 153 ; CA Paris, 25 juin 1891, Gaz. Pal. 1891. 2. 46 ; CA Bordeaux, 13 nov. 1905, DP 1908. 2. 287, S. 1907. 2. 208 ; CA Rouen, 15 juill. 1911, DP 1912. 2. 367 ; T. civ. Seine, 21 juill. 1925, DH 1925. 696 ; CA Paris, 22 févr. 1950, D. 1950. 269 ; Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1965, Bull. civ. I, n° 347 ; CA Paris, 3 janv. 1974, Gaz. Pal. 1974. 2. 708.

²¹⁷ T. civ. Bayonne, 21 juill. 1903, Gaz. trib. 1904. 1. 59 : présence d'une estampille sur un meuble ; CA Paris, 28 déc. 1907, Gaz. Pal. 1908. 1. 431 : inscription de dates sur une pâte de Sèvres ; CA Rennes, 17 juin 1929, Gaz. Pal. 1929. 2. 397 : l'aspect de la peinture, sa présentation sa patine, le sujet représenté et même son cadre faisaient apparaître le tableau comme ancien et particulièrement du XVIII^e siècle ; T. paix Nantes, 23 janv. 1947, Gaz. Pal. 1947. 1. 128, D. 1947. 220 : signature du tableau par un peintre connu, avant que la garantie ne soit légalement reconnue ; CA Paris, 8 janv. 1990, D. 1990, IR 48 : bronze portant la marque de l'un des deux fondeurs habituels de Rodin alors qu'il ne provenait pas de l'atelier dudit fondeur.

²¹⁸ Plus particulièrement la qualité de professionnel V. notamment : CA Bordeaux, 13 nov. 1905, DP 1908. 2. 287, S. 1907. 2. 208 ; T. civ. Seine, 5 janv. 1911, Gaz. trib. 1911. 2. 237 ; CA Rouen, 15 juill. 1911, DP 1912. 2. 367, S. 1912. 2. 252.

²¹⁹ Pour des illustrations de cette démarche : T. com. Lyon, 29 août 1882, l'arrêt d'appel CA Lyon, 22 janv. 1884, DP 1884. 2. 153, et, sur pourvoi, Civ. 3 juin 1885, DP 1886. 1. 25, qui refuse d'annuler une cession d'actions d'une société irrégulièrement constituée, en se fondant sur une définition objective des qualités ; Cass. 1^{re} civ. 14 oct. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1, panor. 96.

contrat²²⁰. Il pourra en effet, lorsque la qualité essentielle ne se déduit pas de la volonté déclarée des parties, s'appuyer sur des éléments objectifs pour essentialiser les qualités de la prestation²²¹. L'utilisation de l'adjectif « tacite » indique clairement qu'il ne s'agit pas de s'en remettre à la volonté déclarée des parties, mais de déduire du contenu du contrat et de son économie, des qualités objectivement essentielles. C'est donc vers une conception plus souple et plus objective de l'erreur sur la rentabilité économique que l'ordonnance du 10 février 2016 s'est orientée. L'utilisation de l'adjectif « simple » pour désigner les deux erreurs indifférentes que sont l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les motifs laisse penser qu'il s'agirait ici d'erreurs grossières, évidentes qu'il convient de distinguer d'erreurs que l'on pourrait qualifier de « complexes » et qui nécessitent une analyse plus globale du contrat. L'erreur sur la valeur est en effet définie comme « une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes²²² ». Cette erreur sur la valeur de la chose désigne plus précisément la « discordance entre la valeur courante d'une chose et la représentation qu'a pu s'en faire l'errans.²²³ » De la même manière, l'erreur sur les motifs²²⁴ est celle qui porte sur les raisons subjectives qui ont poussé le cocontractant à conclure, lesquelles ne peuvent être déduites de la nature du contrat lui-même ou de son objectif.

²²⁰ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude de la théorie générale de l'acte juridique)*, Thèse, LGDJ, 1971. Sur la thèse objective de l'erreur, n°120 p. 206. V. aussi, G. Chantepie et M. Latina *op. cit.* n°317, p. 257 au sujet des décisions qualifiant l'objectif de défiscalisation de simple motif : « pourquoi exiger que le simple motif ait été « expressément » érigé en élément déterminant du consentement ? Il n'y avait pas de raison d'exclure la possibilité pour les parties de le faire tacitement. »

²²¹ G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°123, p. 210 : « On peut penser que, sur le plan théorique, devrait être considéré comme suffisant le lien de prévisibilité réunissant dans un ensemble équilibré la part de subjectivisme représentant l'accueil du milieu : si la qualité, non spécifiée, mais voulue ne présente pas, par elle-même, une part objective suffisante pour assurer ce lien on pourra estimer qu'elle ne pouvait être prévue. Plutôt que de spéculer sur son caractère déterminant ou son existence « naturelle » il serait souhaitable de la placer là où elle doit être appréciée : dans l'équilibre que l'acte juridique implique, en se pénétrant de l'idée qu'il peut s'établir à des niveaux divers et en étudiant pour chaque cas les forces des éléments qui contribuent à le réaliser. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.* qui proposent d'instaurer une présomption de simple en faveur de l'errans que la qualité manquante était essentiel lorsque son erreur a porté sur une qualité « considérée comme essentielle dans l'opinion commune », n°186, p. 166 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *op. cit.* pp. 188-189.

²²² J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, 2^e éd., Thèse, LGDJ, 1971, n°74.

²²³ Ph. Jouary, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Thèse, Paris I, 2002, p. 251, n°269.

²²⁴ Cette notion est apparue dans la jurisprudence, dans une décision Civ. 3 août 1942, DA 1943.18. Les décisions relatives à l'erreur sur les motifs sont rares mais l'on en dénombre quelques-unes notamment : Com. 4 juill. 1973, Bull. civ. IV, n° 238, D. 1974.538, note J. Ghestin ; Com. 6 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 182 ; CA Versailles, 26 mai 2000, 1^{ère} ch. 2^{ème} section, D. 2000. 197 ; Civ. 1^{ère}, 13 févr. 2001, Lucas c/ Villa, obs. J. Mestre, *RTD Civ.* 2001 p. 352 ; Com. 30 mai 2006, n° 04-15.356, F-D, Berthe c/ Gozet, *Juris-Data* n° 2006-033836, obs. L. Leveneur, *CCC* n°11, nov. 2006, comm. 24 ; Com. 11 avr. 2012, n° 11-15429, Mme X c/ Sté Lixxbail, PB, obs. M. Caffin-Moi, *EDCO*, 01/06/2012, n°6, p. 5 ; Cass. Civ. 2^{ème} 18 avr. 2013, n° 12-20269, obs. M. Leroy, *EDAS* 03/06/2013, n° 06, p. 6 ; C. Grimaldi, *Retour sur l'erreur sur les motifs (de la nécessité de bien distinguer les fausses représentations des prévisions non réalisées)*, D. 2012, 2822.

61. La difficulté en matière d'erreur sur la rentabilité économique consiste donc à identifier les opérations économiques susceptibles d'héberger une telle erreur. En d'autres termes : identifier les contrats destinés à réaliser un gain.

β. L'identification impossible d'une catégorie de conventions destinées à réaliser un gain

62. L'erreur sur la rentabilité économique est une erreur complexe dans la mesure où elle porte non seulement sur la prestation due, mais d'abord et surtout sur la prestation du cocontractant victime qui n'est pas en mesure de réaliser l'économie attendue du contrat. L'erreur sur la rentabilité économique ne pourrait en conséquence exister qu'à la condition que le contrat lui-même s'inscrive dans le cadre d'une opération économique complexe destinée à réaliser un gain²²⁵. Il ne pourrait y avoir erreur sur la rentabilité économique qu'à partir du moment où la nature du contrat fait apparaître un objectif de rentabilité que l'erreur rend impossible. La difficulté qui apparaît alors en termes de sécurité juridique consiste à identifier les contrats constitutifs de telles opérations économiques. Si l'on s'en réfère à la jurisprudence²²⁶, cela semble être le cas en matière de contrat de franchise. Faut-il pour autant en déduire qu'un juge saisi d'une demande de nullité pour erreur sur la rentabilité économique s'attachera à rechercher si le contrat en question poursuivait un objectif autonome de réalisation d'un gain ? Cela suppose de considérer qu'il existerait une catégorie autonome de contrat « pour lequel l'espérance de gain est déterminante²²⁷ ». Tous les contrats dont l'objet porte sur l'exploitation d'une activité commerciale mériteraient, à ce titre, d'être appréhendés comme des conventions pour lesquelles l'espérance de gain est substantielle. Cela ne constitue pas, à notre sens, un critère pertinent dans la mesure où ça n'est pas la nature du contrat qui justifie la prise en compte de l'erreur, mais davantage le déséquilibre induit par cette erreur entre les droits et les obligations des parties. On assiste alors à la consécration d'une forme d'erreur objective qui, à la manière des systèmes de responsabilité objective ou sans faute, permet de sanctionner l'erreur à partir du constat d'une inadéquation entre les prévisionnels et le chiffre d'affaires effectivement réalisé sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve du caractère déterminant des prévisionnels, celui-ci étant présumé.

²²⁵ La Chambre commerciale utilise l'expression suivante : « ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante » Com. 12 juin 2012, *D.* 2012, 2079, obs. N. Dissaux.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

χ. Une erreur objective caractérisée par un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties

63. De la même manière que les systèmes de responsabilité objective ne requièrent pas la preuve d'une faute, l'erreur tend aujourd'hui à s'affranchir du carcan de la preuve de son caractère déterminant pour faciliter la prise en compte de celle-ci. Le seul constat de l'inadéquation entre les comptes prévisionnels et le chiffre d'affaires réalisé par le franchisé suffit à caractériser l'erreur sans qu'il soit nécessaire de démontrer que sans cette erreur le franchisé n'aurait pas contracté. C'est le déséquilibre contractuel qui est ici sanctionné. Il convient de préciser en effet que dans l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 12 juin 2012²²⁸, la nullité pour erreur sur la rentabilité économique était invoquée à titre reconventionnel, le franchisé ayant été assigné par son cocontractant qui lui réclamait le paiement d'arriérés de factures et redevances sollicitait la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchisé ainsi que des dommages-intérêts. Il semble donc que l'erreur sur la rentabilité économique se présente dans ces deux arrêts comme le seul mécanisme susceptible de sanctionner la convention lésionnaire. La dissymétrie de la puissance économique des parties au contrat apparaît ici comme la justification profonde de ces décisions. Il ressort en effet de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 23 mars 2011²²⁹ que le franchisé avait souscrit un prêt de 65 000 € pour l'équipement du fonds de commerce et que le franchisé n'avait aucune expérience commerciale de sorte que celui-ci faisait entièrement confiance à son franchiseur²³⁰. Si la portée de ces arrêts, non publiés au bulletin, ne peut pour l'heure être étendue au-delà des frontières du contrat de franchise, ces solutions attestent néanmoins d'un mouvement d'objectivation de l'erreur, consistant à appréhender ce vice du consentement au travers du déséquilibre contractuel qu'il produit. Cette nouvelle approche de l'erreur est renforcée par l'étude d'autres arrêts dans lesquels le franchisé invoquait la nullité du contrat en s'appuyant sur la disproportion entre le chiffre d'affaires prévisionnel et le chiffre d'affaires effectivement réalisé.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ CA Toulouse, ch. 2 section 1, 23 mars 2011, n° 71, 08/04733, Inédit.

²³⁰ « en l'absence d'une expérience commerciale antérieure, leur confiance à l'égard du franchiseur et de la notoriété du réseau EPIL CENTER était déterminante dans leur engagement. »

64. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 avril 2013²³¹ mettait en scène le franchisé d'une enseigne nationale de l'habillement pour enfant et son franchiseur. Le franchisé se prévalait d'un « défaut de viabilité économique du concept » et de la distorsion entre le chiffre d'affaires prévisionnel et celui effectivement réalisé pour solliciter la nullité du contrat de franchise. La Cour d'appel rejette ici cette demande au motif que « le grief tiré d'une dissimulation du défaut de viabilité économique du concept ne peut être retenu sur le seul constat que le chiffre d'affaires annuel réel a été inférieur d'environ la moitié au chiffre d'affaires prévisionnel que le franchisé avait lui-même élaboré. La validation de ce résultat prévisionnel par le franchiseur ne l'oblige pas en effet à le garantir alors que son obtention dépend de facteurs aléatoires et conjoncturels. » Si le chiffre d'affaires prévisionnel avait ici été élaboré par le franchisé, son franchiseur avait néanmoins pris soin de valider ce dernier de sorte que ce prévisionnel avait été intégré par les parties au contrat et portait sur la substance même de celui-ci²³². En conséquence, le chiffre d'affaires réel inférieur environ de moitié au chiffre d'affaires prévisionnel aurait dû suffire à caractériser l'erreur sur la rentabilité économique telle qu'elle avait été retenue dans l'arrêt du 12 juin 2012²³³. Au lieu de cela, la Cour d'appel de Paris précise au soutien de sa décision que le chiffre d'affaires prévisionnel dépend « de facteurs aléatoires et conjoncturels » laissant croire ici qu'elle n'adhère pas à l'affirmation selon laquelle l'espérance de gain est déterminante du contrat de franchise²³⁴. Un second élément permet de distinguer cette décision de celle en date du 23 mars 2011²³⁵ : l'expérience commerciale du franchisé qui « possédait une connaissance personnelle du marché local ». La qualité de profane ou de professionnel, semble donc pouvoir être présentée comme l'un des critères susceptibles d'exercer une influence sur la caractérisation de l'erreur sur la rentabilité économique. Enfin, le franchisé n'était pas en l'espèce, en liquidation judiciaire, celui-ci ayant cessé de régler ses redevances et pris l'initiative de « déposer l'enseigne avant la résiliation de la convention ». C'est davantage du côté du pragmatisme économique que semble se placer cette décision. La convention litigieuse étant déjà résiliée,

²³¹ CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, n°10/08318 Jurisdata 2013-008231.

²³² J. Ghestin, et Y.-M. Serinet, *Erreur*, *Rép. civ.* 2006, n°249 : « en appréhendant la substance non plus comme « la matière dont la chose est faite mais ce dont le contrat est fait », le centre de gravité de la notion d'erreur bascule, par le jeu d'un mot, « de la substance de la chose... à la substance du contrat » (G. Vivien, article préc., n° 55). Suivant cette approche, le juge ne se souciera plus exclusivement de scruter l'état d'esprit du demandeur, mais cherchera également à déceler ce qu'ont voulu les deux parties par le biais des stipulations du contrat (J. Ghestin, thèse préc., nos 153 et s.). La référence au contenu de celui-ci, tel que fixé lors de sa formation (G. Vivien, article préc., nos 57 et 61), permet de réintroduire un facteur objectif dans la théorie de l'erreur qui évite les annulations intempestives ».

²³³ N. Dissaux, obs. sous Com. 12 juin 2012, *D.* 2012, 2079.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ CA Toulouse, Chambre 2, section 1, 23 Mars 2011, n° 71, 08/04733.

la nullité du contrat, si elle avait été prononcée, aurait sans doute contribué à l'illisibilité juridique de la situation.

65. C'est en réalité une erreur autonome que sanctionnent aujourd'hui les juges en matière de contrat de franchise, et qui présente par plusieurs aspects des points communs avec la notion de cause. L'erreur sur la rentabilité économique se rapproche en effet de l'incapacité du contrat à produire « l'économie voulue par les parties » au sens de l'arrêt du 3 juillet 1996²³⁶. Les juges avaient ici admis le but particulier que les parties avaient assigné au contrat à savoir sa rentabilité économique²³⁷. Ils ne l'avaient pas admis au terme d'une analyse subjective, mais plutôt déduit de la nature même du contrat, puisqu'il s'agissait d'un contrat de location de cassettes vidéo dans un village d'environ 1000 habitants en vue de l'exploitation d'un commerce. Il y a fort à parier que les mêmes faits auraient pu, sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, produire les mêmes effets. L'erreur sur la rentabilité économique devrait donc poursuivre son ascension, la disparition de la cause ayant laissé le champ libre aux outils à même de sanctionner les contrats incapables de produire les effets économiques escomptés. L'analyse de la jurisprudence démontre à quel point l'erreur est aujourd'hui bien loin de sa fonction de contrôle du processus de formation du contrat, celle-ci se consacrant davantage à une analyse du résultat obtenu à l'issue de ce consentement. Plusieurs auteurs, ont ainsi plaidé en faveur d'une mise à l'écart du consentement présenté comme un « facteur d'incohérence²³⁸ », pour se concentrer sur un contrôle de l'équilibre contractuel dans la phase d'exécution du contrat, là où d'autres plaident dans le même temps pour la solution contraire²³⁹.

66. Face à la difficulté pour les parties de voir appliquer en dehors du contrat de franchise l'erreur sur la rentabilité économique, le dol est de plus en plus souvent invoqué et se présente à son tour comme un outil privilégié de contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Plus largement, les arrêts rendus en la matière témoignent d'une mutation du dol et des conditions nécessaires à sa caractérisation.

²³⁶ Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, D. 1997. 500, obs. Ph. Reigné.

²³⁷ J. Rochfeld, Les techniques de prise en considération des motifs en droit français, *RDC* 2013, n°4 p. 1601 : « Ce contrat intégrait une finalité spécifique que les juges acceptèrent de considérer : le but de rentabilité. »

²³⁸ L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, Thèse, LGDJ, 2002, n°686 : « exiger un accord des parties sur les éléments essentiels constitue un facteur d'incohérence pour le droit des contrats. » V. aussi S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000, n°768 à 771.

²³⁹ G. François, Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, Thèse, PUAM, 2007, n°457, pp. 404-405.

B. L'erreur provoquée

67. Le dol et plus particulièrement la réticence dolosive ont permis au cours de ces dernières années de sanctionner de nullité des contrats déséquilibrés au moyen d'une appréciation plus souple du caractère déterminant de l'erreur provoquée (1) et plus objective de l'intention dolosive (2).

1. L'appréciation souple du caractère déterminant de la réticence dolosive

68. La réticence dolosive a longtemps été ignorée des juges²⁴⁰ comme du législateur²⁴¹ en raison de l'application délicate du critère déterminant à ce vice. La difficulté consistait en effet à déduire du silence gardé le caractère déterminant du consentement donné. Cette difficulté semble avoir été surmontée par la jurisprudence et le législateur au moyen de critères plus objectifs au premier rang desquels la nature de l'information gardée. Plus exactement, l'ordonnance du 10 février 2016 identifie des éléments caractéristiques du dol au moyen de références objectives²⁴², là où le Code civil de 1804 semblait faire primer une appréciation psychologique. La réticence dolosive dispose ainsi d'une définition autonome dont le critère essentiel repose sur la rétention d'une information dont l'autre partie connaissait le caractère déterminant pour son cocontractant²⁴³. Ce critère permet d'assouplir les conditions du dol en déduisant de l'information retenue le caractère déterminant du dol. Cela n'exclut pas que le juge se livre à une analyse de la psychologie des parties, mais cette dernière se trouve en quelque sorte court-circuitée par l'analyse objective de la nature de l'information retenue.

²⁴⁰ On considère généralement que c'est l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 30 mai 1947, S. 1949. 1. 24 au terme duquel : « si, en principe, de simples réticences ne sont pas constitutives de dol, il en est autrement lorsque, comme en l'espèce, le vendeur, après une vaine tentative auprès d'un tiers, n'en a pas moins vendu le même cheval, dont il ne pouvait ignorer l'inaptitude agricole ». C'est en revanche avec l'arrêt de la Chambre civile du 19 mai 1958, Bull. civ. I, n°198 que la Cour de cassation reconnaît plus officiellement la réticence dolosive et la rattache au dol de l'art. 1116 anc. V. cependant certaines décisions qui rattachent la réticence dolosive au vice d'erreur Com. 8 mars 1965, Bull. civ. n°173, p. 147.

²⁴¹ Le Code civil de 1804 ne faisait aucune mention de la réticence dolosive à l'art. 1116 al. 1 disposant alors que : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

²⁴² Art. 1137 C. civ.

²⁴³ Art. 1137 C. civ. al. 2 : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. »

69. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 12 mai 2015²⁴⁴ en matière de cession d'actions illustre cet assouplissement des conditions de mise en évidence du dol. Trois individus avaient cédé l'intégralité des actions représentant le capital de la société X à une société Y dont Monsieur Z était gérant. Quelques mois après, la société Y avait été placée en liquidation judiciaire et Monsieur Z avait assigné les cédants en nullité de la cession pour réticence dolosive. La Cour d'appel de Lyon, par un arrêt en date du 17 octobre 2013, a fait droit à cette demande, à la suite de quoi les cédants se sont pourvus en cassation. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif, en premier lieu, « que l'erreur du cessionnaire sur la valeur des titres sociaux, dès lors qu'elle a été provoquée par une manœuvre du cédant, peut justifier l'annulation de l'acte de cession pour dol », et en second lieu, « qu'après avoir relevé que la baisse significative de l'activité de la société ERTS ne pouvait être ignorée de M. Y, gérant de la société Technique et bâtiment, en raison, notamment, de l'implication de ce dernier dans l'accord intervenu sur la cession des actions, l'arrêt retient que l'ampleur de cette baisse, laquelle n'avait pu échapper à la connaissance des consorts X puisque M. Claude X avait dirigé la société ERTS jusqu'à la cession, et la perte certaine de rentabilité économique de cette société avaient été sciemment dissimulées au cessionnaire ». En matière de dol, deux éléments doivent traditionnellement être réunis afin de caractériser ce vice du consentement : l'intention dolosive d'une part, et le caractère déterminant des éléments cachés d'autre part. L'une des particularités de cet arrêt réside précisément dans l'affirmation du caractère déterminant des informations relatives à la situation financière de la société. La Cour de cassation, comme en matière d'erreur sur la rentabilité économique, ne s'attache pas à mettre en évidence le caractère déterminant des informations gardées secrètes au moyen d'une appréciation psychologique du type « le demandeur aurait-il conclu le contrat s'il avait eu connaissance de ces informations ? ». Elle s'oriente plutôt vers une caractérisation souple de ce critère. Cela signifierait donc que les informations relatives à la situation financière de l'entreprise sont, par essence, des informations déterminantes, sans qu'il soit besoin de s'appuyer sur une analyse subjective de la volonté des parties.

70. Alors que le pourvoi insistait sur la nécessité de caractériser une erreur sur la substance, les juges choisissent ici de déplacer le débat non sur le terrain de l'erreur, mais sur celui du dol. Plus exactement, la Cour de cassation déduit le caractère déterminant des informations dissimulées du rapport de causalité entre la manœuvre du cédant et l'erreur sur

²⁴⁴ Com. 12 mai 2015, *BJS*, 2015, n°7-08, p. 333, obs. B. Brignon.

la valeur des titres sociaux. Le dol s'objective dans la mesure où il ne s'appuie pas sur une recherche subjective de la psychologie de la partie victime du dol, mais sur des éléments objectifs parmi lesquels le comportement du cocontractant occupe une place prépondérante²⁴⁵. C'est l'approche retenue, comme en matière d'erreur, par le droit européen des contrats qui se concentre davantage sur l'élément volontaire que sur l'élément psychologique du dol. À cet égard, l'article 4 : 107, 1° des PDEC sanctionne de nullité le contrat lorsqu'une partie « par ses manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, a déterminé la conclusion du contrat ou a omis frauduleusement de révéler une information que la bonne foi lui commandait de révéler. » Le caractère déterminant du vice est ici relégué au second plan.

2. L'appréciation objective de l'intention dolosive

71. L'intention dolosive présentée comme l'élément central de ce vice de tromperie tend à s'objectiver par la consécration d'une obligation d'information précontractuelle (a), laquelle participe à ce que l'on peut décrire comme une objectivation de l'intention (b).

a. L'obligation d'information précontractuelle

72. Le traitement jurisprudentiel de l'obligation d'information précontractuelle (α) et celui qu'en fait l'ordonnance du 10 février 2016 (β), participent d'une définition objective de l'intention dolosive.

²⁴⁵ G. François, Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, Thèse, PUAM, 2007, p. 317 : « L'analyse objective du dol consacrée dans les Principes permet de sanctionner celui-ci pour d'autres raisons que son seul effet psychologique. En conséquence, l'étude du comportement de l'agent doit demeurer prépondérante. Cette prépondérance suppose d'abord que l'étude de la matérialité des comportements dolosifs soit déconnectée de l'altération de la volonté que de tels agissements induisent. S'agissant de l'appréciation de l'illicéité du comportement, elle nécessitera que l'on s'en rapporte à une norme abstraite et donc que l'on compare l'attitude de l'agent avec celles qu'un contractant normalement soucieux d'observer la morale et les usages des affaires, placé dans les mêmes conditions aurait adopté [...] L'analyse du consentement est même subsidiaire car il importe peu que celui-ci ait été altéré si le comportement n'est pas illicite. »

α. Le traitement jurisprudentiel de l'obligation d'information précontractuelle

73. L'intention dolosive est, dans une approche objective du dol, accessoire au comportement du cocontractant, elle en est en quelque sorte la conséquence nécessaire. La jurisprudence traite ainsi avec souplesse cette condition, de nombreux arrêts déduisant de l'absence d'information précontractuelle le caractère intentionnel du dol²⁴⁶. Alors que l'article 1136 du Code civil fait figurer l'intention dolosive au rang des éléments constitutifs du dol²⁴⁷, l'on est surpris par la quantité d'arrêts faisant l'impasse sur cette condition au demeurant essentielle.

74. L'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 22 juin 2005 en matière de vente d'immeuble²⁴⁸ et publié au Bulletin en fournit une illustration probante. Une société A avait conclu avec une société B une promesse de vente portant sur un immeuble de grande hauteur. La société B avait assigné son cocontractant en nullité de la promesse, ce dernier ne l'ayant pas informé de la situation exacte de l'immeuble notamment au regard des charges de sécurité. Le demandeur au pourvoi se fondait alors sur l'absence de dol principal la Cour d'appel²⁴⁹ ayant retenu que la société B « aurait, à tout le moins, acquis à un prix inférieur si elle avait connu la situation exacte ». La troisième Chambre civile rejette le pourvoi au motif qu'« ayant constaté que la société [A] avait dissimulé à la société [B] la situation exacte de l'immeuble au regard des règles des immeubles de grande hauteur et le montant réel des charges de sécurité qu'elle se devait de communiquer compte tenu de la particularité d'un tel immeuble, la cour d'appel, qui a souverainement retenu que ces éléments étaient déterminants pour l'acquéreur qui devait être mis à même d'apprécier la rentabilité d'une opération et aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation exacte, en a exactement déduit que les réticences dolosives imputables à la société [A] entraînaient la nullité de la vente ». Cette « présomption de mauvaise foi »²⁵⁰ se rapproche de celle qui existe

²⁴⁶ Décision préc. Com. 12 mai 2015 ; Civ. 1^{re}, 19 janvier 1977, Bull. civ. I, n° 40, p. 30 ; Civ. 3^e, 3 février 1981, D. 1984, p. 457, note J. Ghestin.

²⁴⁷ Art. 1136 : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi. » V. aussi Art. 4 : 107 PDEC : « Une partie peut provoquer la nullité du contrat lorsque l'autre, par ses manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, a déterminé la conclusion du contrat ou a omis frauduleusement de révéler une information que la bonne foi lui commandait de révéler. »

²⁴⁸ M.-A. Chardeaux, obs. sous Civ. 3^e, 22 juin 2005, LPA 17 oct. 2006, n° 207, p. 16.

²⁴⁹ CA Paris 5 nov. 2003.

²⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003 obs. G. Loiseau, JCP 2003, I, n° 170.

en matière de droit de la consommation, mais se confond également avec « la présomption de connaissance du vice caché du vendeur professionnel tenu de la garantie des vices²⁵¹ ». La question ne consiste pas ici, comme dans l'arrêt du 12 mai 2015²⁵², à savoir si les éléments tus par le cocontractant l'ont été de manière intentionnelle. « Il n'y a de réticence coupable qu'autant que l'agent a manqué à l'obligation de contracter de bonne foi, laquelle implique dans sa version la plus répandue, d'agir comme un contractant normalement soucieux d'observer la morale et les usages des affaires, d'une part, et de ne pas tirer profit de l'ignorance d'autrui, d'autre part.²⁵³ » Les juges se contentent en effet de retenir que ce dernier ne pouvait raisonnablement ignorer l'importance d'un tel élément aux yeux de son cocontractant. La personnalité des parties et la nature du contrat permettent ainsi de déterminer le comportement d'un cocontractant raisonnable placé dans la même situation.

β. Le traitement de l'obligation précontractuelle d'information par l'ordonnance du 10 février 2016

75. L'article 1137 alinéa 2 relatif à la réticence dolosive doit être lu à la lumière de l'article 1112-1 définissant l'obligation d'information. L'information objet de cette obligation d'ordre public, est définie comme celle « dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre [...] dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. » En effet, l'alinéa 3 du même article précise qu'« ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. » L'information déterminante est donc définie de manière objective, par référence au contenu du contrat et aux qualités des parties.

76. Cet ajout est heureux et ménage obligation de bonne foi et analyse économique du droit. L'analyse économique du droit s'intéresse particulièrement à la question de l'obligation d'information en ce qu'une telle information présente un coût. Partant, les auteurs ont cherché à départager les hypothèses dans lesquelles le cocontractant se doit de révéler l'information de

²⁵¹ Civ. 3^e, 4 janvier 1991 et Civ. 1^{re}, 16 avril 1991, *D.* 1992, somm. comm., p. 196, O. Tournafond.

²⁵² Com. 12 mai 2015, *BJS*, 2015, n°7-08, p. 333, obs. B. Brignon.

²⁵³ G. François, *Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Thèse, PUAM, 2007, n°329, p. 284.

celles où une telle révélation présente un coût ne pouvant être rentabilisé²⁵⁴. Kronman propose ainsi dans un article intitulé « *Mistake, disclosure, information and the law of contracts*²⁵⁵ », de divulguer l'information obtenue fortuitement, et de la taire lorsque cette information présente un coût que la conclusion du contrat ne saurait rentabiliser. Cette solution ne permet pas cependant d'envisager raisonnablement les cas dans lesquels une partie au contrat a, par le biais d'une expertise ou par son expérience professionnelle, pris connaissance d'une information déterminante pour son cocontractant. Répondant aux critiques formulées à l'encontre de l'article de Kronman, il a été proposé de partir du postulat selon lequel l'information doit toujours être communiquée lorsque celle-ci est déterminante pour l'autre partie²⁵⁶, sauf cas particulier pour lequel l'autre partie n'a pas jugé opportun de procéder aux vérifications nécessaires alors qu'elle était avertie d'un risque d'erreur sur la valeur ; lorsque l'information est obtenue grâce à un effort délibéré et qu'elle nécessite en cela un investissement ; ou enfin lorsque l'information est détenue par l'acheteur à un contrat de vente. Toutefois, l'obligation de divulguer retrouve ses droits lorsque les parties se trouvent dans un rapport de confiance²⁵⁷.

77. Le nouvel article 1112-1 du Code civil pose le principe général de l'obligation précontractuelle d'information²⁵⁸ de sorte que cette obligation concerne les rapports contractuels entre professionnels. La reconnaissance de ce « droit de savoir²⁵⁹ » dans les rapports entre professionnels ne va pas de soi²⁶⁰, les textes spéciaux et les jurisprudences

²⁵⁴ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd. 2008, n°1402, p. 390.

²⁵⁵ A. Kronman, *Mistake, disclosure, information and the law of contracts*, 7 *Journal of Legal Studies* 1 1978.

²⁵⁶ E. Mackaay, S. Rousseau, *op. cit.* n°1412, p. 393 : « les contrats basés sur une information complète ont les meilleures chances de constituer les gains de Pareto ; à défaut de divulgation, la partie ignorante risque de s'engager dans un double emploi de recherche d'information ». V. aussi, M. Fabre-Magnan), *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n°129, p. 100 : « Un argument économique fondamental en faveur du développement des obligations d'information consiste à remarquer que ces obligations permettent l'obtention d'un juste prix et – partant- d'un équilibre économique. »

²⁵⁷ Eisenberg ajoute qu'il n'y a pas d'obligation de divulguer à la charge de l'acheteur, ni à la charge du vendeur lorsque son cocontractant a été averti de ce qu'il pouvait se tromper sur la valeur de la chose.

²⁵⁸ L'obligation précontractuelle d'information est « celle qui est due par l'une des parties à l'autre, et non comme celle qui est due par un tiers impartial, tel que le notaire ou l'avocat rédacteur du contrat qu'il contresigne », J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°1520, p. 1258. Sur la distinction de l'obligation précontractuelle et contractuelle d'information : M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°282, p. 225.

²⁵⁹ Le droit de savoir, Rapport de la Cour de cassation 2010, p. 109.

²⁶⁰ La tendance était en effet à un allègement de l'obligation de d'information pour les contrats passés entre professionnels, V. notamment J. Ghestin et M. Fontaine, (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, n°16 à 30 pp. 485-490, spéc. n°17 : « lorsque le contrat met en présence deux professionnels sans nécessairement disparaître, cette obligation a un contenu moins strict ou un mode d'exécution plus souple. Cela s'explique dans la mesure où étant tous deux présumés compétents du

rendues en matière d'obligation précontractuelle d'information se concentrant essentiellement²⁶¹ sur les rapports entre particuliers ou les contrats de consommation²⁶². Rares sont donc les projets doctrinaux, nationaux et européens à avoir envisagé une obligation générale d'information précontractuelle²⁶³ dans les rapports entre professionnels²⁶⁴. Le DCFR a pour sa part envisagé d'une part l'obligation due par un professionnel à un consommateur²⁶⁵, et d'autre part celle due par les professionnels à tout cocontractant²⁶⁶. La Proposition de règlement²⁶⁷ reprend, dans des termes comparables au DCFR, l'obligation d'information dans les rapports entre professionnels. L'article 23 propose ainsi 6 critères de référence non limitatifs, au titre desquels le coût de l'information, ou la facilité avec laquelle l'autre professionnel aurait pu avoir accès à ces informations. Ces critères, bien que non visés par l'article 1112 du Code civil, dont la « grammaire²⁶⁸ » se veut plus synthétique, devraient néanmoins servir de soutien aux magistrats en quête de l'obligation précontractuelle d'information. Présentée davantage comme une exception que comme un principe, l'obligation précontractuelle d'information se limite, aux termes de l'article 1112-1, aux deux hypothèses d'ignorance et de confiance légitimes²⁶⁹.

78. La première hypothèse révèle en négatif le devoir du cocontractant de se renseigner²⁷⁰, limitant ainsi l'obligation d'information aux cas dans lesquels l'autre partie ne pouvait avoir

fait de leur qualité ou en tout cas capables de s'informer, les obligations imposées ou aggravées pour protéger la profane contre le professionnel ne se justifient plus. » Pour des illustrations jurisprudentielles : C. cass. 1^{ère} civ. 6 juin 1990, Bull. civ., I, n°144, p. 103 ; C. Cass. Com. 25 févr. 1986 Bull. civ., IV, n°33, p. 28, *RTD civ.* 1987, p. 85 obs. J. Mestre ; C. Cass. Com. 10 févr. 1987, Bull. civ. IV, n°41, p. 31, *JCP* 1988, II, 20995, note G. Virassamy.

²⁶¹ Il existe néanmoins des obligations d'information ponctuelles entre professionnels V. notamment en matière de cession de bail commercial art. L. 141-1 C. com.

²⁶² Obligation faite au banquier en matière de crédit à la consommation art. L. 311-9 C. consom. ; À l'assureur art. L. 112-2 C. assur. ; Plus généralement à tous les professionnels soumis au droit de la consommation art L. 111-1 C. consom.

²⁶³ L'article L. 1112-1 Code civil est placé dans une sous-section 1 intitulée « Les négociations ».

²⁶⁴ Avant-Projet Catal Art. 1110 : « cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant en raison, notamment de la nature du contrat, ou de la qualité des parties ».

²⁶⁵ Art. II.- 3 : 102 et II.- 3 : 103 DCFR.

²⁶⁶ Art. II.-3 : 101 DCFR.

²⁶⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011, Art. 23.

²⁶⁸ Th. Génicon, La grammaire dans la réforme du droit des contrats, *RDC* 2016, n°4, p. 751.

²⁶⁹ B. Fages, L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux, *BJS*, 2016, n°9, p. 529, n°5.

²⁷⁰ V. en ce sens, Com. 30 mars 2016, n° 14-23866, cassation pour défaut de base légale d'un arrêt n'ayant pas recherché « si les documents comptables remis à la cessionnaire n'étaient pas de nature à lui permettre de prendre connaissance de la dégradation de la trésorerie ». V. aussi, rapport au président de la République : « Ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information ».

accès à cette information sans le concours de l'autre partie. Cette hypothèse révèle donc en creux une obligation minimale de se renseigner à la charge des parties, ces dernières ne pouvant tout attendre de leur cocontractant²⁷¹. L'appréciation de cette obligation devrait se faire *in concreto* au regard d'éléments tels que les qualités des parties, leurs niveaux de compétence, l'accessibilité de l'information en cause.

79. La seconde hypothèse vise pour sa part les cas pour lesquels les cocontractants se trouvent dans une situation de confiance légitime. Si l'on imagine aisément que le contrat passé entre un consommateur et un professionnel illustre cette relation de confiance, il faut préciser ce qu'il en est s'agissant des contrats passés entre des professionnels. Il s'agira notamment des contrats passés entre des associés²⁷², de ceux qui le sont entre des cocontractants qui ont des relations commerciales habituelles ou encore des contrats passés en raison précisément des connaissances techniques que l'une des parties attend de l'autre. L'article L. 1112-1 indique que cette obligation d'information n'opère, dans un cas comme dans l'autre, qu'à la condition que la partie ait eu connaissance de l'information litigieuse. Se pose alors la question de l'application de ce texte lorsqu'une partie aurait dû connaître l'information²⁷³. Le juge devrait limiter le champ de ses investigations à la seule recherche de la connaissance réelle et non supposée²⁷⁴. Cela ne signifie pas que ce texte servira de voie de contournement de l'obligation de conseil qui incombe à de nombreux professionnels²⁷⁵ qui pourraient être inspirés d'entendre échapper à leur responsabilité en indiquant qu'ils n'avaient pas effectivement connaissance de l'information²⁷⁶.

80. L'information déterminante est définie par l'alinéa 2 comme celle présentant « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Cette définition du

²⁷¹ P. Jourdain, Le devoir de « se » renseigner, *D.* 1983, Chron. 139.

²⁷² B. Fages, L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux, *Bull. Joly sociétés*, 2016, n°9, p. 529, n°5 ; G. Cattalaneo-Cloarec art. préc. p. 43.

²⁷³ L'avant projet de réforme de la Chancellerie disposait dans son article 1129 : « Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. »

²⁷⁴ G. Cattalaneo-Cloarec, Obligation d'information et réticence dolosive : une obscure clarté in *La réforme du droit des contrats en pratique*, (sous la direction de M. Latina), issu des actes du colloque du 23 septembre 2016 à l'Université de Nice Sophia Antipolis, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 41.

²⁷⁵ V. notamment, Civ. 1^{ère} 28 oct. 2010, *D.* 2010, 2580 obs. X. Delpech ; Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2013, n° 12-23.372 ; Civ. 1^{ère} 3 déc. 2014, *CCC* 2015, n°56 obs. L. Leveneur.

²⁷⁶ *Ibid.* « Dès lors que cette obligation de se renseigner s'appuie sur un devoir de conseil et non pas sur un devoir d'information, les solutions anciennes demeurent inchangées. »

caractère déterminant ne laisse guère de place à une recherche subjective ou la relègue du moins à un rôle secondaire²⁷⁷. L'utilisation de l'expression de « contenu » n'est pas sans présenter de difficultés, la notion même n'étant pas définie et renvoyant à des éléments tels que la prestation objet du contrat, la contrepartie convenue ou le but du contrat²⁷⁸. Le juge déterminera ainsi si l'information dissimulée présentait un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat, à charge pour la partie qui se prévaut d'une violation de l'obligation d'information de rapporter la preuve du caractère subjectivement déterminant de l'information dissimulée²⁷⁹. Alors que le Professeur Fabre-Magnan proposait dans sa thèse de définir l'élément psychologique de l'obligation d'information « comme la réunion de la connaissance de l'information et de l'importance qu'elle a pour le cocontractant²⁸⁰ », l'article 1112-1 prend le parti d'un élément psychologique objectivé. En effet, le caractère déterminant de l'information que le Professeur Fabre-Magnan désigne comme la connaissance de l'information pour le cocontractant est appréhendé non pas par un biais subjectif qui consisterait à sonder la psychologie du débiteur de l'information, mais au travers d'une définition objective du caractère déterminant défini comme celui présentant un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties. »

b. L'intention objectivée

81. L'obligation d'information ainsi définie confirme la volonté du législateur de resserrer l'étai du dol par réticence en le réduisant au dol résultant de la méconnaissance de l'obligation figurant à l'article 1112-1 du Code civil. Comme en matière d'erreur, le souci de rétablissement de l'équilibre rompu par l'absence d'information prend le pas sur la nature même du vice du consentement et participe à une objectivation des éléments constitutifs du dol. Au vice du consentement se substitue ici un contrôle de l'utilité du contrat rendant la

²⁷⁷ Pour une lecture différente, B. Fages, art. préc. n°7 : « Ce qui compte, sur le fondement du nouvel article 1112-1 du Code civil, c'est l'importance subjective et réelle de l'information, et non son importance objective ou supposée. »

²⁷⁸ G. Cattalaneo-Cloarec, art. préc. p. 42 : « Sans doute faut-il en comprendre que le devoir d'information ne porte que les éléments d'une importance suffisante pour influencer sur les conditions contractuelles. »

²⁷⁹ Il faut préciser ici que cette information ne peut en aucun cas porter sur la valeur de la prestation. L'art. 5, 1° de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est venu ajouter un alinéa 3 à l'art. 1137 en ce sens : « néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

²⁸⁰ M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 1992, n°249, p. 195.

distinction des vices particulièrement hasardeuse²⁸¹. Le défaut d'information précontractuelle semble entraîner avec lui l'intention de tromper et partant, la nullité du contrat. Aux conditions traditionnelles du dol se substitue alors un dol objectif caractérisé par l'absence d'information précontractuelle portant sur la rentabilité financière attendue du contrat. Dans cet optique certains auteurs ont proposé de n'adjoindre au dol qu'une sanction dissuasive et non réparatrice²⁸². La disparition progressive du caractère délictuel du dol au profit de sa dimension objective²⁸³ contribue à une mutation profonde des vices du consentement marquée par la place croissante faite à l'équilibre des prestations échangées. La violation d'une obligation d'information suffit à caractériser la réticence dolosive de sorte que le contrôle opéré par les juges porte sur le déséquilibre des prestations, là où il devrait se concentrer sur la qualité du consentement donné. Cette analyse réaliste du contrat insiste sur le caractère économique de l'obligation d'information plus que sur sa contribution à un consentement exempt de vice²⁸⁴. Cette obligation d'information est analysée comme une information de nature économique sans laquelle la partie victime du dol subit inmanquablement un déséquilibre, cette dernière n'ayant pas été en mesure d'identifier l'étendue des contraintes économiques pesant sur la chose dont elle s'est rendue acquéreuse.

82. La possibilité qu'offre le dol en matière de contrôle objectif de l'équilibre contractuel apparaît donc immense. La souplesse avec laquelle le caractère déterminant de ce vice est apprécié et le recul de l'intension dolosive marque en effet un effacement du questionnement relatif à la qualité du consentement pour lui préférer un contrôle rationnel de l'utilité économique du contrat. Cette évolution présente l'avantage de multiplier les outils juridiques

²⁸¹ P. Le Cannu, *Bull. Joly*, 1^{er} janv. 1998 n° 1, p. 25 ; P. Nguihe Kante, La fongibilité des vices du consentement en droit privé des contrats, *LPA* 19 nov. 2015, n°231 p. 4. V. aussi, J.-J. Barbieri, Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 325 : « Le contrat doit permettre la réalisation d'opérations socialement utiles, ou, à tout le moins, socialement inoffensives. La convention n'est donc pas, ou n'est plus, l'expression de la suprématie du droit subjectif, tant il est vrai que les droits subjectifs passent par la reconnaissance du droit objectif, pour exister vraiment. »

²⁸² C. Ouerdane-Aubert de Vincelles : « la prise en compte de l'intention malveillante du cocontractant de la victime ne peut justifier qu'une sanction dissuasive et non réparatrice » in *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Thèse, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002.

²⁸³ G. Chantepie, La lésion, Thèse, Paris 1, 2005, n°293.

²⁸⁴ J.-P. Chazal, « Un déséquilibre sera constaté en l'absence de transmission des informations nécessaires à l'utilisation correcte du bien vendu ou de la prestation de service fournie. 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. Il est donc préférable de faire entrer l'obligation d'information, quel que soit le moment où elle doit être exécutée, dans le champ contractuel, puisque ce qui importe c'est d'appréhender l'équilibre des prestations réciproques ». Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? in *La nouvelle crise du contrat*, Colloque organisé par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II les 14 et 15 mai 2001, (dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud) Dalloz, 2003, p.111.

susceptibles d'être mobilisés par la victime du vice et l'inconvénient de brouiller durablement les fondements de tels dispositifs. La violence économique pourrait par son autonomie progressive marquer la fin d'une superposition des vices du consentement au profit de l'identification de mécanismes autonomes dont les fonctions et les finalités concordent.

§ 2. La violence économique

83. La violence économique trouve dans l'ordonnance du 10 février 2016 une dimension nouvelle en matière de contrôle objectif de l'équilibre contractuel. L'article 1143 dispose en effet qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »²⁸⁵. Cette admission de la violence économique avait déjà été consacrée dans l'avant-projet *Catala*²⁸⁶, ainsi que dans le projet *Terré*²⁸⁷. Les principes du droit européen du contrat²⁸⁸ et à leur suite le *Draft common frame of reference* ont eux aussi introduit dans des termes identiques un vice du consentement autonome lorsqu'une partie a abusé de la faiblesse de son cocontractant²⁸⁹. La proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente sanctionnait dans les mêmes termes que le cadre commun de référence l'exploitation abusive de l'état de dépendance d'une partie au contrat. Appelée

²⁸⁵ Il s'agit de la dernière version du texte issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dont l'art. 5 est venu insérer après le mot « cocontractant » les mots « à son égard ».

²⁸⁶ Art. 1114-3 : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique. »

²⁸⁷ Article 66 : « Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat. »

²⁸⁸ Article 4:109: Profit excessif ou avantage déloyal (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif. *VARII AUCTORES*, Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003.

²⁸⁹ Article 7 : 207 « A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract : (a) The party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill ; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. »

de ses vœux par certains auteurs²⁹⁰ et consacrée par la jurisprudence²⁹¹ après que celle-ci refuse pendant longtemps d'en admettre le principe²⁹², la violence économique impose un parallèle avec le droit des pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence (I) et se présente en cela comme un vice du consentement de nature atypique (II).

I. Un vice du consentement entre pratique anticoncurrentielle et pratique restrictive de concurrence

84. Le vice de violence économique présente une proximité formelle et fonctionnelle avec l'abus de dépendance économique tel qu'il existe en droit de la concurrence (A). Cette proximité conduit à interroger la faculté d'apposer les critères concurrentiels de cette pratique sur le vice de violence (B).

A. L'abus de dépendance économique en droit de la concurrence

85. L'abus de dépendance économique est une notion familière au droit de la concurrence qui, après en avoir fait une pratique restrictive de concurrence (1), a finalement opté pour une pratique exclusivement anticoncurrentielle qui peine néanmoins à être caractérisée (2).

1. L'abus de dépendance économique en droit des pratiques restrictives de concurrence

86. La loi du 15 mai 2001 avait inscrit dans le même temps que l'article L. 420-2, la notion d'abus de dépendance au rang des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6, I, 2 ° b) du Code de commerce. Si cet article ne mentionnait que l'abus de « la relation de dépendance », tout porte à croire que cet état de dépendance devait être entendu comme une dépendance économique dès lors qu'il s'agissait pour le législateur de munir les fournisseurs de la grande distribution d'un outil juridique supplémentaire pour lutter contre la

²⁹⁰ B. Montels, La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, *RTD com.* 2002, 417.

²⁹¹ Cass. civ 1^{ère}, 30 mai 2000, *LPA* 22 nov. 2000, n°233, p. 18, note S. Szames ; J.-P. Chazal *D.* 2002, 1862 note sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12932.

²⁹² Pour un refus : Civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, n°87-10564 ; Pour une assimilation à une contrainte morale Soc. 5 juill. 1965, Bull. civ. V, n°545 et Civ. 1^{ère} 8 déc. 1998, n°96-17811.

puissance économique de leurs distributeurs²⁹³. Il convient de rappeler en effet que la loi du 15 mai 2001 poursuivait entre autres objectifs celui d'« un rééquilibrage des relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs²⁹⁴ ». Le rapport du Conseil d'analyse économique du 21 novembre 2000 réalisé par Patrick Rey et Jean Tirole²⁹⁵, et sur lequel s'est appuyé le législateur au moment de la rédaction du projet de loi, fait apparaître à plusieurs reprises la notion de « dépendance » sans pour autant la définir juridiquement. Il ressort néanmoins de la lecture du rapport que les auteurs associent la notion de dépendance aux pratiques restrictives de concurrence sans se prononcer sur la pertinence d'une telle association²⁹⁶. Les auteurs du rapport semblent même utiliser l'une pour l'autre les notions d'abus de dépendance économique et d'abus de position dominante. La confusion des deux dispositifs et l'absence de définition juridique de l'état de dépendance économique ont donc condamné la pratique restrictive de concurrence de l'article L. 442-6 I° 2° b) du Code de commerce à l'échec, cette disposition ayant systématiquement été écartée par la Cour de cassation. Il semble en effet que les critères exigés par la Cour de cassation dans la mise en œuvre de cette pratique aient été appréciés avec une particulière sévérité. Ainsi, dans les cinq arrêts rendus par la Cour sur le fondement de cette disposition, les juges ont estimé que les faits ne permettaient pas de démontrer un état de dépendance économique au sens de l'article L. 442-6 I° 2° b) du Code

²⁹³ La proximité de la pratique restrictive de concurrence et de la violence économique s'illustre particulièrement dans des arrêts où la violence économique était invoquée sans succès dans des contrats conclus entre fournisseurs et distributeurs ou en matière de contrat de concession automobile. V. Com. 21 févr. 1995, Bull. civ. IV, n°50, *RTD civ.* 1996, p. 391, obs. J. Mestre ; obs. sous Com. 20 mai 1980, Bull. civ. IV, n°212, *RTDciv.* 1984, p. 709. V. aussi Colloque *Abuses of economic dependence, between competition and contract laws EU and Member States Law Perspectives*, 21 septembre 2015, Research Group on Law, Economics, and Management (GREDEG) CNRS – Nice Sophia Antipolis University (UMR CNRS 7321), F. Jacomino *Economic duress and significant imbalance : two different approaches of contractual imbalances*.

²⁹⁴ Monsieur Laurent Fabius alors Ministre de l'Économie des finances et de l'industrie lors des discussions en séance publique à l'Assemblée nationale (mardi 2 mai 2000) : « Un autre objectif de ce projet est de garantir les conditions de la concurrence et un rééquilibrage des relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs ; réclamée par les PME et les exploitants agricoles, cette équité est indispensable au bon fonctionnement économique et à la bonne qualité des produits. »

²⁹⁵ Rapport n°29, Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Patrick Rey et Jean Tirole, 21 novembre 2000. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000048.pdf>

²⁹⁶ « La perception de dépendance vis-à-vis des centrales d'achat est aussi reflétée dans la notion de « pratiques abusives. À ce sujet, il convient de distinguer deux phénomènes. Le premier est le faible pouvoir de marchandage des PME dans leurs négociations avec les grandes surfaces [...] Le second phénomène est relatif à diverses pratiques peu conformes aux normes commerciales (renégociations de prix non justifiées, retards de paiement, etc.), dont les PME se plaignent sans toutefois vouloir utiliser les voies classiques de résolution des conflits commerciaux, de peur d'être déréférencées l'avenir(1). » p. 10. Et quelques pages plus loin « il serait intéressant de développer une réflexion sur les facteurs susceptibles de contribuer à établir une situation de dépendance économique. » p. 15-16.

de commerce²⁹⁷. Ces arrêts font apparaître la gémellité de cette disposition avec celle de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce dès lors qu'il s'agit pour la partie lésée de rapporter la preuve de l'absence de solution alternative, laquelle est entendue comme l'impossibilité de substituer son cocontractant par un autre partenaire commercial lui permettant d'exercer son activité « dans des conditions identiques²⁹⁸ ». Si certains auteurs ont pu penser que l'article L. 442-6, I, 2° b se distinguerait de l'article L. 420-2 en se référant davantage à une dépendance contractuelle et non de marché²⁹⁹, l'acception qu'en ont retenu les juridictions a privé cette pratique de son autonomie. C'est donc assez logiquement que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé cette disposition laissant aux pratiques anticoncurrentielles le monopole de la répression de l'abus de dépendance économique, du moins jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016.

2. L'abus de dépendance économique : une pratique anticoncurrentielle qui peine à être caractérisée

87. Le vice de violence économique est immédiatement sujet au rapprochement avec la pratique anticoncurrentielle visée par l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce lequel dispose qu'« est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. » Cette pratique anticoncurrentielle issue de l'ordonnance du 1^{er} décembre

²⁹⁷ Com. 29 janv. 2008 n°07-13778, Publié au bulletin ; Com. 23 oct. 2007 n° 06-14981 Non publié au bulletin ; Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008 n° 07-15823 Publié au bulletin ; Com. 2 déc. 2008 n°08-10731 Publié au bulletin ; Com. 16 déc. 2008 n°08-13423 Non publié au bulletin.

²⁹⁸ Com. 16 déc. 2008 n°08-13423 Non publié au bulletin. L'arrêt Com. 23 oct. 2007 n° 06-14981 Non publié au bulletin précise pour sa part : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir que M.X... ne disposait pas de la possibilité de substituer à son donneur d'ordre un ou plusieurs autres donneurs d'ordres lui permettant de faire fonctionner son entreprise de transport dans des conditions techniques et économiques comparables à celles résultant des relations contractuelles qu'elle avait nouées avec l'entreprise TND Nord ».

²⁹⁹ M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, Droit de la concurrence, Dalloz, coll. *Précis*, 1^{er} éd. 2006 p. 367 : « La notion de dépendance, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° b, revêt donc, nécessairement, une signification autonome. Elle ne requiert pas la preuve de l'absence de solution alternative équivalente. Dès lorsqu'aucune analyse du marché de référence n'est imposée par le texte, la relation des parties, considérée subjectivement, paraît être, en conséquence, au cœur de la qualification. L'on pense alors aux conventions qui organisent la subordination d'une partie sur l'autre. Cependant, le texte n'impose pas que la dépendance soit, nécessairement, le fait d'un contrat. Partant, la notion se dilue dans l'inégalité d'un rapport de force dont les juges auront certainement bien du mal à découvrir les critères. »

1986³⁰⁰ et consacrée par la loi du 15 mai 2001³⁰¹ fait figure de particularisme français dès lors que les droits des pays de l'Union européenne ne lui connaissent pas d'équivalent. Le petit nombre de décisions rendues sur son fondement³⁰² témoigne par ailleurs de la difficulté à identifier ses caractéristiques³⁰³. Deux éléments ressortent toutefois de l'article L. 420-2 alinéa 2 à savoir l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique (a) et l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence (b).

a. L'abus d'une situation de dépendance économique

88. Pratique « mal née et vouée à l'échec³⁰⁴ », l'abus de dépendance économique peine à trouver une définition satisfaisante. Les hypothèses retenues par la jurisprudence attestent en effet du particularisme de la notion³⁰⁵. S'agissant de la dépendance économique, la preuve de l'absence de solution équivalente était exigée par l'article L. 420-2 I 2° du Code de commerce jusqu'à la loi du 15 mai 2001. Si ce critère ne figure plus dans le texte³⁰⁶, l'Autorité de la concurrence³⁰⁷ et les juges ont maintenu cette exigence. La Chambre commerciale de la Cour

³⁰⁰ Article 8 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Pour un commentaire du texte : J. Gesthin et M. Fontaine, (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996, n°31 à 39, pp. 490-492.

³⁰¹ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 66.

³⁰² Com. 16 déc. 1997, 95-21555, B. IV, n°337. Ici une entreprise de la grande distribution avait imposé à ses franchisés qui étaient également locataires-gérants, de lui confier la gestion comptable et administrative de leur commerce moyennant une augmentation par cinq du taux de redevance. La gestion informatisée réalisée par l'entreprise de la grande distribution de passer commande et de payer à la place des franchisés sans que ces derniers aient connaissance du prix à payer. L'entreprise se servait de cela pour détériorer les relations des franchisés avec leurs autres fournisseurs. V. aussi, Com. 18 avr. 2000, 99-13627, B. IV, n°75.

³⁰³ L. Idot, De la difficulté d'établir des abus de dépendance économique devant le Conseil de la concurrence, *RDC* 2006, n°4 p. 1109, A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'union européenne*, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd. 2016, n°294, p. 365.

³⁰⁴ M. Chagny, *op. cit.*, n°620, p. 605.

³⁰⁵ A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'union européenne*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd. 2014, p. 334, n°290 à 292.

³⁰⁶ Une proposition de loi n°3571 de Monsieur Bernard Accoyer visant à mieux définir l'abus de dépendance économique. Cette proposition de loi a été déposée le 15 mars 2016 et comprenait un article unique formulé comme suit : « L'article L. 420-2 du code de commerce est ainsi modifié : 1° À la première phrase du deuxième alinéa, après le mot : « concurrence, », sont insérés les mots : « à court ou à moyen terme, » ; 2° Sont ajoutés trois alinéas ainsi rédigés :

« Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens de l'alinéa précédent, dès lors que :

« – d'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ;

« – d'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable. » Cette proposition de loi a été adoptée par l'Assemblée nationale le 28 avril 2016, et renvoyée à la commission des affaires économiques.

³⁰⁷ Cons. conc., 18 août 2003, déc. N° 03-D-42, Pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles, *BOCCRF* 17 déc. 2003, point 46.

de cassation l'a définie dans un arrêt de 2004³⁰⁸ comme « la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ». Cette définition objective est reprise depuis par la jurisprudence dans des termes quasi identiques³⁰⁹. Les juges apprécient également l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur, la notoriété de la marque du fournisseur et l'importance de la part de marché du fournisseur³¹⁰.

89. L'économiste Bernard Baudry a mis en évidence trois critères cumulatifs d'une situation de dépendance économique. Elle est caractérisée, selon lui, lorsqu'un des professionnels, de taille modeste, réalise au moins 30 % de son chiffre d'affaires avec un

³⁰⁸ Com. 3 mars 2004, obs. E. Baccichetti et J.-Ph. Dom, *LPA* 27 juin 2005, n°126, p. 5. Précédemment Cons. conc. n° 01-D-49 du 31 août 2001.V. aussi CA Paris, Pôle 5, ch 4, 6 mai 2015, n°13/01886, Inédit : « Considérant que la société Elstar ne démontre pas qu'elle ne disposerait pas de la possibilité de substituer d'autres produits aux produits de son fournisseur à des conditions techniques et économiques comparables » ; CA Paris, 14 oct. 2015, n°2014/14035, numéro *JurisData* 2015-024366 : « Considérant que l'état de dépendance économique se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise » ; CA Paris 15 oct. 2008 *JurisData* n° 2008-004654 : « l'état de dépendance économique se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'ensuit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ». V. enfin, Com. 12 févr. 2013, n° 12-13603, PB note C. Grimaldi, *RDC* 2013, n°3, p. 988 : « Attendu que l'état de dépendance économique se définit comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise ».

³⁰⁹ CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 12 mai 2016, N°14/22005, Inédit : « La dépendance s'apprécie objectivement en déterminant si l'entreprise se trouve dans l'impossibilité de trouver d'autres débouchés dans des conditions techniques et économiques comparables. » ; V. également la Proposition de loi n° 3571, de M. Bernard ACCOYER et plusieurs de ses collègues visant à mieux définir l'abus de dépendance économique, déposée le 15 mars 2016 devant l'Assemblée nationale, et particulièrement l'amendement n°2 présenté par M. Abad visant à instaurer une présomption de dépendance économique dès lors que la part du chiffre d'affaires d'un fournisseur réalisée auprès d'un distributeur excède 22%. L'amendement a été retiré.

³¹⁰ Com. 12 oct. 1993, B. IV n°337 ; CA Paris, 4 juin 2002 n° *JurisData* 2002-246492 ; Cons. conc. 20 janv. 2009, n° 09-D-02 ; ADLC 3 mars 2010, n° 10-D-08. Plus récemment la Chambre commerciale a défini l'état de dépendance économique au travers de quatre critères cumulatifs V. Com. 6 oct. 2015, n°14-13.176, Inédit : « Considérant que la démonstration de la dépendance économique de la société BOAT DEVELOPPEMENT par rapport à la société SPBI, au sens de cet article nécessite la réunion de quatre critères : une part de marché de la société SPBI prédominante, la notoriété de sa marque ou de ses produits, l'importance de la part de la société SPBI dans le chiffre d'affaires de BOAT DEVELOPPEMENT, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de cette dernière, et enfin, la difficulté, pour la société BOAT DEVELOPPEMENT, d'obtenir des produits équivalents auprès d'autres fournisseurs ; que ces conditions doivent être cumulativement réunies pour entraîner la qualification de dépendance économique ». V. précédemment dans le même sens CA Paris, Pôle 5, ch 4, 18 mars 2015, n°12/21497, Inédit. « que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part de marché, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur et, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents, ces conditions devant être simultanément remplies, sans que la circonstance que cette situation de dépendance économique résulte de clauses volontairement souscrites puisse être opposée à la victime ».

même partenaire, et qu'il ne peut en conséquence redéployer rapidement et sans coût ses actifs vers un autre client, compte tenu de sa subordination professionnelle³¹¹. L'expression de « contrat économique » utilisée par le Professeur Gilles Martin pour désigner « ceux dont l'objet (au sens du droit des contrats) est la concentration et/ou l'organisation de l'économie³¹² » permet d'appréhender ces contrats d'affaires fondés sur une forme de subordination professionnelle. Se distinguant de la classification des contrats économiques établie par le Professeur Martin³¹³, le Professeur Boy distingue trois types de contrats économiques : les contrats servant à l'organisation complexe de la production, ceux servant à l'organisation de la force de travail et ceux enfin servant à l'organisation de la consommation³¹⁴. Le Professeur Boy range ainsi dans la catégorie des contrats servant à l'organisation de la force de travail, le « contrôle par intégration contractuelle³¹⁵ ». « L'essentiel de l'intégration réside dans le fait que l'entreprise intégrée est une articulation d'un ensemble économique plus vaste³¹⁶. » Cette intégration passe dans les contrats de distribution sélective, de franchise, de concession ou d'intégration agricole par un lien de subordination professionnelle se traduisant par l'imposition d'obligations contractuelles telles qu'elles existent en matière de contrat de travail. C'est dans ces contrats que le risque d'abus de dépendance apparaît donc le plus probable³¹⁷. Ces contrats d'intégration dans le domaine de la production³¹⁸ comme de la distribution³¹⁹ donnent naissance à une situation de dépendance « caractérisé [e] par la subordination totale de l'activité intégrée à l'entreprise intégratrice, ainsi que par l'utilisation d'un contrat commercial comme cadre juridique d'une relation de travail.³²⁰ »

³¹¹ B. Baudry, L'économie des relations interentreprises, coll. *Repères*, n°165, *La Découverte*, 1995, p. 44.

³¹² G-J. Martin, Droit économique, cours de D.E.A polycopié, Nice, 1996-1997 cité dans L. Boy Les « utilités » du contrat, *LPA*, n°109, 10 sept. 1997, p.8 : « Le découvrte de l'objet économique du contrat n'est pas toujours aisée. [...] Dans les hypothèses les plus nombreuses, ce n'est que par une analyse à « double détente » que l'on découvre l'objet économique du contrat, dans la mesure où, à l'objet classique des obligations des parties, se superpose un objet économique du contrat lui-même. »

³¹³ L. Boy *op. cit.* Les « utilités » du contrat, *LPA*, n°109, 10 sept. 1997, p. 9 : Le Professeur Martin distingue les contrats de restructuration du capital, les contrats de marchés, les contrats collectifs et les contrats de souveraineté.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ L. Boy, *op. cit.* spéc. p. 9, ce terme fait référence aux « techniques d'organisation contractuelle des marchés » décrites par G. Farjat in *Droit économique*, Thémis, PUF, 1971, p. 77.

³¹⁶ L. Boy, *op. cit.* Les « utilités » du contrat, *LPA*, n°109, 10 sept. 1997, p. 9.

³¹⁷ F. De Boüard, La dépendance économique née d'un contrat, Thèse, LGDJ, 2007, sépc. n°799, p. 439.

³¹⁸ Contrat d'intégration agricole, fourniture de produits sous marque distributeur.

³¹⁹ Concession exclusive, franchise.

³²⁰ F. De Boüard, *op. cit.*

90. Comme pour l'« avantage manifestement excessif³²¹ », l'abus produit un résultat que la liste non exhaustive qu'en fait l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 tente de reproduire. Ainsi, l'absence de solution équivalente pour le fournisseur dont les relations avec son distributeur ont été rompues ne suffit pas à caractériser un abus³²². Il faut encore que l'exploitation de cet état de dépendance produise un résultat. Abus et dépendance économique n'en sont pas moins dépourvus de liens, l'abus pouvant dans certains cas renforcer la dépendance, ou du moins en constituer un indice³²³. Ces deux conditions s'alimentent ici au contact l'une de l'autre de telle sorte que leur mise en évidence peut sembler délicate. La thèse du Professeur Stoffel Munck³²⁴ a contribué au renouvellement de l'approche doctrinale de la notion d'abus de manière remarquable. L'auteur a cherché à proposer une définition autonome de l'abus visé en droit de la concurrence. Pour ce faire, il distingue l'abus en matière de pratiques anticoncurrentielles de celui qui existe en matière de pratiques restrictives de concurrence. Cette distinction reposerait selon l'auteur, sur les finalités assignées à ces disciplines. Alors que le droit des pratiques anticoncurrentielles viendrait au premier chef protéger l'intérêt public, les pratiques restrictives de concurrence viendraient au contraire protéger des intérêts privés³²⁵. La protection de l'équilibre contractuel serait donc l'apanage des pratiques restrictives tandis que les pratiques anticoncurrentielles poursuivraient un objectif de

³²¹ Art. 1143 C. civ.

³²² Com. 16 déc. 2008, n°08-13423 Inédit.

³²³ P. Reis, Marques de distributeurs et accès au marché des fournisseurs de la grande distribution, <https://halinéaarchives-ouvertes.fr/hal-00759845>, p. 3 : « Les distributeurs peuvent en raison du cumul des fonctions d'acheteur et de concurrent des fournisseurs procéder à des discriminations ou des alliances stratégiques tendant à restreindre, pour les fournisseurs concurrents directs des MDD, l'accès aux linéaires. »

³²⁴ Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 2000, p. 446 : « Il semble donc acquis que, du point de vue du droit positif et du point de vue de l'esprit du texte, l'abus par entrave à la concurrence soit bien spécifique par rapport aux autres formes d'abus rencontrés en matière contractuelle. » Dans la continuité de cette thèse Audrey Cathiard a mis en évidence la notion d'abus dans les contrats conclus entre professionnels en distinguant ici les contrats transactionnels des contrats relationnels. Alors que pour les premiers l'abus « résulte d'un déséquilibre de puissance économique entre professionnels et touche la teneur du contenu du contrat. » dans l'autre « il conduit à s'intéresser à l'exécution de l'accord, à la mise en œuvre des engagements contractuels et au comportement des parties. » A. Cathiard, L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat, Thèse, PUAM, 2006, spéc. P. 229. Cette distinction bien que pertinente ne semble pas être la voie prise par les juges en matière de contrôle de l'équilibre contractuels, les contrats relationnels étant analysés à la fois sous l'angle des prérogatives contractuelles qu'ils offrent à une partie et sous celui du contenu. La sanction des clauses abusives en droit commun en atteste.

³²⁵ Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 2000 p. 437 : « Les règles de la concurrence déloyale viennent au premier chef protéger des intérêts privés. Elles ont donc lieu de s'appliquer aussitôt que ceux-ci sont violés. En revanche, l'atteinte matérielle à la concurrence n'est réprimée qu'à condition que la pratique litigieuse ait franchi un certain seuil de sensibilité. Cela est acquis en droit communautaire mais vaut aussi en droit français. Peu importe à ce stade que le caractère sensible de l'infraction soit une condition de la qualification ou de la sanction de l'abus, sa seule exigence montre la différence de perspective opposant les questions de concurrence déloyale et d'anticoncurrence. Celle-là protège des intérêts privés et joue même si l'atteinte est minime ; celle-ci protège l'ordre public et ne joue que s'il est sensiblement menacé. »

protection du marché³²⁶. Cette solution ne semble pas aussi clairement tranchée par les autorités publiques concernées, la directrice générale de la DGCCRF affirmant qu'il s'agit au travers des pratiques restrictives de « protéger un ordre public de direction et non un ordre public de protection³²⁷ », « les pouvoirs publics interv[enant] au nom de l'intérêt général³²⁸ ».

91. La qualification de l'abus en matière anticoncurrentielle repose alors, selon le Professeur Stoffel-Munck, sur le critère de l'atteinte à la concurrence lequel procède de « critères abstraits, et paraît en fait largement plac [é] sous l'emprise de considérations d'opportunité.³²⁹ » Le pragmatisme régnerait donc en la matière, rendant vaine l'identification de critères objectifs de nature à caractériser cet abus. Outre le fait que l'auteur ne répond pas à la question de savoir quelle qualification de l'abus revient finalement à celui visé au travers des pratiques restrictives, l'on objectera que l'abus peut être qualifié aux moyens de critères objectifs distincts de l'atteinte au bon fonctionnement du marché³³⁰. L'article L. 420-2 alinéa 2 précise en effet que « ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. » Il nous semble qu'il s'agit là d'une illustration non exhaustive des formes prises par l'abus. Ces illustrations ne permettent pas cependant de dégager un dénominateur commun, et

³²⁶ *Ibid* spéc. p. 445 Sur la nuance au sujet de cette distinction : « l'existence d'un droit spécifique promouvant le marché n'évince bien évidemment pas l'application des autres règles du droit français ! Distinguer problématique économique et problématique éthique ne veut pas dire que l'une doive écarter l'autre. » En ce sens, A. Fortunato, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, Thèse, Université de Lille 2, 2016, n°406, p. 431 ; Intervention de Madame Claire Favre, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, Colloque de la CEPC du 13 oct. 2016 : la CEPC fête ses 15 ans : « Pour être tout à fait exact, il importe de souligner une différence irréductible entre les pratiques commerciales restrictives (PCR) et les pratiques anticoncurrentielles : en effet les premières visent à protéger les parties présumées faibles dans les transactions et ne relèvent pas à titre principal d'une logique de bon fonctionnement des marchés, car elles induisent une appréciation de l'équilibre contractuel entre les parties, et non du contexte concurrentiel dans lequel le contrat s'exécute. Les PCR exercent une action sur le résultat du processus concurrentiel en cherchant à modifier l'équilibre d'une situation marquée par l'inégalité entre partenaires. Le droit de la concurrence n'intervient quant à lui que si le processus concurrentiel est atteint. Là où l'un vise l'équité du processus, l'autre recherche l'équité des résultats de ce processus, quand bien même ceux-ci reflètent un fonctionnement normal du marché. »

³²⁷ Atelier de la DGCCRF du 26 septembre 2013 : Pratiques restrictives et droit de la concurrence, <https://www.youtube.com/watch?v=yonl7WL-7-E&t=2116s>

³²⁸ *Ibid*.

³²⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000p. 446 : « L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique n'est, en effet, rien d'autre qu'une pratique anticoncurrentielle opposée à un partenaire ne disposant pas d'alternative supportable pour subsister sur le marché. »

³³⁰ La DGCCRF distingue nettement la condition relative à l'abus de celle relative à l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-dependance-economique>. V. en droit européen de la concurrence, N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013, pp. 305-312, qui identifie deux *ratios* explicatifs de la sanction de certains abus en droit de la concurrence. Une *ratio* structurelle d'une part et une *ratio* comportementale d'autre part. La ration structurelle désigne la situation dans laquelle découle directement de la position dominante de l'entreprise, tandis que la *ratio* comportementale désigne les cas pour lesquels le comportement de l'entreprise dominante adopte un comportement qui s'éloigne d'une compétition normale.

révèlent l'aspect casuistique de la caractérisation de l'abus. Le renvoi à l'article L. 442-6 du Code de commerce remet en question, nous semble-t-il, la distinction qu'opère le Professeur Stoffel-Munck entre pratique anticoncurrentielle et pratique déloyale. En renvoyant explicitement à l'article L. 442-6, le législateur semble indiquer que les pratiques restrictives sont en réalité des indicateurs de la pratique anticoncurrentielle, qu'ils participent à sa caractérisation, et plus exactement à celle de l'abus. Dans ce contexte, ces pratiques n'entreindraient qu'une différence de degré et non de finalité. Il n'en demeure pas moins que l'abus de dépendance suppose la démonstration d'une affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence.

b. L'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence

92. L'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce exige que la pratique soit « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ». Cela signifie que pour être sanctionné, l'abus de dépendance doit être susceptible de produire un effet sensible sur la concurrence, à défaut de quoi celui-ci ne saurait être caractérisé³³¹. Cette exigence vient colorer la pratique d'un critère macro-économique difficile à caractériser en pratique³³². C'est en effet cette condition qui semble faire obstacle à une sanction plus générale de cette pratique³³³, l'arrêt *Cora* en étant une illustration patente. La loi du 15 mai 2001³³⁴ était venue au secours de cet article en modifiant le texte au profit d'une formulation qui se voulait plus propice à son application. Alors que jusqu'en 2001 la pratique incriminée devait avoir « pour objet ou (...) pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché », il suffit aujourd'hui qu'elle soit « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence. » Cette affectation potentielle ne résulte pas

³³¹ Cons. conc. Décision n°03-D-11, 21 févr. 2003, CCC 2003, comm. 108, obs. G. Decocq.

³³² M. Chagny, *op. cit.* n°622, p. 607.

³³³ Pour des exemples dans lesquels les juges n'ont pas constaté la réalisation d'une atteinte à la concurrence : l'affaire *Cora*, Cons. conc., déc. n° 93-D-21 ; 8 juin 1993 Com. 12 oct. 1993, B. IV n°337 ; Com. 18 avril 2000, n°99-19935, Inédit. Plus récemment : Com. 8 mars 2016, n°14-25.718, 232, Inédit, numéro JurisData 2016-004269 : « Mais attendu que, s'il résulte de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce qu'est prohibée 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, c'est à la condition que la pratique dénoncée soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur un marché ; que la société CPS n'ayant nullement prétendu, dans ses conclusions, que l'abus allégué pouvait avoir cet effet, la cour d'appel ne peut se voir reprocher de n'avoir pas retenu l'exploitation abusive invoquée ; que le moyen n'est pas fondé ».

³³⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001.

d'une intention anticoncurrentielle³³⁵, nous dit la Cour de cassation. Pour autant, les contours de cette affectation sont difficiles à cerner. L'on serait alors tenté de penser que cette affectation ne constitue pas une condition autonome, mais se confond avec celle vue précédemment relative à l'abus. C'est notamment la position du Professeur Stoffel-Munck pour lequel le critère de qualification de l'abus en matière de pratiques anticoncurrentielles n'est rien d'autre que le constat d'une atteinte à la concurrence³³⁶. L'auteur distingue alors deux acceptions de l'entrave à la concurrence entendue comme synonyme de l'abus : « l'abus serait soit dans le caractère volontaire de l'entrave, soit dans son caractère excessif (théorie des seuils). »³³⁷ La première acception doit être écartée puisqu'il vient d'être dit que l'affectation potentielle de la concurrence ne résulte pas, pour la Chambre commerciale, d'une intention anticoncurrentielle³³⁸. La seconde n'est guère plus satisfaisante dans la mesure où l'article L. 420-2 alinéa 2 tel qu'issu de la loi du 15 mai 2001 ne fait référence qu'à une atteinte potentielle. La rareté de la référence au critère de l'atteinte au fonctionnement de la concurrence dans les décisions rendues sur le fondement de l'article L. 420-2 alinéa 2 laisse penser toutefois qu'il s'agit là d'un argument d'opportunité plus que d'un critère caractéristique et cumulatif de la pratique incriminée. L'on penche alors du côté de la pratique anticoncurrentielle *per se*. Ce rapprochement entre exploitation abusive d'un état de dépendance économique et pratique restrictive semble être confirmé par l'usage qui est fait de la première pratique devant les juridictions. L'étude des décisions de justice laisse apparaître le constat suivant : l'abus de dépendance économique est quasi systématiquement invoqué à titre accessoire aux côtés d'une pratique restrictive de concurrence, le plus souvent celle visée par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. L'utilité de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce doit toutefois être relativisée compte tenu de l'admission extrêmement marginale de cette pratique devant les juridictions, à laquelle la réécriture de la loi du 15 mai 2001 n'a pas remédié.

³³⁵ Com. 20 mai 2014, n° 12-26.970.

³³⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 448 : « distinguer l'atteinte à la concurrence de l'abus mène à une relative impasse. »

³³⁷ Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, spéc. p. 448.

³³⁸ Décision préc. Com. 20 mai 2014, n° P 12-26.970. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 449 : « Cela semble logique car la protection de l'ordre public économique ne nécessite pas de scruter les intentions : seules les perturbations objectives qu'il subit ou peut subir sont à considérer. »

B. L'apposition des critères concurrentiels au vice de violence

93. Si l'article 1143 de l'ordonnance du 10 février 2016 fait référence à la notion plus générale d'abus de dépendance, le rapprochement entre les deux outils est inévitable et conduit à questionner l'utilisation par le droit commun des contrats d'une notion marquée du sceau du droit de la concurrence. Le phénomène d'« empiètement » du droit de la concurrence sur le droit commun des contrats décrit par certains auteurs³³⁹ produit ici une de ses illustrations les plus parlantes. Cet « empiètement-débordement »³⁴⁰ s'explique pour partie dans l'effet de protection des parties par ricochet que produit le droit de la concurrence. La facilité avec laquelle le droit des pratiques restrictives peut sembler franchir la sacro-sainte frontière de l'autonomie de la volonté suscite en effet un certain étonnement. Reste néanmoins que les objectifs de ces disciplines ne sont pas totalement superposables. C'est donc pour éviter les effets d'une « concurrentialisisation » inopportune du droit des contrats qu'il est apparu nécessaire d'identifier, en droit commun, des outils susceptibles de corriger les déséquilibres entre cocontractants³⁴¹.

94. Cette question est d'autant plus importante qu'elle ne témoigne pas d'une problématique française, mais bien d'un enjeu européen, plusieurs pays ayant été confrontés à cette difficulté. Il faut rappeler que le souci de protection des entreprises en position de dépendance a suscité de nombreuses initiatives juridiques, notamment en Allemagne et en Italie. L'Allemagne a ainsi intégré dès 1973³⁴² un amendement à la LRC³⁴³ destiné à protéger les PME dépendantes économiquement de leurs partenaires commerciaux. Cette disposition a fait l'objet de critiques, et a été présentée comme un outil de protection des cocontractants en situation de faiblesse plus que comme un outil de régulation du marché. C'est le même type

³³⁹ L. Idot, L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats, *RDC* 2004, p. 882 ; M. Chagny, L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat, *RDC* 2004, n°3, p. 861.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ L. Idot, *op. cit.* « Plutôt que de brouiller les frontières entre les droits et de confondre leurs missions respectives, mieux vaut laisser au droit du contrat le soin de régler les difficultés nées de la divergence des intérêts particuliers lorsque le jeu de la concurrence n'y suffit pas. Si cette discipline est à même de défendre convenablement les agents économiques en situation de faiblesse, ceux-ci ne ressentiront plus le besoin de recourir au droit de la concurrence. Dès lors, la position du droit commun vis-à-vis des droits spéciaux s'en trouvera confortée. »

³⁴² Art. 20 de la loi contre les restrictions à la concurrence (LRC). La LRC est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1958, elle a été amendée notamment en 1973 afin d'y intégrer la notion d'entreprise dépendante. Elle a été modifiée en dernier lieu par la loi du 17 mars 2009 (BGBI. I 2009, S. 550).

³⁴³ J.-L. Fourgoux, M. Chagny, J. Riffault-Silk, C. Pecnard, D. Tricod, Approches plurielles du déséquilibre significatif, *Concurrences*, n°2-2011, spéc. J. Riffault-Silk n°21 à 32.

de critique qui a poussé l'Italie à inscrire dans le droit commun des contrats le dispositif de protection des PME fondé sur l'abus de dépendance initialement destiné au droit de la concurrence³⁴⁴. La difficulté avec laquelle les législateurs européens inscrivent la dépendance économique dans une branche du droit semble relever du double prisme sous lequel elle est appréciée. Il s'agit tout à la fois d'une dépendance contractuelle et d'une dépendance de marché. La préférence pour l'une ou l'autre de ces échelles permet d'inscrire la notion soit dans le droit commun soit, dans le droit de la concurrence.

95. L'une des premières interrogations, en droit interne, porte sur l'interprétation de l'article 1143 du Code civil. S'agit-il ici de transposer dans le droit commun des contrats la notion concurrentielle d'abus de dépendance économique, ou le législateur a-t-il voulu consacrer une notion autonome ? Dans la mesure où la notion de dépendance fait figure de nouveauté dans le droit commun des contrats, les juges pourraient être tentés de recourir à la jurisprudence établie sur le fondement de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce pour interpréter l'article 1142 du futur Code civil. Cette solution est d'autant plus envisageable que c'est un raisonnement semblable qui a conduit le Conseil constitutionnel³⁴⁵ à préciser que le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce devait être interprété par référence à la notion de déséquilibre telle qu'elle figure à l'article L. 212-1 du Code de la consommation et telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence. Si cette solution est envisageable, elle demeure néanmoins, comme le déséquilibre significatif, quelque peu limitée dès lors que les objectifs poursuivis par ces branches du droit ne sont pas semblables.

96. Alors que le droit de la concurrence envisage les parties au contrat comme des acteurs économiques inégaux mus par les contraintes du marché, le droit commun envisage les

³⁴⁴ Art. 9 de la loi n° 197 du 18 juin 1998 relative à la sous-traitance dans le domaine de la production industrielle : « 1. Est interdit l'abus de la part d'une ou plusieurs entreprises de la position de dépendance économique à l'encontre d'une entreprise cliente ou fournisseur qui se trouve dans de telles situations. Est considérée comme dépendance économique la situation où une entreprise est en mesure de décider dans ses rapports commerciaux avec une autre entreprise, un déséquilibre de droit et d'obligations excessif. La dépendance économique est évaluée en tenant compte également de la possibilité réelle pour la partie qui a subi l'abus de trouver sur le marché des alternatives satisfaisantes.

2. L'abus peut également consister dans le refus de vente ou dans le refus d'acheter, dans l'imposition de conditions contractuelles discriminatoires de façon injustifiée, dans l'interruption arbitraire des relations commerciales en cours.

3. Le contrat par lequel se réalise l'abus de dépendance économique est nul.» Depuis la loi n° 57 du 5 mars 2001, l'autorité de la concurrence italienne peut elle aussi connaître de l'application de ce texte.

³⁴⁵ Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

cocontractants de façon abstraite, leur égalité étant posée comme un préalable. Cette dépendance économique due à la puissance économique d'une partie au contrat est déjà postulée en matière de droit du travail ou de droit de la consommation³⁴⁶ dans la mesure où c'est elle qui justifie les dispositions dérogatoires protectrices mises en œuvre par ces branches du droit. C'est plus exactement la qualité de consommateur ou de salarié qui justifie dans ces cas la législation protectrice mise en œuvre. Cette dépendance est économique, toutefois elle ne s'apprécie pas à l'échelle du marché, mais à celle de la relation contractuelle tissée par les parties. S'agissant de la solution retenue par le droit positif, la dépendance économique serait caractérisée lorsque le débiteur s'est engagé en raison d'une contrainte économique qui ne lui a pas permis de choisir une autre solution contractuelle. Cependant, le marché à partir duquel raisonne le droit de la concurrence est difficilement transposable dans le droit commun des contrats. Il est en effet difficile d'imaginer dans quelle situation l'absence de solution alternative pourrait être caractérisée. De la même manière, l'atteinte au fonctionnement ou à la structure du marché ne trouve pas d'équivalent lorsque l'on raisonne en matière contractuelle. « Ce n'est qu'en tant qu'ils portent atteinte au jeu de la concurrence et aux "valeurs concurrentielles" que les comportements économiques sont susceptibles d'être sanctionnés. »³⁴⁷ Les relations qu'entretient le droit de la concurrence avec la violence sont par ailleurs plus ambiguës que celles qu'entretient avec elle le droit commun.

97. Le droit de la concurrence encourage par certains aspects la violence économique, ou du moins il ne la sanctionne pas. Cette violence constitue en effet l'essence même du processus concurrentiel, elle en est l'un des garants. Le droit de la concurrence pourchasse en conséquence la coopération des acteurs³⁴⁸, et s'emploie à pérenniser la lutte de ces derniers

³⁴⁶ Art. L. 122-8 alinéa 1 du Code de la consommation : « Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte. » Les pratiques commerciales agressives visées par les articles L. 122-11 et L. 122-11-1 du Code de la consommation permettent également de sanctionner pénalement les pratiques commerciales résultant notamment de l'usage d'une contrainte physique ou morale.

³⁴⁷ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse, Bruylant Academia, 2004, n°309, p. 345.

³⁴⁸ Art. L. 420-1 du Code de commerce sanctionne les ententes : « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :
1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

pour la conquête de nouveaux marchés³⁴⁹. Si l'abus de dépendance économique permet en matière de pratique anticoncurrentielle de sanctionner une atteinte au bon fonctionnement du marché³⁵⁰, il ne poursuit pas cet objectif lorsqu'il s'agit du vice de violence économique. La dépendance n'étant pas appréciée à l'échelle du marché, l'objectif n'est pas ici sa préservation. Il s'agit plutôt de veiller au respect d'un certain équilibre et de sanctionner le vice du consentement par lequel l'une des parties a pu imposer à l'autre un déséquilibre excessif³⁵¹. Partant, abus de dépendance économique anticoncurrentiel et de droit commun n'entretiennent qu'une proximité textuelle³⁵². Cette proximité, sans dénaturer le vice de violence, doit néanmoins servir de guide dans l'identification des contours de cette notion. Il s'agit d'utiliser le droit de la concurrence comme un facteur de vitalisation du droit commun³⁵³, une inspiration propice au renouvellement nécessaire de la matière.

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

³⁴⁹ Sur les finalités du droit de la concurrence et l'opposition de la conception qui consiste à faire de la concurrence une fin à celle qui en fait un moyen pour atteindre le bien-être général et une meilleure répartition des ressources V. L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? *RIDE*, 2005, p. 32 : « Selon nous, le droit de la concurrence, bien que reposant fondamentalement sur des analyses économiques, ne se ramène cependant jamais à ces dernières. Le droit ne raisonne jamais uniquement en termes d'allocations optimales des ressources, mais aussi en termes de répartition de ces dernières, de pesée des intérêts, de choix sociétaux. »

³⁵⁰ *Ibid.* Sur la poursuite, non pas d'un objectif unique qui serait la préservation de la concurrence, mais sur la coexistence de plusieurs objectifs, p. 46 : « les évolutions actuelles et les vœux d'une certaine doctrine obligent à s'interroger sur l'ensemble normatif pouvant « présider » à un droit de la concurrence. Celui-ci doit-il s'inscrire uniquement dans le cadre d'une approche concurrentielle ou doit-il se référer aussi à des considérations d'équilibre contractuel, de consommation, d'environnement, de cohésion sociale ? »

³⁵¹ M.-S. Payet, Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats, *RDC* 1^{er} oct. 2006, n°4 p. 1338 : « Sanctionner le déséquilibre contractuel en présence d'une relation de dépendance, c'est imposer au partenaire dominant une obligation positive de respecter un équilibre objectif dans le contrat. Il ne doit pas « profiter » de sa position. Mais quelle est cette position dont il peut profiter, en l'absence de pouvoir de marché ? Dans cette hypothèse, l'indépendance du partenaire puissant est peut-être le plus sûrement traduite par l'idée d'unilatéralité : l'un des contractants dispose d'un pouvoir unilatéral d'imposer tandis que l'autre ne dispose d'aucun pouvoir de négociation. »

³⁵² J.-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, Thèse, Grenoble II, 1996, p. 551 : « 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. »

³⁵³ L. Idot art. préc. : « Contester l'empiètement du droit de la concurrence lorsqu'il est synonyme d'usurpation n'empêche aucunement de concevoir le droit de la concurrence comme un facteur de la reviviscence du droit commun et de souhaiter que l'attraction qu'il exerce sur le droit du contrat soit amplifiée. » ; M. Chagny, L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat, *RDC* 2004, n°3, p. 861.

II. Un vice du consentement de nature atypique

98. La violence économique se présente comme un vice du consentement atypique dès lors que celui-ci n'est pas dû à l'exercice d'une menace physique ou morale de la part du cocontractant, mais résulte de la situation même du débiteur. La contrainte n'est pas exercée par l'une des parties sur son cocontractant, mais se présente davantage comme une contrainte extérieure et impersonnelle³⁵⁴. Le débiteur conclut le contrat en connaissance de cause, mais sa situation de dépendance économique ne lui offre pas d'alternative de sorte que son consentement est contraint plus qu'il n'est vicié. Traditionnellement, la violence doit, pour être caractérisée, avoir été déterminante du consentement et illégitime³⁵⁵. L'article 1143 de l'ordonnance du 10 février 2016 semble pour sa part mettre en évidence quatre critères cumulatifs d'identification de la violence économique dont deux concernent la victime de la violence (A), et deux son auteur (B).

A. Les conditions relatives à la victime de la violence

99. S'agissant du débiteur, l'article 1143 précise que ce dernier doit avoir été dans un état de dépendance (1), et que son engagement doit avoir été déterminé par la violence dont il a été victime (2).

1. L'état de dépendance

100. Alors l'article 1142 du projet d'ordonnance du 25 février 2015 opérait une distinction entre l'état de nécessité³⁵⁶ et l'état de dépendance³⁵⁷, l'ordonnance du 10 février 2016 ne

³⁵⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°378, p. 407.

³⁵⁵ M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°374, p. 405. Certains auteurs insistent pour leur part sur le critère de la gravité de la violence exercée. La violence devrait ainsi être d'une particulière gravité et ne pas pouvoir se justifier. Ces deux critères recoupent en réalité le caractère déterminant du consentement et illégitime de la violence. V. L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939, p. 48 : « Ces conditions sont traditionnellement au nombre de deux ; l'une quantitative et positive, l'autre qualitative et négative : la violence doit revêtir une certaine intensité et elle ne doit pas pouvoir se justifier. »

³⁵⁶ L'expression « état de nécessité » a été utilisée dans le cadre de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1113 de l'A.C.C en matière d'assistance maritime. V. Req., 27 avril 1887, *DP* 1888, 1, 263. Cette jurisprudence a donné lieu à la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritime puis n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer. Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées à l'article L. 5132-4

mentionne pour sa part que l'état de dépendance de la victime de la violence, simplifiant ainsi le débat que pouvait faire naître la cohabitation de ces deux notions. Bien que l'article 1143 ne vise pas explicitement l'état de dépendance économique, la définition proposée invite inévitablement à la confrontation avec la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de « contrainte économique » laquelle était alors rattachée au vice de violence³⁵⁸. L'expression de « dépendance économique » avait ainsi été utilisée par la première Chambre civile dans son arrêt en date du 3 avril 2002³⁵⁹. Bien qu'aucune définition ne soit donnée de l'état de dépendance, l'étude de la jurisprudence fait apparaître le critère concurrentiel de cette notion comme une piste pertinente. L'absence d'alternative retenue par le droit des pratiques anticoncurrentielles peut en effet être transposée dans les cas d'espèce soumis à l'appréciation des juges en matière de droit commun des contrats. Les relations de travail ont servi dans un premier temps de terrain d'expérimentation de l'abus de dépendance économique (a) avant que ce dernier ne soit caractérisé dans des contrats conclus entre professionnels (b).

a. L'abus de dépendance économique dans les relations de travail

101. C'est dans les relations entre employeur et salarié que l'abus de dépendance économique a été caractérisé pour la première fois. La première Chambre civile a par son arrêt en date du 3 avril 2002³⁶⁰ été amenée à rejeter la demande d'une salariée tendant à voir annuler une cession de droits d'auteur qu'elle avait consentie à son employeur, sur le fondement de la violence économique. La salariée d'une société d'édition avait, sous la menace d'un plan de licenciement, reconnu la propriété de son employeur sur tous les droits d'exploitation d'un dictionnaire pour lequel elle avait pourtant fourni une activité supplémentaire dans le cadre de son contrat de travail. La Cour d'appel de Paris par son arrêt du 12 janvier 2000 avait prononcé la nullité du contrat et mis en évidence la violence

du Code des transports. Le législateur a mis en place pour les cas d'assistance en mer, un dispositif d'incitation récompensée par une rémunération du navire assistant. Ce dispositif repose sur des critères objectifs au nombre de 10 dont la réussite du sauvetage, la valeur des biens sauvés ou celle encore du navire.

³⁵⁷ Art. 1142 du Projet d'ordonnance du 25 février 2015 : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. »

³⁵⁸ S. Szames, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *PA* 22 nov. 2000, n°233, p. 18. Pour des illustrations du refus antérieur de la Cour de cassation d'admettre la nullité du contrat dans un contexte d'état de détresse ou de contrainte morale : Civ. 12 déc. 1853, DP 1854, I, p. 20 ; rapp. Civ. 20 déc. 1852, DP 1853, I, p. 95.

³⁵⁹ J.-P. Chazal note préc. *D.* 2002, 1862 sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12932. V. également, Com. 20 mai 1980, Bull. civ. IV, n°212, *RTDciv.* 1984, p. 709 obs. J. Mestre ; Com. 21 févr. 1995, Bull. civ. IV, n°50, *RTDciv.* 1996, p. 391, obs. J. Mestre.

³⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12932, *D.* 2002, 1862, obs. J.-P. Chazal.

économique, énonçant pour ce faire, que le statut de salariée de la demanderesse empêchait cette dernière de s'opposer à la convention sans s'exposer à un licenciement dont le risque était, à l'époque des faits, réel et sérieux. Les juges d'appel ont également précisé que son statut de salariée au sein de cette entreprise ne lui permettait pas « sans risque pour son emploi », de proposer son manuscrit à une maison d'édition concurrente. La première Chambre rejette toutefois le pourvoi au motif que la Cour d'appel n'a pas constaté « que lors de la cession, Mme X était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre ». Cette solution particulièrement sévère et contestable mérite toutefois d'être analysée aux côtés des décisions caractérisant une situation de dépendance économique, les critères de celle-ci ayant été mis en évidence par les juges de la Cour d'appel de Paris. La juridiction d'appel ne s'est pas contentée de déduire l'état de dépendance économique du statut de salarié, mais a pris soin de préciser que son refus aurait eu pour conséquence de « fragiliser sa situation de salariée, le risque d'un licenciement dans le contexte social existant au cours des années 1983-1984 dans l'entreprise, tel qu'il est démontré par les nombreux extraits de presses, étant réel et sérieux [...] que de plus l'obligation de loyauté envers son employeur ne permettait certainement pas à C. K, sans risque pour son emploi, de proposer son manuscrit à un éditeur concurrent de la société des Éditions LAROUSSE ». C'est bien la caractérisation de l'absence de solution alternative que mettent en évidence les juges d'appel au travers de cette décision³⁶¹. La salariée n'avait en effet d'autre alternative que d'accepter la cession de ses droits d'auteur à son employeur, sans quoi la salariée risquait alors un licenciement dont le risque était, au moment de la conclusion du contrat, réel et sérieux. L'on objectera à juste titre que la dépendance n'est pas appréciée ici à l'échelle du marché, mais davantage sous le prisme du déséquilibre inhérent à la relation entre l'employeur et son salarié. L'on peut toutefois penser que cette solution aurait trouvé une issue comparable si les juges d'appel s'étaient référés au marché du travail dans ce secteur pour démontrer l'état de dépendance de la salariée. La spécificité de ce marché et la possibilité pour une salariée de trouver un poste équivalent dans une maison d'édition de ce type permettaient de mettre en évidence une absence de solution alternative sur le marché du travail. Un élément semblait toutefois faire défaut : l'absence de

³⁶¹ C. Boismain, Les contrats relationnels, Thèse, PUAM, 2005. L'absence de partenaire équivalent est un des critères retenus par C. Boismain pour définir le contrat relationnel. À cette fin l'auteur identifie trois critères : « Nous avons précisé qu'il existait trois raisons principales pour lesquelles un contractant ne pouvait pas trouver facilement un partenaire équivalent : lorsque l'offre est faible, lorsque les coûts de transactions sont élevés, lorsqu'une partie a réalisé des investissements qui ne sont pas amortis. », p. 186.

menace directe de licenciement à l'encontre de la salariée. Il faut en effet que la violence ait été dirigée à l'encontre de la salariée sans quoi cette menace n'est pas suffisante pour constituer une violence. Cette solution ne paraît pas compatible avec l'article 1143 de l'ordonnance qui ne fait nullement mention de l'existence d'une telle menace. Cette solution est au surplus exagérément sévère dans la mesure où la menace, même diffuse, sera suffisamment dissuasive pour contraindre le salarié à consentir au contrat. Une solution pourrait consister à analyser cette menace de manière objective comme le risque pris par le débiteur si celui-ci refuse de consentir à l'engagement qu'entend lui faire souscrire son créancier. Que l'on pense pour s'en convaincre à l'état du marché du travail. La menace de licenciement, même lorsqu'elle n'est pas formulée par l'employeur, n'est pas pour autant absente. La menace consiste en effet dans la conséquence économiquement néfaste qu'entraînerait le refus du salarié³⁶². En l'espèce, la demanderesse était directrice du département langue française chez la société Larousse Bordas depuis 1972, de sorte que la spécificité de son poste, son ancienneté et la difficulté qu'elle aurait eue à retrouver un emploi comparable sur le marché du travail cette année-là permettaient de caractériser une situation de dépendance économique sans aller sur le terrain de la menace de licenciement³⁶³. Il est regrettable que les juges n'aient pas saisi cette occasion pour consacrer une approche plus souple de la notion de dépendance économique. Notons toutefois que cette interprétation de la notion ne semble pas être celle retenue à l'issue de la réforme. Le ministère de la Justice a, dans une étude de cas destinée à illustrer les conséquences pratiques de la réforme, repris les faits de cet arrêt pour illustrer la mise en œuvre de l'article 1143 du Code civil³⁶⁴. Les faits utilisés précisent ainsi : « je cède mes droits d'auteur à l'entreprise qui m'emploie, dans la crainte d'une compression de personnel que mon employeur m'a annoncée ». S'il est difficile de tirer des conclusions de choix d'un tel intitulé, il faut espérer que l'exigence d'une menace personnelle et directe ne soit pas érigée en condition nécessaire de l'abus de dépendance économique.

³⁶² CA Paris 27 sept. 1977, ici les juges précisent que le débiteur devait accepter « pour échapper au mal considérable que représentait pour lui la fermeture immédiate de son entreprise ».

³⁶³ Sa situation familiale, la présence dans son contrat de travail d'une clause de non concurrence étaient également susceptibles de participer à la caractérisation d'une telle situation de dépendance.

³⁶⁴ <http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/reforme-du-droit-des-contrats-28738.html> « La réforme protège le contractant le plus faible, en sanctionnant par la nullité du contrat l'abus de l'état de dépendance d'une partie. *Cas concret* : je cède mes droits d'auteur à l'entreprise qui m'emploie, dans la crainte d'une compression de personnel que mon employeur m'a annoncée ; je pourrai faire annuler cette cession. »

102. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles³⁶⁵ a rendu un arrêt en date du 16 décembre 2014 dans lequel elle requalifie une rupture conventionnelle en licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse au motif que le salarié se trouvait au jour de la conclusion de ladite convention dans un état de « contrainte morale » à l'égard de son employeur. Il s'agissait en l'espèce d'un salarié d'une entreprise de menuiserie qui avait exercé à compter du mois de mars 2011 la fonction de commercial au sein de l'entreprise. À la suite d'un entretien entre le salarié et son employeur le 14 septembre suivant, ce dernier lui demande de bien vouloir quitter l'entreprise, lui promettant alors le paiement de deux mois de préavis et d'une indemnité de licenciement. L'employeur cesse néanmoins de rémunérer son salarié à compter de cette date, et lui adresse deux courriers dans lesquels l'employeur menace son salarié de procéder à son licenciement pour faute grave, et le prie de bien vouloir se rendre à un entretien afin d'envisager les modalités de rupture de son contrat de travail. Le salarié se rend à l'entretien le 21 octobre 2011 assisté d'un conseiller, et signe le 25 octobre suivant la rupture conventionnelle litigieuse. Le salarié fait alors valoir « que le 25 octobre 2011, jour de signature de la rupture conventionnelle litigieuse, il se trouvait mis dans une situation de contrainte économique, dès lors qu'il n'avait pas été payé depuis plus d'un mois, sans aucune faute de sa part, puisque le 13 septembre 2011, il lui avait été enjoint de quitter l'entreprise ; ainsi son consentement a été vicié par ce défaut total de ressources, dans le cadre d'un différend solide, spécialement sur sa réclamation du paiement d'un préavis, et ce vice affecte selon lui la rupture conventionnelle signée, qui est entachée de nullité. » La Cour d'appel de Versailles infirme le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Poissy le 23 janvier 2014 au motif que la menace dont fait état le salarié « pesait nécessairement lors de l'entretien du 21 octobre suivant, et le consentement de Monsieur DELARUELLE [le salarié], même assisté ce jour-là, ne peut être tenu pour avoir été parfaitement éclairé ; sous l'emprise de difficultés économiques non mises en doute, et par l'effet de diverses pressions mettant en cause sa compétence et tenant à l'intention de l'employeur de le licencier à une date future ignorée, avec persistance d'absence de ressources entre-temps, il s'est trouvé contraint moralement à régulariser un document de rupture conventionnelle ne satisfaisant nullement sa revendication, et supposant en fait qu'il reconnaîtrait des torts. » Une telle situation devrait

³⁶⁵ G. Loiseau, obs. sous CA Versailles 16 déc. 2014, *Cahiers sociaux*, 1^{er} mars 2015, n°272, p. 153.

désormais pouvoir trouver un fondement textuel pertinent dans l'article 1141, l'article 1143 ne permettant pas de traduire avec fidélité les enjeux soulevés par une telle menace³⁶⁶.

103. Si l'état de dépendance peut se manifester dans les relations entre employeurs et salariés, l'article 1143 n'exige pas que les causes de la dépendance soient endogènes à la relation contractuelle. Il peut en effet s'agir d'une dépendance dont les causes sont exogènes à la relation de travail, mais que l'employeur exploite abusivement pour en tirer un avantage manifestement excessif³⁶⁷. C'est le cas par exemple, du père de famille qui conclut un contrat de travail à des conditions extrêmement défavorables alors qu'il a un besoin pressant d'argent en raison d'un enfant malade³⁶⁸. Ici la dépendance du salarié résulte de sa situation familiale et financière. L'on se rapproche alors davantage d'un état de nécessité, l'urgence commandant ici de conclure le contrat proposé par l'employeur, que d'un état de dépendance économique à proprement parler.

104. Outre les relations entre employeur et salarié, la Cour de cassation développe depuis 2015 une jurisprudence sur le fondement de l'abus de dépendance économique dans les contrats passés entre professionnels.

b. L'abus de dépendance économique dans les contrats passés entre professionnels

105. L'abus de dépendance économique présente un fort potentiel dans les contrats passés entre professionnels³⁶⁹. L'étude des décisions rendues à cet égard montre une résurgence de la référence concurrentielle à la dépendance de marché (α). Deux domaines laissent plus particulièrement envisager une application de l'article 1143 du Code civil. Il s'agit d'une part

³⁶⁶ Pour un exemple d'admission jurisprudentielle de la violence par la menace d'une voie de droit, soit détournée de son but, soit permettant d'en tirer un avantage manifestement excessif Civ. 3^e, 17 janv. 1984, Bull. civ. III, n° 13.

³⁶⁷ Il en revanche impossible que l'état de dépendance ne soit pas celui de la victime de la violence à l'égard de son cocontractant. C'était là l'objet de la modification de l'article 1143 C. civ. intervenue au terme de l'art. 5 de la loi du 20 février 2018, qui entendait, selon toute vraisemblance, lever les interrogations qu'avaient pu susciter l'ancienne rédaction : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

³⁶⁸ Soc. 5 juill. 1965 Bull. civ. 5, n°545.

³⁶⁹ Rapport au Président *op. cit.* : « Toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles ».

des relations entre les plateformes et les travailleurs indépendants (β), et d'autre part des contrats passés par des entreprises en difficulté (χ).

α . La caractérisation d'un état de dépendance à l'échelle du marché

106. Dans son arrêt en date du 18 février 2015, la première Chambre civile³⁷⁰ a rejeté le pourvoi formé par un courtier en assurance, lequel entendait voir annuler la convention qui le liait à une société d'assurances sur le fondement de la contrainte économique. Les faits étaient les suivants : une société d'assurances avait conclu avec un courtier grossiste (la société FBA), un contrat aux termes duquel elle confiait à la société FBA la souscription et la gestion des contrats d'assurance en matière de risques automobiles aggravés ou temporaires. La convention avait été résiliée par la compagnie d'assurance et la seconde convention signée comportait une clause de réduction des commissions de courtage et de gestion en cas de déficit du résultat opérationnel annuel de l'assureur. Invoquant les résultats déficitaires de la société FBA, la société Altima assurances avait sollicité le remboursement de trop-perçus sur commissions que le courtier avait refusé de payer, en opposant la nullité de cette clause invoquant, entre autres, la contrainte économique. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société FBA en s'attachant à démontrer plusieurs éléments. Tout d'abord, la Cour de cassation rappelle que le chiffre d'affaires réalisé par FBA était, avant la résiliation de la première convention, supérieur à celui réalisé par son cocontractant la société Altima et que le rang occupé par FBA dans le classement des courtiers témoignait « d'une position éminente sur le marché du courtage en assurance ». Ensuite, les juges rappellent que la société FBA n'était liée à Altima par aucune clause d'exclusivité de sorte qu'elle demeurerait libre de trouver un nouvel assureur auprès duquel placer ses risques. Enfin, la première Chambre civile prend soin de démontrer que la société FBA a, suite à la résiliation de la seconde convention, placé ses risques auprès d'un autre assureur. La démarche adoptée par les juges dans cet arrêt illustre parfaitement la proximité de la notion concurrentielle de dépendance économique et celle de dépendance au sens de l'article 1143³⁷¹. Les critères mobilisés par les juges sont les

³⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2015, n° 13-28278, PB, RDC 2015, n°3 p. 445 obs. E. Savaux.

³⁷¹ Pour une illustration plus récente de l'inspiration du droit de la concurrence en matière de définition de l'abus en droit commun CA Aix en Pce, Ch. 2, 16 juillet 2015, n°2015/241, numéro JurisData 2015-017521. Il s'agissait d'une société d'architecture d'intérieure (la société AGENCE GRENOT ET ASSOCIES) qui s'était vue confier par un maître d'ouvrage (la SCI TOUR D'ARENC) une mission de conception d'architecture intérieure et de suivi des travaux aux termes d'un contrat. La société d'architecture d'intérieure cherchait à

mêmes, et la référence au « marché du courtage en assurance » atteste de la référence plus globale au marché pour apprécier le poids économique des parties en présence et l'existence d'éventuelles solutions alternatives. Il ne s'agit donc pas pour les juges de limiter cette dépendance à une analyse du contrat et d'une clause d'exclusivité, mais d'appréhender, du moins pour des professionnels, leur état de dépendance à l'échelle du marché sur lequel ils exercent.

107. Cet arrêt est particulièrement révélateur des rapports de dépendance qui sont susceptibles de se nouer dans les relations d'affaires et qui manifestent une grande proximité avec les déséquilibres inhérents à la relation entre un employeur et son salarié. L'essor récent des plateformes d'intermédiation fournit sur ce point un nouveau modèle de relation de travail entre professionnels donnant à voir des situations de dépendance potentielles.

β. Le nouvel essor de l'état de dépendance des travailleurs indépendants

108. Les *life time contracts* ou « contrats d'existence » dont la doctrine européenne s'est employée récemment à préciser les contours³⁷² se définissent comme « des relations sociales à long terme par lesquelles les individus se fournissent des biens ou des services accèdent à un travail ou à une source de revenus.³⁷³ » Les parties à ce type de contrats bénéficient ainsi d'une protection particulière reposant sur la garantie « du développement personnel des individus qui y participent³⁷⁴ ». La question de l'équilibre contractuel y est abordée par la sanction « d'obligations réciproques grossièrement disproportionnées³⁷⁵ », ainsi qu'au travers

obtenir la nullité du contrat en se fondant sur la violence économique tirée d'un abus de dépendance économique. La Cour d'appel écarte le vice de violence économique dans les termes suivants : « L'augmentation de la quote-part du client SCI TOUR D'ARENCE dans le chiffre d'affaire de la société AGENCE GRENOT ET ASSOCIES entre 2008 et 2010 est insuffisante à démontrer la dépendance économique de cette dernière dès lors qu'elle ne justifie pas s'être trouvée dans l'impossibilité de diversifier sa clientèle, que selon les pièces produites elle a réalisé des aménagements intérieurs en 2009 (2000 m² à Niort pour la Macif), en 2010 (7 640 m² pour GDF SUEZ et des résidences privées) et 2011 (GDF SUEZ à New York) pour d'autres sociétés, et qu'il n'est pas établi que l'exécution du marché passé avec la SCI TOUR D'ARENCE ait absorbé la totalité du temps de la société AGENCE GRENOT ET ASSOCIES qui comptait dix collaborateurs puis six dont un chef de projet outre monsieur Bernard Grenot. »

³⁷² L. Nogler, U. Reifner (dir.), *Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, La Haye, 2014.

³⁷³ *Ibid.* Principes des contrats du temps d'existence, http://www.eusoco.eu/wpcontent/uploads/2013/10/eusoco_book_outline.pdf

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Principes des contrats du temps d'existence *op. cit.* spéc. Principe n°9 : « Prix : les obligations réciproques dans un contrat d'existence ne doivent pas être grossièrement disproportionnées. Les prix doivent être soumis à

d'une information suffisante au cours de la négociation du contrat³⁷⁶. Ces *life time contracts* ajoutent au critère matériel de protection de la partie faible par référence à sa qualité³⁷⁷, un critère social pertinent puisqu'il faut que ces contrats fournissent au cocontractant des ressources nécessaires à sa vie ou à son logement³⁷⁸. Si ces contrats se distinguent *a priori* des contrats d'affaires, les deux critères que sont leur durée et leur lien avec la réalisation personnelle et sociale d'un cocontractant se retrouvent dans de nombreux contrats d'affaires, l'adjectif social pouvant être entendu ici par référence à l'objet social d'une société. Le Professeur Hiez souligne à cet égard que de petits entrepreneurs se trouvent aujourd'hui liés à « des cocontractants dont le poids est sans commune mesure avec le leur.³⁷⁹ » Sans qu'il s'agisse véritablement de *life time contracts*, certains entrepreneurs sont aujourd'hui dans des situations de dépendance plus criantes encore que celle des salariés, la protection offerte à ces derniers ne trouvant aucun équivalent pour ces petits entrepreneurs³⁸⁰. On songe en particulier au développement exponentiel de la micro-entreprise, anciennement auto-entrepreneuriat, suscité par les opérateurs de plateforme de type *Deliveroo*³⁸¹ ou *Uber*³⁸². Ces plateformes s'érigeant en simples intermédiaires, ces dernières refusent de voir qualifier les contrats

une exigence de transparence et de non-discrimination. Les frais doivent demeurer abordables et alignés sur les coûts. »

³⁷⁶ Principes des contrats du temps d'existence *op. cit.* Principe n°13 : « Information et transparence : afin de remédier aux asymétries de l'information qui pourraient survenir entre les parties, une information adéquate, complète, opportune et compréhensible doit être fournie, au cours de la négociation et pour toute la durée du contrat. »

³⁷⁷ L'étude des *life time contracts* s'est en effet concentrée sur trois types de contrat que sont le contrat de travail, le crédit à la consommation et le bail d'habitation.

³⁷⁸ D. Hiez, À propos des *life time contracts*, *RTD civ.* 2014, p. 818 : « Certes ces trois contrats se caractérisent par le déséquilibre entre les parties au contrat mais bien d'autres contrats partagent ce trait. Ce que mettent en évidence ici les auteurs, c'est que ces contrats remplissent une fonction originale pour la partie faible : ils lui fournissent, pour une période longue, des biens ou des prestations en connexion directe avec la satisfaction de ses besoins fondamentaux, qu'il s'agisse des ressources nécessaires à sa vie ou du logement. »

³⁷⁹ D. Hiez, art. préc. spéc. p. 820 : « Incontestablement, ces très petites entreprises, ou pour mieux dire ces très petits entrepreneurs, concluent des contrats de longue durée avec des cocontractants dont le poids est sans commune mesure avec le leur. Et nombre de ces contrats durent dans le temps. Reste à savoir si ces contrats sont essentiels pour la réalisation personnelle des individus et leur participation à la société. La réponse à cette question est délicate. »

³⁸⁰ D. Hiez, art. préc. spéc. p. 821, l'auteur alerte dans le même temps sur l'insécurité qui découlerait de cette extension du champ d'application des *life time contracts*, tout en précisant que la difficulté de la tâche ne doit pas servir de justification à la non-extension.

³⁸¹ La plateforme impose à ses salariés le statut d'auto-entrepreneur. V. sur ce point *Deliveroo* : "Les plateformes se servent du statut d'auto-entrepreneur pour faire ce qu'elles veulent" *France TV info* 28 Août 2017. https://www.francetvinfo.fr/economie/autoentrepreneurs/deliveroo-les-plateformes-se-servent-du-statut-d-auto-entrepreneur-pour-faire-ce-qu-elles-veulent_2346055.html

³⁸² I. Desbarats, Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi, *Dr. soc.*, 2017, 971 ; V. notamment l'assignation par l'URSSAF d'Ile-de-France d'Uber-France en mai 2016 devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris qui a annulé pour vice de forme le redressement de cotisations de 5 millions d'euros et la requalification des chauffeurs en salariés que réclamait l'Urssaf qui fait appel de cette décision. *Libération*, 17 mars 2017 http://www.liberation.fr/futurs/2017/03/17/devant-la-justice-l-urssaf-perd-face-a-uber_1556255

conclus avec leurs prestataires de contrat de travail³⁸³. Le règne du travailleur indépendant instauré par ces opérateurs questionne l'état de dépendance de ces travailleurs d'un nouveau genre. Alors que certains auteurs appellent de leurs vœux l'avènement d'un « droit de l'activité professionnelle »³⁸⁴, les relations contractuelles de ces plateformes et leurs « prestataires » donnent à voir, pour l'heure, des déséquilibres criants que l'abus de dépendance pourrait utilement venir limiter. Une dernière hypothèse semble susceptible d'accueillir les demandes des professionnels sur le fondement de l'article 1143 du Code civil : les entreprises en difficulté.

χ. L'abus de dépendance économique d'une entreprise en difficulté

109. En dehors des relations salariales de droit commun, l'abus de dépendance apparaît donc comme un terrain fertile pour les entreprises en difficulté³⁸⁵. Plus particulièrement, ce vice pourra être invoqué d'une part lorsqu'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire conclut un contrat déséquilibré avant la période suspecte³⁸⁶, et d'autre part

³⁸³ La loi n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels du 8 Août 2016 n'a pas modifié le statut d'indépendant de ces travailleurs, mais elle a néanmoins consacré certaines obligations à la charge des plateformes. Notamment celle de souscrire un contrat collectif d'assurance couvrant les accidents du travail, soit de rembourser la cotisation payée par les travailleurs qui s'assurent individuellement (C. trav., art. L. 7342-2). Elles prennent en charge la contribution à la formation professionnelle des travailleurs utilisant ses services et les frais liés aux parcours de validation des acquis de l'expérience (C. trav., art. L. 7342-3). Par ailleurs, la loi évoque le droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs (C. trav., art. L. 7342-6).

³⁸⁴ J. Barthélémy, G. Cette, Vers un droit de l'activité professionnelle, *Dr. soc.* 2017, 188 : « Le droit de l'activité professionnelle, tel que nous le proposons, se concrétiserait d'un côté par un socle de droits fondamentaux applicable à tous les travailleurs, d'un autre côté par des niveaux de protection complémentaire en liaison avec le degré d'autonomie, donc de responsabilité, et donc de la capacité plus ou moins grande du contrat individuel à faire seul la loi des parties. »

³⁸⁵ M. Latin, P.-M. Le Corre, L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce, *IFPPC*, 2016, n°24, p. 29 : « il s'agira d'un contrat conclu alors que la situation économique du débiteur était déjà détériorée, et qu'il a accepté de conclure à de telles conditions, du fait de la difficulté à trouver d'autres partenaires. V. également, J.-J. Ansault, Réforme du droit des contrats et procédures collectives, *BJED* 2017, n°2, p. 148 ; Dupichot P., Merly E., Sénéchal M., Kopf F., Réforme des contrats et difficultés des entreprises, *BJED* sept. 2016, n° 5, p. 352 et s.

³⁸⁶ Il s'agit de la période entre la date de cessation des paiements et la date du jugement qui ouvre la procédure collective. Dans ce cas il sera fait application des articles L. 632-1, I, 2° et L. 641-14 du Code de commerce qui envisagent une nullité de plein droit, dont les conditions de mise en œuvre sont moins restrictives que celles requises par l'article 1143 C. civ. Pour des développements plus importants relativement à la nullité de plein droit du contrat commutatif déséquilibré conclu pendant la période suspecte : P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz action, 2017-2018, 9^{ème} éd. N°823.41, pp. 2628-2631 ; C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, Précis Domat, 10^{ème} éd. 2016, n°1159-1161, pp. 739-741 ; F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2014, n°1483, p. 679, A. Martin-Serf, Entreprises en difficulté (Nullités de la période suspecte), Rép. Com. Dalloz, n°82 et s. ; Pour des exemples jurisprudentiels : Com. 10 déc. 2002 : *RJDA* 2003, n° 521 ; *Rev. proc. coll.* 2004, 71, obs. Blanc ; Versailles, 30 sept. 1993 : *Dr. sociétés* 1994, no 29, obs. Chaput ; Orléans, 28 avr. 2005 : *RJDA* 2005, n° 1132 ; Com. 3 mai

lorsqu'une entreprise en procédure de sauvegarde a conclu un contrat déséquilibré alors qu'elle se trouvait confrontée à des difficultés insurmontables.

110. Il faudra, dans la première hypothèse, démontrer que l'entreprise débitrice se trouvait, au moment de la conclusion du contrat, dans une situation économique détériorée, dont le créancier aurait abusé pour tirer du contrat un avantage manifestement excessif. La date de cessation des paiements est en effet généralement précédée d'une période plus ou moins longue au cours de laquelle l'entreprise est en grande difficulté sans pour cela que sa situation en soit irrémédiablement compromise³⁸⁷. Il pourra s'agir, par exemple, du contrat par lequel le débiteur en difficulté s'engage à exécuter une prestation en contrepartie d'un prix plus faible que le coût de la prestation elle-même. Il semble exclu en revanche que le plan de cession aux termes duquel l'entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire consent des remises de dettes puisse être attaqué par le biais de ce vice. La nature judiciaire et non contractuelle du plan, constitue selon les auteurs, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 1143 à ce type d'hypothèse³⁸⁸. Reste que les contrats qui auraient été passés par une entreprise en difficulté avant l'état de cessation des paiements, ou par une entreprise en procédure de sauvegarde, alors qu'elle se trouvait dans une situation de dépendance et que le cocontractant en a tiré un avantage manifestement excessif pourraient trouver dans l'article 1143 un outil efficace d'annulation de ces conventions.

111. Une fois l'état de dépendance caractérisé, une seconde condition relative à la victime de l'abus de dépendance doit être caractérisée. Il s'agit du caractère déterminant du consentement du vice invoqué.

2011, n°10-17.011, Bull. civ. IV, no 64; *D.* 2011. Actu. 1343, obs. Lienhard ; Com. 27 mai 2014, n° 13-15.540, F-D, Sté Le Kangourou, *BJS* 2014. 522, note E. Mouial-Bassilana.

³⁸⁷ L'article L. 631-1 alinéa 1 du C. com. définit la cessation des paiements comme l'impossibilité pour l'entreprise de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

³⁸⁸ Art. préc. P. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal, F. Kopf, Réforme des contrats et difficultés des entreprises, *BJED* sept. 2016, n° 5, p. 352 et s. spéc. n°10. Il faut ajouter à cela que « chacun sait que l'existence d'une contrainte légale qui pèse sur les créanciers et les incite à accepter des sacrifices qu'ils n'auraient, à défaut, jamais consentis spontanément, constitue la pierre angulaire des phases judiciaires de traitement des difficultés » art. préc. J.-J. Ansault, Réforme du droit des contrats et procédures collectives, *BJED* 2017, n°2, p. 148, n°6.

2. Le caractère déterminant

112. S'agissant du caractère déterminant du consentement, celui-ci s'entend du rapport de cause à effet entre la situation de dépendance du débiteur, et l'engagement souscrit par ce dernier³⁸⁹. Il faut en effet que l'engagement souscrit présente un lien de causalité direct avec l'état de dépendance économique dans lequel il se trouve. Ce critère devrait s'apprécier *in concreto* au cas par cas³⁹⁰. Une difficulté survient néanmoins dans l'interprétation qu'il convient de faire de l'article 1130 du Code civil. Alors que l'article 1143 précise en effet qu'il y a violence lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance de son cocontractant pour obtenir « un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte », l'article 1130 dispose pour sa part que « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou à des conditions substantiellement différentes ». Le législateur semble donc se montrer plus sévère à l'égard de la violence économique. La lecture de l'article 1143 laisse en effet présumer qu'il faudra que le débiteur démontre que sans ce vice de faiblesse il n'aurait pas conclu le contrat, alors que s'agissant des autres hypothèses visées par l'article 1130 celui-ci n'aura qu'à démontrer qu'il se serait engagé à des conditions substantiellement différentes. L'option du « tout ou rien »³⁹¹ choisie par le législateur constitue, si elle devait être entendue ainsi, une restriction à l'admission de l'abus de dépendance économique puisqu'il sera difficile de démontrer que le cocontractant n'aurait pas conclu du tout en l'absence de cet abus. Certains auteurs³⁹² suggèrent de sortir de l'impasse en s'attachant au terme d'« engagement » qu'il conviendrait d'entendre ici comme un synonyme non du contrat, mais de l'obligation. Dans ce cas, il appartiendrait au demandeur de démontrer que sans cette exploitation abusive de son état de dépendance il aurait conclu le contrat, mais « aurait pris un ou plusieurs autres engagements »³⁹³.

113. Il faut ajouter enfin que le caractère déterminant s'inférera le plus souvent d'un autre critère, celui de l'état de dépendance. On imagine mal en effet comment un cocontractant qui

³⁸⁹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 226.

³⁹⁰ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°222, p. 200 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 9^e éd. 2017, n°518, p. 298.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

ne dispose d'aucune solution alternative pourrait choisir de ne pas consentir. L'appréciation habituellement subjective du caractère déterminant devrait à son tour s'objectiver pour se déduire du critère plus tangible de l'état de dépendance économique.

114. Les conditions relatives à la victime de la violence ainsi précisées sont insuffisantes à caractériser un abus de dépendance économique. Il appartiendra en effet au demandeur de prouver que son cocontractant a abusé de son état de dépendance pour en tirer un avantage manifestement excessif.

B. Les conditions relatives à l'auteur de la violence

115. S'agissant du créancier, il faut que ce dernier ait abusé de l'état de dépendance de son cocontractant et qu'il ait tiré de cet abus un avantage manifestement excessif. Alors que l'article 1143 dispose que la violence est celle qu'exerce « une partie » à l'égard de « son cocontractant », l'article 1142 précise que « la violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers. » L'auteur de la violence devrait en conséquence pouvoir être un tiers au contrat. Deux conditions concernent cet auteur : l'abus de l'état de dépendance de la victime d'une part (1), et l'obtention d'un avantage manifestement excessif d'autre part (2).

1. L'abus de l'état de dépendance

116. Alors que la notion d'abus peut *a priori* sembler se rattacher à la question subjective de l'intention du cocontractant, la définition même de la violence économique oriente l'analyse vers les effets produits plus que vers l'intention. La mise en évidence de l'abus de l'état de dépendance est particulièrement périlleuse dans la mesure où cet abus s'apprécie en réalité au travers du résultat obtenu, à savoir un avantage manifestement excessif³⁹⁴. C'est du moins ce que laissent envisager des décisions récentes, faisant application par anticipation de l'esprit des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 non applicables au cas d'espèce.

³⁹⁴ G. Loiseau, L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique, *Droit et patrimoine*, septembre 2002, n°107, p. 28 : « l'appréciation d'une violence économique s'opère moins en considération de l'acte de déloyauté *in se* et *per se* que dans son résultat sur l'économie du contrat et sur son équilibre. L'abus est en effet indissociable du profit indûment retiré, c'est-à-dire de l'avantage excessif que son auteur s'octroie en exploitant l'état de son cocontractant. Il doit dès lors pouvoir être sanctionné lorsqu'il conduit à donner au socle contractuel une géométrie variable, avantageant anormalement l'une des parties et privant l'autre de l'utilité de l'acte. »

En effet, par un arrêt en date du 4 mai 2016³⁹⁵, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a retenu le vice de violence sous la forme de l'abus de dépendance psychologique sans faire appel aux critères habituels de la contrainte exercée et de la crainte inspirée³⁹⁶. L'abus y est au contraire incarné par l'avantage manifestement excessif obtenu, lequel résultait d'un état de dépendance non pas à l'égard des cocontractants, mais de son concubin, tiers au contrat litigieux³⁹⁷. Cette décision corrobore la matérialisation de l'abus au travers de l'avantage manifestement excessif. Pour certains commentateurs³⁹⁸, cet abus consisterait en effet en un « avantage économique manifestement disproportionné. » L'abus ne renverrait pas, dans ce cas, à une appréciation du comportement adopté par le créancier, mais plutôt à l'appréciation objective du résultat obtenu. Pour d'autres auteurs, au contraire, le vice de violence économique « suppose tout de même que le comportement de son auteur présente un caractère fautif³⁹⁹ ». Cela suppose alors de départager « ce qui relève d'une exploitation abusive et de déterminer le seuil qui la sépare de l'usage admissible d'une position de force⁴⁰⁰. » Cette solution repose, selon nous, sur une appréciation subjective de la faute⁴⁰¹, trop incertaine, et aboutissant difficilement à la caractérisation du vice de violence économique. Aussi, le caractère de l'avantage économique obtenu, au même titre que les éléments contextuels de dépendance économique, nous semblent être des critères objectifs plus pertinents dans la caractérisation de ce vice. Cela inscrit le vice de violence économique dans la lignée de ce que l'on pourrait appeler les « vices économiques » au côté de l'erreur sur la rentabilité économique, qui reposent sur une analyse des effets avérés ou potentiels produits⁴⁰², plus que sur la psychologie des parties.

³⁹⁵ Civ. 3^{ème}, 4 mai 2016, n°15-12454, *LPA*, 19 oct. 2016, n° 209, p. 6, note S. Lequette.

³⁹⁶ M. Mekki, *Droit des contrats*, *D.* 2017, 375 : « En effet, aucun des éléments relevés par les juges ne permet réellement de les établir, détachant un peu plus l'abus d'état de dépendance de la catégorie classique de violence. »

³⁹⁷ Cela ne serait vraisemblablement plus possible sous l'empire de l'art. 1143 C. civ. issu de la loi du 20 avril 2018 qui est venue ajouter que l'état de dépendance doit être caractérisé uniquement entre la partie qui s'en prévaut et son cocontractant.

³⁹⁸ J.-P. Chazal *D.* 2002, 1862 note sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12932 ; dans le même sens, P. Chauvel, *Violence*, *Rép. civ.* 2013, n°32.

³⁹⁹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°1504, p. 1239.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.* « L'appréciation ne peut être que subjective, toutes sortes de données pouvant entrer en ligne de compte. »

⁴⁰² Cette analyse des effets mêmes potentiels se retrouve en matière de pratiques anticoncurrentielles cf. Art. L. 420-2 alinéa 2, de pratiques restrictives cf. Art. L. 442-6 du C. com. Même chose en matière de pratiques agressives où il est intéressant de noter que le Code de la consommation envisage la pratique commerciale aggressive comme une infraction pouvant être dépourvue de résultat. C'est à la fois le comportement du professionnel et ses conséquences qui sont sanctionnés. Cette conséquence peut être seulement potentielle dans

117. Si l'abus réside dans l'octroi d'un avantage manifestement excessif, pourquoi ne pas supprimer alors la référence à l'abus⁴⁰³ ? L'avantage manifestement disproportionné qu'obtient le créancier en exploitant la dépendance économique de son débiteur est la manifestation même d'un abus. L'abus s'incarne dans cette disproportion. Le champ d'application de cette disposition ne s'en trouverait pas pour autant élargie dans la mesure où les parties devraient toujours rapporter la preuve d'une situation de dépendance, mais cela permettrait de clarifier le contenu de cette notion. C'est au demeurant la solution qui a été retenue par les principes du droit européen du contrat⁴⁰⁴, les principes Unidroit⁴⁰⁵, le Projet de cadre commun de référence⁴⁰⁶, et avant eux le Code des obligations Suisse⁴⁰⁷, le BGB⁴⁰⁸, le Code civil du Luxembourg⁴⁰⁹ et le Code civil du Québec⁴¹⁰. Le Code civil italien a adopté une

la mesure où le texte sanctionne la pratique commerciale de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ou à vicier son consentement cf. Art. L. 122-11 Code conso.

⁴⁰³ Comme le fait l'article 1141 C. civ.

⁴⁰⁴ Article 4 : 109 « (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat,

(a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation,

(b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif. »

⁴⁰⁵ Art. 3.2.7, 1^o des Principes Unidroit de 2010 : « La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération:

a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première b) la nature et le but du contrat. » Ici l'abus de dépendance n'est qu'un indice du déséquilibre contractuel.

⁴⁰⁶ Article II. 7 :207, 1^o du Projet de cadre commun de référence : « (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and

(b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. »

⁴⁰⁷ Article 21 alinéa 1 : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. »

⁴⁰⁸ §138 du BGB : « 1. Tout acte juridique qui contrevient aux bonnes mœurs est nul.

En particulier, est nul tout acte juridique par lequel quelqu'un, en utilisant la contrainte, l'inexpérience, l'état de nécessité ou la faiblesse de volonté d'autrui, se fait, à lui-même ou à un tiers, promettre ou garantir un avantage pécunier contre une prestation, en déséquilibre flagrant avec la prestation. »

⁴⁰⁹ Article 1118 alinéa 1 : « Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prétend lésée. »

⁴¹⁰ Art. 1406 alinéa 1 Code civil du Québec : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. »

vision hybride du vice de violence teinté tout à la fois de lésion et d'un abus de l'état de dépendance. L'article 1448 du Code civil italien sanctionne ainsi de rescision le contrat lorsque la disproportion entre les obligations des parties résulte de l'exploitation par l'une d'elles de l'état de nécessité dans lequel se trouvait son cocontractant et que cette disproportion dépasse la moitié de la valeur de la prestation⁴¹¹.

118. La rédaction de l'article 1143 ne permet pas, en l'état, de retenir l'abus comme un élément constitutif autonome qui consisterait à caractériser la connaissance de l'état de dépendance de l'autre partie et la conscience du profit tiré de cette exploitation. Il semble en effet que l'abus se déduise ici du résultat obtenu à savoir un avantage manifestement excessif.

2. L'avantage manifestement excessif

119. L'ordonnance du 10 février 2016 a ajouté à l'article 1143 l'obtention d'un avantage manifestement excessif, dont ne faisait aucune mention l'article 1142⁴¹². Cet ajout est heureux et contribue à préciser les conditions d'application de la violence économique (a) dans le même temps qu'il constitue un critère d'application de la violence par la menace d'une voie de droit (b).

⁴¹¹ Art. 1448 alinéa 1 et 2 del Codice civile italiano : « *Se vi è sproporzione tra la prestazione (att.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. » Il faut noter que certains systèmes juridiques retiennent toutefois une acception plus souple de l'abus lequel consiste alors à encourager la conclusion du contrat en ayant connaissance de l'état de dépendance de son cocontractant. C'est notamment le choix retenu par le Code civil néerlandais Art. 44 NBW : « 1) Est annulable l'acte juridique formé à la suite d'une menace, d'un dol ou d'un abus tiré des circonstances (...) 4) Une personne abuse des circonstances lorsqu'elle encourage la passation d'un acte juridique, tout en sachant ou devant comprendre que cette dernière y a été induite par des circonstances particulières telles que la nécessité, la dépendance, la légèreté, l'état mental anormal, l'inexpérience ». Cette conception plus subjective de la violence économique ne sanctionne pas le vice de violence sous le prisme du déséquilibre qu'il crée, mais s'attache plutôt à sanctionner un comportement immoral qui consiste à exploiter intentionnellement l'état de faiblesse de son cocontractant. Dans cette perspective, l'exploitation abusive doit être envisagée comme une condition autonome du vice de violence économique qui se déduit de la connaissance de la contrainte pesant sur la victime et la conscience du profit tiré du contrat. C'est en effet l'exploitation en connaissance de cause de l'état de dépendance de l'autre partie qui permet de caractériser l'abus.

⁴¹² L'article 1114-3 alinéa 1 du Projet *Catala* disposait que « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. » V. pour le Projet *Terré* Art. 66 alinéa 1 : « Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat ».

a. L'avantage manifestement excessif tiré de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique

120. L'avantage manifestement excessif apparaît comme un facteur d'objectivation de l'appréciation de l'abus⁴¹³. Cet avantage s'entend de la disproportion manifeste entre les prestations des parties, laquelle peut résulter d'une inéquivalence grossière en valeur ou de l'absence d'utilité de l'engagement pour l'une des parties. Le seul défaut d'équivalence entre les droits et les obligations des parties ne suffit pas. Il faut que l'une d'elle ait tiré de la situation un avantage excessif. Emile Durkheim soulignait à cet égard que « ce n'est pas à cause de l'état où se trouvait la volonté quand elle a consenti » que la violence est sanctionnée « mais c'est à cause des résultats qu'a nécessairement pour le contractant une obligation ainsi formée. »⁴¹⁴ C'est donc le déséquilibre qui justifie ici la sanction⁴¹⁵. Ce déséquilibre s'est illustré, en droit français, au travers de la jurisprudence sous divers aspects. La cession de l'intégralité des droits d'auteur d'une œuvre réalisée par sa salariée constitue ainsi un avantage manifestement excessif⁴¹⁶ au même titre que la diminution considérable du taux des commissions d'un salarié et la renonciation à ses prestations sociales⁴¹⁷.

121. Comme pour le déséquilibre significatif, l'utilisation de l'adjectif « excessif » renvoie à l'idée d'un déséquilibre grossier, visible⁴¹⁸. L'adverbe « manifestement » en témoigne. L'avantage manifestement excessif devrait au demeurant recouper le champ d'application de plusieurs outils de contrôle objectifs de l'équilibre contractuel. On songe par exemple au distributeur qui, n'ayant d'autre choix que de s'approvisionner chez un fournisseur X se trouverait obligé d'accepter des clauses qui créent un déséquilibre significatif, ou d'autres qui

⁴¹³ Rapport au Président *op. cit.* : « Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte ».

⁴¹⁴ E. Durkheim, *Leçons de sociologie* (1950), P.U.F., coll. Quadrige, 2003, spéc. 17^{ème} leçon (fin), p. 149.

⁴¹⁵ *Ibid.* « Ce n'est point parce que la cause déterminante de l'obligation se trouve extérieure au sujet qui s'oblige. Mais c'est qu'il y a pour ce dernier un préjudice injustifié. C'est, en un mot, parce qu'un tel contrat est injuste. Ainsi l'avènement du contrat consensuel, combiné avec un développement des sentiments de sympathie humaine, amène les esprits à cette idée que le contrat n'était moral, qu'il ne devait être reconnu et sanctionné par la société qu'à condition de ne pas être un simple moyen d'exploiter l'une des parties contractantes, en un mot à condition d'être juste. »

⁴¹⁶ Préc. J.-P. Chazal *D.* 2002, 1862 note sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n°00-12932.

⁴¹⁷ Préc. Soc. 5 juill. 1965 Bull. civ. 5, n°545.

⁴¹⁸ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 227 : « le texte vise un standard élevé (« manifestement ») qui interdit de confondre la condition posée avec un simple défaut d'équivalence ; l'avantage retiré par la partie en position de force doit être flagrant ».

priveraient de sa substance l'obligation essentielle du débiteur au sens de l'article 1170 du même code. Le cocontractant qui abuserait de l'état de dépendance économique de son cocontractant pour lui faire conclure une convention dont la contrepartie convenue se révélerait illusoire ou dérisoire devrait être condamné au même sort. La violence n'est donc pas sanctionnée parce que la qualité de la volonté de celui qui s'engage serait défaillante, mais précisément en raison du déséquilibre créé⁴¹⁹.

122. Une autre forme de violence partage avec l'abus de dépendance économique l'exigence d'un avantage manifestement excessif. Il s'agit de la violence par la menace de l'exercice d'une voie de droit visée par l'article 1141 du Code civil. Ce texte constitue un critère de comparaison utile avec l'article 1143. D'une part parce qu'il ne fait mention d'aucun abus là où l'article 1143 exige expressément ce critère, et parce qu'il fournit d'autre part des exemples parlants d'avantages manifestement excessifs.

b. L'avantage manifestement excessif tiré de la menace de l'exercice d'une voie de droit

123. L'avantage manifestement excessif est requis en matière de menace d'une voie de droit⁴²⁰, laquelle se manifeste alternativement par le détournement de son but ou l'obtention d'un tel avantage⁴²¹. La rédaction des articles 1141 et 1143 de l'ordonnance du 10 février

⁴¹⁹ C'est également le critère du déséquilibre qu'a retenu le droit américain en matière d'*unconscionability*. Prévue par la section 2. 302 de l'*Uniform Commerce Code*, cette notion, proche de l'abus de dépendance et du déséquilibre significatif suppose la réunion d'un critère procédural, c'est-à-dire l'absence de choix significatif pour l'une des parties lors de la conclusion du contrat, et d'un critère substantiel, incarné par des « termes déraisonnablement favorables à l'autre partie ». Si l'*unconscionability* est un critère important, elle ne constitue pas un critère suffisant à la mise en œuvre de cet outil juridique. Aucune des décisions rendues par les juridictions américaines ne s'est contentée en effet de sanctionner l'*unconscionability* sur le seul constant d'une absence de choix à la conclusion du contrat inhérente à la manière dont l'une des parties a négocié le contrat ou la manière dont elle y a intégré des clauses. Il faut encore que le contrat ait entraîné un déséquilibre manifeste. Un prix excessif, un écart important du prix de revient, une clause de pénalité ou une clause déniaient les voies de recours (V. l'arrêt *Wille v. Southwestern Bell Telephone Co*, 549 P.2d 903 (1976)) constituent ainsi les signes d'une clause ou d'un contrat *unconscionable*. T. Mliczak, Le déséquilibre significatif entre droit américain et droit français des contrats, Mémoire de Master 2, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2016, spéc. p. 11. L'auteur reprend ici les termes de l'arrêt *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965) de 1965, fondateur dans la définition de l'*unconscionability* qui précise : « il a généralement été reconnu que l'*unconscionability* incluait une absence de choix significatif pour l'une des parties, combinée avec des termes qui sont déraisonnablement favorables à l'autre partie ».

⁴¹⁹ Il s'agit là d'une différence

⁴²⁰ Art. 1141.

⁴²¹ Civ. 3^e, 17 janv. 1984 : Bull. civ. III, n° 13.

2016 contribue donc à préciser les applications de la notion d'avantage manifestement excessif.

124. La violence par la menace d'une voie de droit devrait trouver dans l'article 1141 la source d'une jurisprudence innovante susceptible d'appréhender de nouvelles pratiques du monde des affaires. Cette forme de violence, proche de la violence économique, se retrouve dans les pratiques de certains acteurs économiques, lesquels usent de menaces de voie de droit pour parvenir à conclure des contrats dont l'utilité fait défaut ou pour lesquels le prix payé est manifestement disproportionné à la contrepartie. L'arrêt rendu le 4 février 2015⁴²² par la première Chambre civile fournit une illustration rare de ce vice particulier de violence. La société Bouygues immobilier avait obtenu trois permis de construire aux fins de réalisation d'une opération immobilière de grande envergure comportant la création d'une nouvelle structure hospitalière, d'une école d'infirmières et de logements collectifs. Au terme d'une transaction conclue le 16 novembre 2010 entre la société Karous et la société Bouygues, la première s'engageait à renoncer à exercer les recours contentieux en annulation des trois permis de construire en contrepartie de quoi la société Bouygues s'était engagée à lui verser une indemnité transactionnelle, globale, forfaitaire et définitive de 500 000 euros. L'indemnité n'ayant pas été payée, la société Karous avait fait procéder à une saisie-attribution à l'occasion de laquelle la société Bouygues avait invoqué la nullité du contrat « pour violence ou pour défaut de concession réciproque ». Les juges ont considéré que la société Bouygues se trouvait bien, au moment des faits, dans un état de dépendance dès lors que cette dernière devait impérativement disposer de permis purgés de tout recours pour acquérir les terrains à construire dans les délais imposés par les promesses synallagmatiques de vente. Les conséquences financières de l'échec de cette opération étaient telles que la société Bouygues se trouvait, selon les termes de la Cour de cassation, dans une situation de « contrainte économique » abusivement exploitée par la société Karous dont les recours étaient dénués de toute chance de succès⁴²³. L'avantage manifestement excessif se confondait ici avec le caractère illégitime de la menace de l'exercice des voies de recours à l'encontre des permis litigieux. L'échec auquel étaient promis ces recours constituait en effet le révélateur de la disproportion du montant de l'indemnité transactionnelle due à la société Karous. D'autres

⁴²² Civ. 1^{ère} 4 févr. 2015, n° 14-10.920, CCE 2015, comm. 33, obs. G. Loiseau.

⁴²³ Les juges s'étaient appuyés sur des décisions antérieures rendues par les juridictions administratives à la suite de recours similaires, qui avaient sanctionné le défaut d'intérêt à agir de deux sociétés sœurs de la société Karous, dont elles partageaient le siège social

pratiques sont susceptibles de recevoir une qualification comparable. C'est le cas notamment des pratiques mises en œuvre par les *Patent Assertion Entities* en matière de brevets.

125. Les *Patent Assertion Entities* ou PAE, désignent des sociétés qui détiennent des portefeuilles de brevets, qu'elles n'exploitent pas, mais qu'elles commercialisent sous la forme de licences d'exploitation. Ces sociétés, sous-catégorie de ce que l'on appelle les *Non Practicing Entities* (NPE) sont très présentes aux États-Unis et à une moindre échelle en Europe. Elles suscitent un contentieux important en raison de certaines de leurs pratiques au point que la *Federal Trade Commission* a publié un rapport en mars 2011 sur les évolutions du marché de la propriété intellectuelle⁴²⁴. L'une des stratégies utilisées par ces entreprises consiste en effet à adresser des milliers de réclamations à de petites entreprises utilisant des produits présumés violer les brevets de l'entreprise, afin de solliciter le paiement de prétendues indemnités sous la menace d'une action en justice à l'encontre de l'entreprise ou de ses clients. D'autres PAE accumulent quant à elles des dizaines de milliers de brevets afin de vendre à des fabricants des licences d'exploitation là encore sous la menace d'une action en justice⁴²⁵. Il s'agit par ce moyen d'obtenir le paiement de redevances supérieures à la valeur réelle du brevet. Qu'il s'agisse en effet des sommes payées par de petites start-up effrayées par le coût et l'issue d'une action pour violation d'un brevet, ou qu'il s'agisse du paiement des redevances, l'avantage obtenu par ces PAE est manifestement excessif au sens de l'article 1141. Outre les effets anticoncurrentiels produits par de telles pratiques⁴²⁶, ces PAE de plus en plus nombreuses en Europe incarnent un modèle d'entreprise au *business model* agressif, et propice à la création de déséquilibres structurels. Bien que l'article 1141

⁴²⁴ FTC, *"The Evolving IP Marketplace"*, Mars 2011. Une conférence a également été organisée par le FTC et la division concurrence du U.S. Department of Justice sur le PAE au mois de décembre 2012, et le FTC a annoncé au mois de septembre 2013 qu'elle entreprenait une étude sur l'impact des PAE sur l'innovation et la concurrence intitulée « *Patent assertion entity activities* » V. <http://www.justice.gov/atr/events/public-workshop-patent-assertion-entity-activities>.

⁴²⁵ D. Geradin, *Patent assertion entities and EU competition law*, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series 16-08*, ssrn.com/abstract=2728686, p. 5 à 6 : « *While some PAEs just hold a few patents, which they will use to "strike it big in court" ("lottery tickets" trolls), others ("bottom feeders" trolls) send thousands of letters of demand to small businesses using products allegedly infringing their patents in the hope that they will settle the amounts requested rather than face the costs and uncertainty associated with a patent infringement lawsuit. Another category of PAEs ("aggregators") accumulate large quantities of patents from a variety of sources (operating companies, NPEs, etc.). For instance, Intellectual Ventures claims it has acquired more than 70,000 patents and patent applications since its creation. These aggregators license these patents to manufacturers against the payment of royalties and sue them if they are unwilling to take a license at the terms they seek to obtain.* »

⁴²⁶ *Ibid.* Ces pratiques ont pour effet d'accroître les coûts des producteurs en aval et, partant, d'écarter la concurrence. Les articles 101 et 102 du TFUE visant les ententes et l'abus de position dominante peuvent donc recevoir application face à ce type de pratiques.

soit distinct de l'article 1143 propre à la violence économique, l'étude de certaines pratiques telle qu'elle vient d'être faite s'agissant des PAE atteste de la proximité entre ces deux déclinaisons du vice de violence. Plus exactement, la menace d'une voie de droit semble pouvoir relever de la catégorie plus générale de l'abus de dépendance économique, l'abus se manifestant ici comme une condition distincte de l'obtention d'un avantage manifestement excessif. La menace permet en effet d'obtenir de la part du cocontractant un engagement que celui-ci n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte. La violence par la menace d'une voie de droit contribue ainsi à renforcer l'arsenal juridique de lutte contre les déséquilibres répondant ainsi à des pratiques bien réelles dans le monde des affaires.

126. Le vice de violence économique présente donc une nature particulière qui tend à faire de lui un « vice objectif ». Le consentement n'est pas ici vicié, mais il est davantage la traduction de l'exploitation d'un état de faiblesse matérialisé par un déséquilibre dont le législateur entend prémunir le débiteur. Le caractère subjectif de ce vice du consentement tend à s'estomper dans la mesure où c'est un faisceau d'indices objectifs portant sur les circonstances dans lesquelles les parties ont conclu le contrat et le résultat obtenu qui permettent de caractériser ce vice⁴²⁷. La qualité du consentement du débiteur se déduit en effet des éléments de faits permettant de caractériser son état de dépendance. Ces éléments factuels ne résident pas dans une recherche subjective de la volonté du débiteur, mais plutôt dans l'analyse de la situation économique des parties en présence et du résultat produit. Cette objectivation reste toutefois en deçà de celle qui transparaît dans les PDEC⁴²⁸ et le Cadre commun de référence⁴²⁹ lesquels ont pris le parti de placer cette pratique en dehors des vices du consentement, pour en faire une cause autonome de nullité du contrat. C'est ici le déséquilibre contractuel qui est sanctionné, peu importe que celui-ci ait été ou non, déterminant du consentement de la partie lésée. La possibilité offerte aux parties par ces textes de « sauver » le contrat⁴³⁰ témoigne au surplus d'une logique radicalement différente de celle qui sous-tend les vices du consentement⁴³¹. L'article 1143 du Code civil marque donc

⁴²⁷ M. Boizard, La réception de la notion de violence économique en droit, *LPA* 16 juin 2004 n°120, p. 5, « La violence économique prend ainsi rang de vice objectif ».

⁴²⁸ Préc. Article 4 : 109.

⁴²⁹ Préc. Article II. 7 : 207.

⁴³⁰ Ces textes permettent en effet à une partie de demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi.

⁴³¹ Il convient de noter à cet égard que l'avant-projet *Terré* (Art. 66 alinéa 1) intégrait la violence économique dans une section sur le contenu du contrat et réservait à celle-ci une sanction qui était par priorité la révision judiciaire du contrat.

une limite à la volonté d'unification du droit civil français avec le droit européen au profit de son harmonisation⁴³², en maintenant l'abus de dépendance économique dans le champ des vices du consentement. Cette décision suscite une certaine crainte à l'égard d'un vice qui fait augurer des difficultés d'interprétation. Le mélange des éléments objectifs et subjectifs en fait un instrument spécifique à mi-chemin entre la lésion et le vice du consentement, le résultat de l'abus et la qualité du consentement devant être conjointement appréciés. L'attention qui sera portée avec plus d'intensité au déséquilibre contractuel ou à l'abus subjectif devrait définitivement inscrire cette pratique dans la catégorie des vices du consentement ou contribuer au contraire à son autonomie progressive.

127. Les vices du consentement que sont l'erreur, la violence et le dol se trouvent en conséquence objectivés par un mouvement de mise en valeur de la fonction économique du contrat. La psychologie du contrat n'y tient plus la place qui lui est habituellement attribuée, et se trouve reconstituée au moyen d'éléments subjectifs et objectifs destinés à sanctionner un déséquilibre contractuel. L'étude des ensembles contractuels indivisibles amène à dresser un constat similaire.

Section 2 : L'objectivation des ensembles contractuels indivisibles

128. Les ensembles contractuels indivisibles fournissent une jurisprudence abondante et témoignent à leur tour d'un mouvement d'objectivation. Appréhendés un temps au moyen de la cause (§1), ces ensembles contractuels s'appuient aujourd'hui sur un mécanisme autonome de contrôle de l'équilibre contractuel (§2).

§1. La contrepartie convenue et les ensembles contractuels indivisibles

129. Notre droit des contrats était jusqu'ici assez peu loquace au sujet des contrats qui forment un ensemble et concourent à une même opération économique⁴³³. Aussi, lorsque l'un de ces contrats venait à disparaître, il n'était pas admis que les autres contrats de l'ensemble

⁴³² Pour une critique de l'unification du droit européen des contrats et une défense des techniques d'harmonisation, V. M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 64.

⁴³³ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2003.

soient affectés par cette disparition⁴³⁴, le principe de l'effet relatif des contrats prévalant. Ces ensembles contractuels indivisibles n'étant pas définis, les juges se sont attelés à mettre en évidence les critères de cette indivisibilité. La cause est alors apparue comme un outil pertinent pour mettre en évidence le caractère indivisible des contrats concernés. À ce critère objectif (I) s'ajoutait néanmoins un critère subjectif résidant dans l'analyse de la volonté des parties (II).

I. Le critère objectif

130. Alors que l'autonomie de la volonté voudrait que soient indivisibles les contrats dont les parties ont entendu qu'ils le soient, la jurisprudence s'efforce depuis plusieurs années de dépasser cette approche subjective de l'indivisibilité contractuelle pour lui préférer une approche objective. L'arrêt rendu par la première Chambre civile le 4 avril 2006⁴³⁵ illustre la mise en œuvre de cette approche objective s'agissant d'un ensemble contractuel indivisible. Il s'agissait en l'espèce d'une société qui avait conclu avec le gestionnaire d'un hôpital un contrat ayant pour objet l'exploitation de la chaufferie de cet établissement. Le second contrat, conclu avec Gaz de France, portait sur la fourniture du produit nécessaire à l'exploitation de la chaufferie précitée. Le gestionnaire de l'hôpital ayant fait savoir à son cocontractant que l'hôpital aurait désormais recours au chauffage urbain et que le contrat serait donc résilié, la société demanda à Gaz de France la résiliation du second contrat lequel devenait sans intérêt. Gaz de France sollicita alors le paiement des sommes correspondant à l'abonnement et à une clause de consommation mensuelle minimale jusqu'au terme initialement prévu. La Chambre commerciale caractérise alors l'indivisibilité contractuelle en indiquant que « la réalisation de l'exploitation de la chaufferie constituait la seule cause du contrat de fourniture du produit dont Gaz de France a le monopole, et que les deux contrats conclus par la société, l'un avec le gestionnaire, l'autre avec l'établissement public, de durées différentes pour des raisons propres à la qualité et à la puissance économique et juridique du partenaire, concouraient sans alternative à la même opération économique ». L'indivisibilité contractuelle est donc la conséquence d'une cause commune caractérisée ici par la poursuite d'une opération économique unique qui consistait dans l'exploitation de la chaufferie.

⁴³⁴ Com. 4 avr. 1995, *D.* 1995, somm., p. 231, obs. L. Aynès.

⁴³⁵ Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *RDC* 2006, n°3, p. 700, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2006, art. 38431, p. 1194 os. J.-L. Aubert.

131. Alors que le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit aucune disposition spéciale relative aux ensembles contractuels, la jurisprudence a reconnu l'existence d'ensembles contractuels indivisibles en l'absence de clause d'indivisibilité, s'agissant des contrats conclus par le compositeur et le parolier d'une chanson⁴³⁶, ou plus récemment en matière de contrat d'édition et de pacte de préférence⁴³⁷. L'article L. 113-3 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que « l'œuvre de coopération est la propriété commune des coauteurs ». L'indivisibilité contractuelle résulte donc ici de la copropriété de l'œuvre réalisée en commun par le compositeur et le parolier.

132. L'on est bien loin ici de la cause objective désignant « la contrepartie qu'envisage de recevoir chaque contractant, de la part de son partenaire⁴³⁸ », et l'on se rapproche de la cause entendue comme l'utilité économique du contrat. Cette « concrétisation⁴³⁹ » de la cause permet de rétablir l'équilibre contractuel rompu par la disparition de l'un des deux contrats. Vivement critiquée⁴⁴⁰ par certains auteurs qui y voyaient la manifestation d'une cause dénaturée, la Cour de cassation poursuivait toutefois son chemin en multipliant les décisions fondées sur cette notion⁴⁴¹. L'une des critiques formulées à l'encontre de ce raisonnement consistait à dénoncer le peu d'égard qu'elle témoignait à la volonté des parties. Cette analyse reposait en effet sur une analyse objective dans la mesure où les juges ne recherchaient pas si les parties avaient consenti à cette indivisibilité contractuelle. Il s'agissait davantage de s'appuyer sur la rationalité⁴⁴² économique de l'opération envisagée pour donner aux contrats l'interdépendance dont ils étaient formellement dépourvus. Si le consentement des parties à l'indivisibilité contractuelle semblait difficile à caractériser, les juges s'attachaient néanmoins

⁴³⁶ Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2011, n° 98-18.476, Bull. civ. I, n° 94 ; *RTD civ.* 2002. 96, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁴³⁷ Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *Dalloz IP/IT* 2016. 36, obs. J. Daleau. Il s'agissait ainsi dans l'arrêt du 14 octobre 2015 du compositeur de deux chansons qu'il avait réalisées avec un parolier. Ces derniers avaient conclu un pacte de préférence avec la société d'édition musicale.

⁴³⁸ J. Rochfeld, *La cause*, *Rép. civ.* 2012, n°15 ; « la cause des obligations d'une partie réside, lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre » (par ex., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1988, Bull. civ. I, no 149. - Plus récemment, Com. 9 juin 2009, no 08-11.420, *RTD civ.* 2009. 719, obs. Fages, *RJDA* 2009, n° 805, *RDC* 2009/4. 1345, obs. D. Mazeaud).

⁴³⁹ *Ibid.* spéc. n°37.

⁴⁴⁰ C. Aubert de Vincelles, *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, *RDC* 2007, n°3, p. 983.

⁴⁴¹ X. Delpech, obs. sous Com. 5 juin 2007, *D.* 2007.1723.

⁴⁴² J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse, Paris I, LGDJ, 1999, p. 114 : « Cette exigence de rationalité ne veut pas dire que tout comportement soit intéressé et rationnel. Elle signifie uniquement que le droit adopte un postulat selon lequel il ne prend pas en compte l'ensemble des motivations véritables et élimine celles qui ne semblent pas conscientes et rationnelles. »

à démontrer que les parties aux contrats avaient connaissance de l'opération contractuelle dans son ensemble.

II. Le critère subjectif

133. Les juges s'attèlent de manière plus ou moins explicite à démontrer que le cocontractant qui refuse de voir le contrat résolu, connaissait ou aurait dû connaître l'existence du second contrat. C'est ainsi que la première Chambre civile précise dans l'arrêt du 4 avril 2006 que « les conditions tant générales que particulières de la convention liant la société et Gaz de France stipulaient l'affectation du combustible commandé à son utilisation par l'hôpital⁴⁴³ », ou dans celui du 5 juin 2007 que « la société IFF n'avait acquis les matériels auprès de la société FMI qu'à la condition d'être assurée de les donner en location⁴⁴⁴ ». C'est un critère subjectif apprécié avec une certaine souplesse, dès lors qu'une véritable analyse subjective aurait consisté à s'assurer que les parties avaient consenti à l'indivisibilité des contrats et non qu'elles savaient que leur cocontractant était lui-même lié par un autre contrat. Deux solutions permettent en effet de concilier les effets de l'interdépendance avec la sécurité juridique⁴⁴⁵. La première consiste à exiger la connaissance par la partie contre laquelle la caducité est invoquée de l'opération d'ensemble. Cette connaissance signifie « que tous les participants à l'opération globale doivent avoir conscience que leur contrat s'insère dans un ensemble plus large dont il constitue un élément indispensable, mais insuffisant.⁴⁴⁶ » Cette connaissance est donc double puisqu'elle implique la connaissance à la fois de l'opération d'ensemble et des contrats qui la composent. C'est la solution retenue par l'article 1186 alinéa 3 du Code civil. Tandis que l'autre solution consiste à exiger le consentement de cette partie à l'opération d'ensemble⁴⁴⁷. Le critère de l'acceptation suppose que les parties à l'opération d'ensemble aient accepté les risques attachés à cette imbrication contractuelle. Certains auteurs plaident en faveur de cette analyse et soulignent l'insécurité

⁴⁴³ Préc. Civ. 1^{ère} 4 avr. 2006.

⁴⁴⁴ Préc. Com. 5 juin 2007.

⁴⁴⁵ S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats, Thèse, Dalloz, 2007, n°330 p. 303.

⁴⁴⁶ S. Pellé *op. cit.* n°335, p. 309.

⁴⁴⁷ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 358 : « Aussi, la seule connaissance de « l'opération d'ensemble » semble-t-elle une exigence mince : on ne voit pas bien pourquoi celui n'entend pas supporter le risque d'autrui devrait tout de même le subir au seul prétexte qu'il en était informé. »

juridique produite par le critère libéral de la connaissance⁴⁴⁸. D'autres au contraire, insistent sur la difficulté probatoire d'une telle solution et défendent à cette fin une présomption de connaissance à l'égard de tous les participants à l'opération d'ensemble⁴⁴⁹. Cela est particulièrement visible lorsque l'on s'intéresse aux clauses de divisibilité qui figurent dans certains contrats compris dans un ensemble contractuel. Une étude subjective de la volonté devrait normalement conduire, en présence d'une telle clause, à l'éviction de l'indivisibilité de l'ensemble contractuel. La Cour de cassation a toutefois refusé d'activer cette clause⁴⁵⁰ au motif que cette dernière était en « contradiction avec l'économie générale du contrat ». C'était faire de « l'économie générale du contrat » un élément impératif auquel les parties n'étaient pas en mesure de déroger. Cette analyse confirmait enfin la prééminence du critère objectif, puisqu'il s'agissait de faire primer l'utilité de l'opération économique sur la volonté des parties⁴⁵¹. Cette jurisprudence relative aux clauses de divisibilité connaît aujourd'hui une expansion sans précédent et contribue à la consécration d'une interdépendance contractuelle objective.

§2. L'interdépendance contractuelle objective

134. Mise en œuvre dans un premier temps dans les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière (I), l'interdépendance contractuelle objective est aujourd'hui consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 comme un mécanisme de droit commun qui inspire une législation sectorielle favorable à l'indivisibilité légale (II).

⁴⁴⁸ S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, Thèse, Paris II, 2001, n°492 : « Un tel bouleversement de l'efficacité des conventions n'est concevable qu'à condition d'avoir été accepté par tous. Si l'on devait considérer que la connaissance, par une partie, du motif déterminant de son cocontractant suffisait à autoriser un contrôle judiciaire de l'existence de la cause subjective, cela entraînerait l'instabilité des contrats et le déclin de la sécurité juridique ».

⁴⁴⁹ S. Pellé *op. cit.* n°334-337, pp. 306-311.

⁴⁵⁰ Com. 15 févr. 2000, *Defrénois*, 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud.

⁴⁵¹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 359 : « on accepte de passer outre la volonté véritable de l'un des contractants parallèles ou, plus exactement, de ne pas chercher à connaître cette volonté (la connaissance suffisant). »

I. Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière

135. La Cour régulatrice assure depuis 2000 un contrôle de l'équilibre dans les ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière au moyen d'une analyse objective destinée à assurer à l'opération économique sa rationalité (A). Cette analyse, limitée dans un premier temps aux opérations incluant une location financière, s'est finalement étendue au-delà de ces seules opérations (B).

A. La reconnaissance affirmée de l'indivisibilité conventionnelle des ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière

136. L'admission par la jurisprudence d'une indivisibilité conventionnelle propre aux ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière s'est faite progressivement. Après une période d'incertitude jurisprudentielle (1), la Chambre mixte de la Cour de cassation est venue poser les critères objectifs de l'indivisibilité conventionnelle (2).

1. Les incertitudes jurisprudentielles

137. Alors que la Chambre commerciale maintient⁴⁵² depuis 2000 l'analyse qui tend à faire primer l'économie générale du contrat lorsque la clause de divisibilité est manifestement en contradiction avec celle-ci, la Troisième Chambre civile ne s'est ralliée à cette jurisprudence qu'en 2011⁴⁵³. Une société A avait conclu avec une société B deux contrats. Le premier portait sur la location de distributeurs de boissons tandis que le second portait sur la fourniture des consommables et la maintenance. Le premier contrat avait été cédé à une société C par la société B avant que cette dernière ne soit placée en liquidation judiciaire et qu'elle cesse ses prestations. La société C avait alors assigné la société A en paiement des loyers, demande à laquelle la Cour d'appel avait alors fait droit en se fondant sur la clause de divisibilité. Bien

⁴⁵² D. Mazeaud, obs. sous Com. 24 avr. 2007, *RDC* 2008, p. 276.

⁴⁵³ J.-B. Seube, obs. sous Civ. 3^{ème} 6 déc. 2011, *RDC* 2012, n°2, p. 518. La Première Chambre civile étant à cette époque encore fermement opposée à la neutralisation des clauses de divisibilité V. Civ. 1^{ère} 28 oct. 2010, *D.* 2011, p. 566 obs. D. Mazeaud.

qu'il s'agisse d'un arrêt inédit, la Troisième Chambre civile décidait de casser l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles 1218 et 1134 du Code civil, semblant ainsi marquer une divergence de fondement avec la Chambre commerciale. L'article 1218 relatif à l'indivisibilité de l'obligation unissant plusieurs débiteurs ou créanciers ne présentait pas de lien avec la question directement abordée puisqu'il s'agissait ici d'une indivisibilité contractuelle. S'agissant de l'article 1134 de Code civil anc., il permettait de justifier la neutralisation de la clause de divisibilité en s'appuyant non plus sur « l'économie générale du contrat⁴⁵⁴ », mais sur la « commune intention⁴⁵⁵ » des parties. C'est donc vers une recherche subjective que semblaient tendre les juges de la Troisième Chambre civile. La véritable intention des parties devait ainsi être recherchée au-delà des stipulations contractuelles, lesquelles ne témoignaient pas en elles-mêmes de la volonté profonde des cocontractants. Cette analyse se justifiait, mais faisait planer sur les parties une insécurité juridique plus importante dès lors qu'il revenait aux juges d'apprécier souverainement cette « commune intention » sans qu'aucun critère de nature à l'identifier ne soit proposé par la Cour de cassation. Cette dernière a néanmoins décidé de mettre un terme à ces divergences en venant poser les critères objectifs de l'indivisibilité conventionnelle.

2. Les critères objectifs de l'indivisibilité conventionnelle posés par la Cour de cassation

138. Les critères objectifs de l'indivisibilité conventionnelle ont été fixés pour la première fois par deux arrêts de la Chambre mixte du 17 mai 2013⁴⁵⁶ (a). Bien que cette solution ait le mérite de renforcer la sécurité juridique, elle produit néanmoins des critères objectifs rigides favorisant un équilibre contractuel désincarné (b).

a. Les critères issus des arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013

139. C'est la Chambre mixte qui a la première posé les critères de l'indivisibilité conventionnelle par deux arrêts du 17 mai 2013. Il s'agissait dans le premier arrêt⁴⁵⁷ d'une société qui avait conclu deux conventions de partenariat avec une autre société portant sur la mise en place d'un ensemble informatique et vidéo pour la diffusion de spots publicitaires,

⁴⁵⁴ Préc. Com. 15 févr. 2000.

⁴⁵⁵ Préc. civ. 3^{ème} 6 déc. 2011.

⁴⁵⁶ Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22768 et 11-22927, *RDC* 1^{er} oct. 2013, n°4, p. 1331, obs. Y.-M. Laithier.

⁴⁵⁷ Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22768, P+B+R+I.

moyennant le paiement d'une redevance mensuelle. Cette même société avait également conclu un contrat de location financière pour le matériel informatique et vidéo en lien avec le premier contrat. Le matériel loué présentant des dysfonctionnements, la société utilisatrice avait cessé de payer les loyers. Le bailleur financier avait alors assigné son locataire en paiement des loyers impayés. La Cour d'appel pour débouter le bailleur de sa demande, retient l'indivisibilité des deux contrats et prononce la résiliation de ces derniers. La Chambre mixte rejette le pourvoi formé par le bailleur au motif que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ». Le second arrêt⁴⁵⁸ mettait en scène une société qui avait conclu avec une autre trois contrats de télé sauvegarde de ses fichiers informatiques, et trois contrats de location financière du matériel informatique avec la branche *leasing* de son cocontractant. Les contrats de prestation de services ayant été résiliés pour inexécution, le bailleur sollicitait le paiement des loyers impayés, demande à laquelle il est fait droit par la Cour d'appel. La Cour de cassation censure l'arrêt attaqué après avoir énoncé, dans les mêmes termes que l'arrêt précédent, que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance. » Cette solution marque incontestablement l'objectivation des ensembles contractuels indivisibles dès lors qu'aucune référence n'est faite à la commune intention des parties, laquelle semblait pourtant s'être manifestée au travers des clauses de divisibilités incluses dans les contrats de location financière. Si certains auteurs ont condamné la fonction législative que s'accordaient les juges au travers de cet attendu de principe⁴⁵⁹, cette solution marque surtout la volonté des juges de moraliser les relations d'affaires. Se limitant aux contrats qui s'inscrivent dans une « opération incluant une location financière » cette solution témoigne d'un souci d'équité que les bailleurs financiers semblaient balayer d'un revers de manche. Ces derniers avaient en effet généralisé le recours aux clauses de divisibilité afin de limiter les effets de la rupture du ou des contrats qui participaient à l'installation, la maintenance ou l'utilisation du matériel loué. Cette pratique était particulièrement défavorable au locataire qui était contraint de continuer à payer les loyers alors même que le contrat de location était devenu sans objet. C'est donc vers une interdépendance objective que s'est orientée la Chambre mixte, en

⁴⁵⁸ Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22927, P+B+R+I.

⁴⁵⁹ Préc. Y.-M. Laitihier.

présentant comme interdépendants les contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière. Alors que l'un des deux arrêts est rendu au visa de l'article 1134 du Code civil, il semble ici que la recherche de la commune intention des parties soit un pur artifice. Le « pas en arrière » souhaité par certains auteurs⁴⁶⁰ n'a pas été fait par la Cour de cassation, qui a, au contraire, maintenu et renforcé sa position au cours des dernières années.

140. Par un arrêt du 16 septembre 2014,⁴⁶¹ la Chambre commerciale a repris l'attendu qu'elle avait formulé dans son arrêt du 17 mai 2013 pour casser l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui avait écarté l'interdépendance du contrat de location financière et du contrat de maintenance du matériel. Une société d'optique avait conclu un contrat de maintenance avec une société d'animation publicitaire pour la diffusion de messages publicitaires, ainsi qu'un contrat de location avec un bailleur financier portant sur le matériel nécessaire à la diffusion des spots publicitaires. Le contrat de location financière contenait une clause de divisibilité entre les contrats de location et ceux nécessaires à sa mise en œuvre. La société d'animation publicitaire ayant cessé de distribuer les CD-ROM, le locataire assigna la société d'animation en résiliation du contrat et le bailleur financier en caducité du contrat de location financière. L'arrêt est une fois de plus rendu sur le fondement de l'article 1134 du Code civil anc. de sorte que la Chambre commerciale semble vouloir inscrire cette solution dans le sillage de la force obligatoire du contrat. La clause de divisibilité se présente dans cette perspective comme un élément par principe contraire à la volonté des parties. Pourquoi ? La Chambre commerciale ne le dit pas et n'apporte aucun éclairage sur les valeurs qu'elle entend préserver au travers d'une telle solution⁴⁶². La solution apparaît alors comme une solution rigide favorisant un équilibre contractuel désincarné.

⁴⁶⁰ Préc. Y-M. Laithier.

⁴⁶¹ Com. 16 sept. 2014, 13-19017, obs. J.-B. Seube, *RDC* 31 mars 2015, n°1, p. 58. V. aussi pour une confirmation implicite J.-B. Seube, obs. sous Com. 4 nov. 2014 n° 13-24270, *PB*, Com. 9 déc. 2014, n° 13-22677, *D*, Com. 9 déc. 2014, n° 13-24807, *D*, *RDC* 15 juin 2015, n°2, p. 268. Plus récemment, CA Bastia, ch. civile A, 22 févr. 2017, n°14/00878 « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants et les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance sont réputées non écrites. » Pour une confirmation récente Com. 12 juill. 2017, n° 15-27.703, *Sté X c/ Konica Minolta Business solutions France* ; Com. 12 juill. 2017, n° 15-23.552, *FP-P+B+R+I*, *RDC* 2017, n° 4, p. 11, obs. Th. Génicon.

⁴⁶² Le communiqué rendu par la Cour de cassation suite aux deux arrêts de la Chambre commerciale du 17 mai 2013 indique que « la Cour de cassation remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire » sans présenter davantage de motivations.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/Chambres_mixtes_2740/arrets_n_26504.html

b. Des critères objectifs rigides favorisant un équilibre contractuel désincarné

141. Deux critiques peuvent être formulées à l'égard des critères exclusivement objectifs de l'indivisibilité conventionnelle tels qu'ils ont été dégagés par la Cour de cassation. La première porte sur la place du devoir de coopération dans les situations étudiées (α), tandis que la seconde porte sur l'anéantissement de la liberté contractuelle des parties d'aménager les effets de la caducité produite par suite de la résiliation d'un contrat de l'opération d'ensemble (β).

α . L'absence de prise en compte du devoir de coopération entre les parties

142. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 16 septembre 2014⁴⁶³ était intéressant en ce qu'il faisait apparaître une critique évidente à la mise en œuvre d'une telle solution. Les moyens annexés au pourvoi révélaient en effet que le matériel mis à disposition par le bailleur pouvait tout aussi bien fonctionner avec un autre logiciel que celui fourni par la société d'animation publicitaire. Cette interopérabilité des logiciels aurait pu justifier que le locataire de bonne foi contracte un contrat de maintenance similaire avec une autre société, sans pouvoir prétendre à la caducité du contrat de location. Le devoir de coopération issu de l'obligation générale de bonne foi⁴⁶⁴ a ainsi été invoqué en matière de contrat de travail pour mettre à la charge de l'employeur l'obligation « d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois⁴⁶⁵ ». Ce devoir de coopération ou « d'implication⁴⁶⁶ » a également trouvé à s'illustrer en matière de contrats de distributions où il est apparu comme l'obligation imposant au créancier de maintenir un équilibre contractuel suffisant pour permettre à son débiteur de poursuivre l'exécution du contrat⁴⁶⁷. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 15 mars 2017 est évocateur⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Décision préc., Com. 16 sept. 2014, 13-19017.

⁴⁶⁴ Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, Bonne foi, *Rép. civ.* 2009, n°75 et 76.

⁴⁶⁵ Soc. 25 févr. 1992 ; Soc. 23 sept. 1992, n° 90-44.466, *JCP E* 1993. II. 430, note Serret ; Soc. 6 avr. 1994, no 92-41.075 *Gaz. Pal.* 1995. I. 218, note Berenguer.

⁴⁶⁶ C'est l'expression utilisée par S. Darmaisin *in* Le contrat moral, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000.

⁴⁶⁷ Com. 19 déc. 1989, obs. J. Mestre *RTD civ.* 1990, p. 649.

⁴⁶⁸ Cass. com., 15 mars 2017, n°15-16406, F-D, obs. Ph. Stoffel-Munck.

143. La société *Holder*, tête d'un réseau de boulangeries-pâtisseries à enseigne, avait conclu un accord en vue du développement de sa présence dans le Sud-Est de la France. Son cocontractant, la société *Ginvest*, bénéficiait à ce titre d'une exclusivité sur ce territoire en contrepartie de quoi elle s'engageait à ouvrir dix-huit nouveaux points de vente franchisés au cours des cinq années suivantes. Le chiffre d'affaires réalisé par les premiers points de vente ouverts n'avait néanmoins pas permis à la société *Ginvest* d'atteindre ses objectifs. La société *Holder* avait alors mis en œuvre la clause résolutoire pour mettre un terme à cette relation contractuelle et sollicitait des dommages et intérêts au titre du préjudice causé par le défaut d'exécution conforme du plan de développement. La société *Ginvest* soutenait pour sa part que la rupture du contrat par la société *Holder* était abusive, cette dernière ayant refusé de revoir à la baisse les objectifs contractuels en dépit des difficultés rencontrées. La Cour de cassation saisie du pourvoi formé par le franchiseur condamné par les juges du fond au paiement de dommages et intérêts pour rupture abusive sur le fondement de l'article 1382 du Code civil anc., rejette le pourvoi. La Chambre commerciale considère que « la cour d'appel, sans obliger la société *Holder* à renégocier le protocole, a pu retenir que la loyauté imposait de négocier, si le protocole d'accord s'avérait difficilement réalisable, et de proposer des conditions acceptables ». La Chambre commerciale n'entend pas contraindre les parties à la renégociation mais elle considère que le franchiseur aurait dû formuler des propositions qui tiennent compte des intérêts de son cocontractant. « C'est dire que non seulement l'interlocuteur ne pouvait se réfugier dans une attitude passive mais qu'il devait même envisager de sacrifier une partie de ses intérêts pour se rapprocher de ce dont son partenaire avait raisonnablement besoin »⁴⁶⁹. La solution est audacieuse, mais demeure justifiée par la spécificité du contrat envisagé. Les juges soulignent à cet effet « que le plan de développement convenu ne pouvait être réalisé qu'avec la collaboration étroite et loyale des parties et que l'ouverture de nouveaux magasins sous franchise restait nécessairement associée à la réussite des exploitations ». C'est donc la nature collaborative de ce « contrat-alliance »⁴⁷⁰ qui justifiait ici que le franchiseur soit tenu au respect d'un devoir de coopération.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

144. Certains auteurs semblent d'ailleurs plaider en faveur d'une généralisation de ce devoir, lequel est par ailleurs reconnu par le projet de cadre commun de référence⁴⁷¹, les principes du droit européen du contrat⁴⁷² ou bien encore les principes UNIDROIT⁴⁷³. Se définissant comme le comportement actif par lequel un cocontractant assure la préservation des intérêts de son cocontractant en vue du maintien du contrat, ce devoir de coopération semble néanmoins réservé aux contrats marqués par une certaine durée et une relation de confiance. Ces contrats dits « contrats-coopération⁴⁷⁴ » ou bien encore contrats relationnels⁴⁷⁵ ou contrats-organisation⁴⁷⁶ se distinguent des contrats d'échanges en ce qu'ils reposent sur une durée et une communauté d'intérêts qui en font des contrats atypiques. Si le contrat de location financière n'est pas habituellement associé à cette catégorie de contrats, il en présente toutefois certains attributs. Suzanne Lequette définit ainsi le contrat-coopération comme celui qui opère « une mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun mettant ainsi en scène des intérêts économiques convergents, mais différents⁴⁷⁷ ». Le contrat de location financière à la différence du contrat de société, d'association ou de franchise ne propose pas de projet commun aux cocontractants, mais il peut, lorsque celui-ci est assorti d'un contrat d'entreprise, concourir à une exacerbation de l'obligation de coopération entre

⁴⁷¹ *VARIU AUCTORES*, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Société de Législation comparée*, 2008, Art. 0 :303: « devoir de collaboration » : « Les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat ». Ce devoir existe également dans certains droits nationaux op. cit. p. 173 ; Pour le droit allemand §242 BGB et §241 al. 2 qui dispose que « le rapport d'obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à respecter les droits, les biens et les intérêts de l'autre. » ; En droit néerlandais ce devoir se déduit de la fonction complétive du devoir de bonne foi art. 6 :2 et 6 :248 BW ; En droit italien on rattache ce devoir à l'art. 1175 du Code civil italien qui oblige les parties à faire preuve d'honnêteté ; En droit espagnol la doctrine relève que les parties doivent collaborer à la bonne exécution du contrat.

⁴⁷² *VARIU AUCTORES*, Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites, Commission pour le droit européen du contrat, *La documentation française*, 1997. Art. 1 :202 : Devoir de collaboration « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet. »

⁴⁷³ Principes UNIDROIT 2010, Art. 5.1.3 Devoir de coopération : « Les parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations. »

⁴⁷⁴ S. Lequette, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat, *Economica*, 2012.

⁴⁷⁵ *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. V. aussi C. Boismain, Les contrats relationnels, Thèse, PUAM, 2005. L'auteur y défend l'idée d'un contrôle renforcé de l'équilibre contractuel dans ces contrats : « Les attentes des parties et leur besoin de protection étant différents selon la nature des contrats en cause, cela explique que, dans les contrats relationnels, tous les déséquilibres qui ne sont pas raisonnables devraient être corrigés par le juge lors que dans les contrats impersonnels seuls les déséquilibres excessifs devraient être corrigés », p. 263.

⁴⁷⁶ P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 635 et s. L'auteur définit le contrat-organisation comme celui qui « définit l'activité qui est son objet et [...] institue des organes - d'où son nom - chargés d'assurer et de garantir la réalisation de cette activité selon des modes de répartition des missions et des pouvoirs qui varient selon le type d'organisation. » p. 638.

⁴⁷⁷ S. Lequette op. cit. n°180.

les parties. La location service ou *renting* se présente en effet comme un contrat de longue durée destiné à assurer l'usage de la chose louée, contribuant à faire de lui un contrat-coopération. Partant de ce constat, l'affirmation selon laquelle « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants » peut paraître particulièrement sévère. L'on aurait pu attendre du juge qu'il s'assure que l'exécution du contrat de fourniture de prestation soit rendue impossible, sans quoi le devoir de coopération qui incombe au locataire aurait dû contraindre ce dernier à conclure un autre contrat pour assurer l'intérêt de son bailleur financier. L'automatisme de la règle édictée par la Chambre mixte revient en quelque sorte à consacrer un mécanisme d'indivisibilité légale⁴⁷⁸ qui présente des effets pervers. Le locataire peut en effet avoir intérêt à laisser le contrat de location financière disparaître par l'effet de cette indivisibilité, ce dernier n'ayant pas tiré de cette opération commerciale les avantages qu'il en attendait, ou préférant conclure avec un autre bailleur financier un contrat plus attractif. Certains auteurs⁴⁷⁹ déplorent ainsi l'absence de distinction légale selon que l'anéantissement du premier contrat est imputable au cocontractant ou non, précisant qu'il conviendrait dans le premier cas de s'opposer au bénéfice de la caducité.⁴⁸⁰ L'on pourrait dire, comme l'ont suggéré certains auteurs⁴⁸¹, que le cocontractant qui se prévaut de la caducité dans une telle hypothèse n'agit pas de bonne foi.

145. La rigidité des critères retenus par la Cour de cassation participe donc d'un équilibre contractuel figé et désincarné dont les effets contreproductifs ne doivent pas être ignorés. L'un de ces effets réside encore dans l'anéantissement de la liberté des parties d'aménager les

⁴⁷⁸ La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a instauré un mécanisme légal d'indivisibilité par l'introduction d'un nouvel article L. 341-1 alinéa 2 du Code de commerce, pour les contrats conclus entre d'une part, un réseau de distribution, en ce compris notamment ceux visés par l'article L. 330-3 du Code de commerce regroupant des magasins sous une enseigne, un nom commercial ou une marque communes et les réseaux structurés par une centrale de référencement, et, d'autre part, un exploitant d'un commerce de détail ayant pour objet l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale. Ainsi, la résiliation de l'un de ces contrats entraîne de plein droit celle des autres contrats de l'ensemble. Sur les difficultés d'interprétation de cet article : L. Vogel et J. Vogel, *Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté*, *AJCA*, 2015, p. 512 ; M. Plankensteiner, E. Créquer, *Les relations commerciales après la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, *LPA* 2015, n°220, p. 4.

⁴⁷⁹ M. Mekki, *Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut...* *Gaz. Pal.* 7 févr. 2017, n°6, p. 12.

⁴⁸⁰ En l'absence d'une telle distinction, les parties prendront soin d'exclure par une clause le bénéfice de la caducité lorsque la disparition du premier contrat résulte d'un comportement fautif du cocontractant.

⁴⁸¹ M. Mekki, *Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut...* *Gaz. Pal.* 7 févr. 2017, n°6, p. 12.

effets de la caducité produite par suite de la résiliation d'un contrat appartenant à l'opération d'ensemble.

β. L'anéantissement de la liberté des parties d'aménager les effets de la caducité produite par suite de la résiliation d'un contrat appartenant à l'opération d'ensemble

146. L'interdépendance objective des contrats concomitants s'inscrivant dans une opération incluant une location financière produit encore un effet pervers en ce qu'elle empêche les parties de convenir de l'aménagement des effets de la caducité⁴⁸² produite par suite de la résiliation d'un contrat de l'opération d'ensemble. La Chambre commerciale a considéré dans son arrêt du 12 juillet 2017⁴⁸³ que la clause de résiliation anticipée mettant à la charge de la partie qui résilie le contrat le paiement d'une indemnité, n'était pas applicable au contrat de prestation de services portant sur l'entretien et la fourniture de photocopieurs devenu caduc par suite de la résiliation du contrat de location financière portant sur ledit matériel. La même solution a été retenue⁴⁸⁴ s'agissant d'un contrat de prestation de surveillance électronique devenu caduc à la suite de la résiliation du contrat de location financière portant sur le matériel de surveillance⁴⁸⁵. La société qui assurait la prestation de service sollicitait ici,

⁴⁸² Cf. *infra* n°530.

⁴⁸³ Com. 12 juill. 2017, n° 15-27.703, Sté X c/ Konica Minolta Business solutions France : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté, par motifs propres et adoptés, que la SCP avait conclu, le même jour, un contrat de prestations de services portant sur des photocopieurs avec la société Konica Minolta et, par l'intermédiaire de cette dernière, un contrat de location financière correspondant à ces matériels avec la société BNP Paribas Lease Group, ce dont il résulte que ces contrats, concomitants et s'inscrivant dans une opération incluant une location financière, étaient interdépendants, et que la résiliation de l'un avait entraîné la caducité de l'autre, excluant ainsi l'application de la clause du contrat caduc stipulant une indemnité de résiliation, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ». V. le commentaire de Th. Génicon, Contrats interdépendants : quel avenir pour la consécration de la « caducité fautive » ? *RDC* 2017, n°4, p. 11.

⁴⁸⁴ Com. 12 juill. 2017, n° 15-23.552, Sté Baur c/ Sté Diffus'Est : « Qu'en statuant ainsi, après avoir relevé, d'abord, que les contrats litigieux s'inscrivaient dans un même ensemble contractuel, ensuite, que le contrat de location conclu avec la société Grenke avait été résilié avant le terme initial, ce dont il résulte que, ces deux contrats étant interdépendants, cette résiliation avait entraîné la caducité, par voie de conséquence, du contrat de prestation conclu entre la société Baur et la société Diffus'Est, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ». ; Th. Génicon obs. préc.

⁴⁸⁵ En revanche la Cour d'appel de Bourges par un arrêt du 23 février 2017, n° 16/00429, a condamné une SARL au paiement de l'indemnité de rupture anticipée conventionnelle correspondant à 95% de la facture restant à courir, prévue dans le contrat d'entretien portant sur deux photocopieurs dont le financement était assuré par un contrat de location financière. Il faut noter qu'ici la résiliation n'était pas consécutive à une inexécution contractuelle, mais faisait suite au choix de la SARL précitée de remplacer les photocopieurs par un nouveau matériel. La SARL se prévalait alors des arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013 pour échapper au paiement de l'indemnité de rupture, estimant que la clause litigieuse s'analysait en une clause de divisibilité laquelle devait être réputée non écrite. La décision rendue par les juges d'appel témoigne de la prise en compte de l'esprit de l'ordonnance du 10 février 2016 et de sa conciliation avec les solutions jurisprudentielles antérieures. Les juges

comme dans l'arrêt précédent, le paiement de l'indemnité de résiliation anticipée prévue contractuellement. La Chambre commerciale considère que cette clause est inapplicable, compte tenu de la caducité du contrat de prestation de service par suite de la résiliation du contrat de location financière. Si la rigueur juridique justifie qu'il ne soit pas fait application d'une clause de résiliation anticipée à un contrat devenu caduc, la question se pose de savoir si cette solution serait également appliquée à la clause permettant de solliciter le paiement d'une indemnité dans l'hypothèse où le contrat appartenant à une opération d'ensemble incluant un contrat de location financière devenait caduc par suite de la résiliation d'un contrat. La solution de la Chambre commerciale ne permet pas en l'état d'y répondre.

147. Il se pourrait néanmoins que ce soit le principe même d'un aménagement contractuel des effets de la caducité d'un contrat appartenant à une opération incluant un contrat de location financière auquel la Chambre commerciale ait entendu s'attaquer. La décision révèle en filigrane la volonté des juges de sanctionner les clauses qui viendraient faire obstacle à l'application rigoureuse de la caducité du contrat par suite de la résiliation d'un autre. Il s'agirait donc d'empêcher les parties d'aménager ce principe par des clauses de disparition anticipée du contrat.

148. Cette solution va sur ce point à l'encontre de plusieurs décisions⁴⁸⁶ qui avaient considéré que la caducité du contrat n'affectait pas les clauses portant sur la liquidation de la situation contractuelle⁴⁸⁷. Certains auteurs⁴⁸⁸ ont au demeurant cherché à justifier le maintien

s'attachent à caractériser une impossibilité d'exécution en indiquant que la SARL demanderesse « mise dans l'impossibilité de poursuivre le contrat de maintenance du matériel récupéré par le bailleur, a pris acte de cette rupture anticipée de la convention et a réclamé à la SARL la somme de 4 494,73 euros correspondant à l'indemnité contractuelle de résiliation. » Les juges poursuivent en précisant que la jurisprudence invoquée « est celle dans laquelle un cocontractant, engagé à la fois à l'égard d'un prestataire de service et d'un bailleur financier, se trouve confronté à l'inexécution par le premier de ses obligations contractuelles et souhaite sortir de l'ensemble des liens contractuels qu'il a pu nouer. » Or la SARL « n'a pas demandé la résolution du contrat de location financière en conséquence de la résolution du contrat de maintenance pour inexécution de ce dernier, mais a mis en œuvre un mécanisme de résiliation unilatérale du contrat de location financière fondée sur de purs motifs d'opportunité. »

⁴⁸⁶ V. pour des décisions retenant l'application d'une clause pénale alors que le contrat était devenu caduc : « Cass. Civ. 3^e, 9 juin 2010, Bull. civ. III, n°14 ; Cass. Civ. 3^e, 11 janv. 2011, pourvoi n°10-10038 ; Cass. Com. 22 mars 2011, Bull. civ. IV, n°49 ; D. 2011, 2179, note A. Hontebeyrie. V. également pour une décision retenant l'application des clauses réglant les conséquences de la résiliation dans un contrat de crédit-bail résilié par suite de la solution du contrat de vente Cass. Ch. Mixte 23 novembre 1990, N° de pourvoi : 88-16883 : « Qu'en statuant ainsi, alors que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁴⁸⁷ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2072, p. 780 ; A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, 15^{ème} éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 15^{ème} éd.

des clauses destinées à faciliter la disparition du contrat en distinguant la force obligatoire du contrat des obligations qu'il contient. Ainsi, si les obligations du contrat caduc sont anéanties, le contrat lui, demeure, et c'est précisément au regard de cette « norme contractuelle⁴⁸⁹ » que la caducité du contrat opère. De façon plus évidente, il semble que la Chambre commerciale confirme ici ses faveurs pour l'effet rétroactif de la caducité⁴⁹⁰ d'un contrat appartenant à un ensemble contractuel complexe indivisible⁴⁹¹. Une telle appréciation souffre une critique évidente qui est celle de la cohérence des effets de la disparition des contrats appartenant à un même ensemble. Comment comprendre en effet que la résiliation d'un contrat de prestation de service qui n'opère que pour l'avenir et dont les clauses de cessation du contrat devraient s'appliquer puisse entraîner une caducité rétroactive du contrat appartenant au même ensemble ? La rigidité injustifiée et contreproductive d'une telle solution peut être combattue dans la mesure où elle prive les parties de leur dernière marge de manœuvre dans l'aménagement de l'indivisibilité contractuelle au travers des clauses de fin de contrat. Il semble, selon toute vraisemblance, que les parties pourraient convenir de faire peser sur la partie dont la carence est à l'origine de la caducité du contrat, une indemnité de disparition anticipée. C'est le cas par exemple lorsqu'un contrat disparaît par suite du non-paiement par une partie des prestations d'entretien du matériel. Si le contrat est résilié, on comprend aisément que le bailleur financier ait entendu se prémunir des effets de la caducité en mettant à la charge de son débiteur défaillant dans l'exécution du premier contrat, le paiement d'une indemnité. Une clause de disparition anticipée suppose en effet d'identifier le cocontractant débiteur de l'indemnité en vertu de cette clause. Si le remède de caducité s'oppose *a priori* à l'identification d'un cocontractant responsable de la cause de caducité, il en va autrement dans les opérations visées. Il s'agit en effet ici d'une caducité par suite d'une résiliation contractuelle. Cela implique donc qu'une partie ait inexécuté ses obligations. Il apparaîtrait

2016, n°332, p. 269 ; C. Pelletier, La caducité des actes juridiques en droit privé français, thèse, L'Harmattan, 2004, n°319, Ch. Paulin, La clause résolutoire, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n°98.

⁴⁸⁸ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999, 771, spéc., n°44-45 : « Alors même que les obligations principales du contrat ont été exécutées, la norme contractuelle demeure, destinée à s'appliquer avec toutes ses clauses, tant que des litiges relatifs aux effets produits par le contrat peuvent se produire. »

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.* n°2072, p. 779.

⁴⁹¹ Com. 5 juill. 2007, Bull. civ. IV, n°156, CP 2007, II, 10184, note Y.-M. Serinet. : « la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité, l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite et à tenir compte du préjudice subi par l'acquéreur par suite de l'anéantissement de cet ensemble contractuel ».

légitime dans l'hypothèse où cette partie se prévaut ensuite de la caducité qu'elle puisse être condamnée au paiement d'une indemnité⁴⁹². Si l'on peut souhaiter redonner à ces ensembles contractuels la cohérence juridique qu'ils méritent, il faut assurer aux parties la possibilité, via des clauses, d'aménager les effets d'une résiliation anticipée d'un contrat appartenant à l'ensemble indivisible. À défaut, les parties pourraient être tentées de délaisser ces formes de financement au profit de solutions plus contraignantes et plus coûteuses pour l'ensemble des parties.

149. Il ressort des deux arrêts rendus le 12 juillet 2017 que la Cour de cassation, sans doute consciente de la rigidité de son raisonnement, précise que le cocontractant-pivot qui aura causé la chute en cascade des contrats de l'ensemble devra indemniser les cocontractants qui auront subi un dommage par suite de cette disparition anticipée du contrat. Il s'agit là d'une application classique des règles de la responsabilité contractuelle. Le cocontractant qui s'estime lésé devra donc rapporter la preuve d'une faute du cocontractant-pivot que l'on imagine être ici l'inexécution fautive du contrat. Cela n'est cependant pas sans soulever de questions notamment lorsque la résiliation sans être fautive, repose sur un acte licite⁴⁹³.

150. L'extension récente de cette indivisibilité objective aux contrats de prêts destinés à financer l'achat d'un bien meuble confirme la volonté du juge de prémunir les cocontractants contre le déséquilibre provoqué par la disparition d'un contrat qui s'inscrit dans une opération d'ensemble.

⁴⁹² C'est au demeurant la solution retenue par la Chambre commerciale en matière de clause pénale V. décision préc. Com. 22 mars 2011, obs. M. Latina, *EDCO* 1^{er} mars 2011, n°3, p. 3 : « Attendu que la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties » ; Th. Génicon, art. préc., : « lorsque la disparition de l'un des contrats est due à la faute de ce contractant-pivot, de toute évidence, ce dernier ne mérite plus le bénéfice d'une construction (d'une protection) élaborée seulement pour lui — ce qui présuppose son innocence. »

⁴⁹³ Th. Génicon art. préc. envisage le cas de la résiliation d'un commun accord, ou celui de l'exercice d'une faculté unilatérale conférée par le contrat à l'une des parties. « Le seul constat d'une rupture induite suffit, peu important que, dans la chaîne des événements y menant, on y trouve un acte licite du point de vue d'un autre contrat, pourvu qu'il soit la cause de la caducité. Mais à bien y réfléchir, un tel raisonnement, très juste dans une vue classique de la relativité des conventions, perd quelque peu de sa pertinence dès lors qu'il est précisément question de deux contrats qui ne sont pas autonomes l'un par rapport à l'autre. Si on estime que les deux contrats, parce qu'ils sont interdépendants, mutualisent en quelque sorte leur économie générale, le droit de résiliation de l'un ne pourrait-il logiquement être analysé comme un droit de résiliation de l'ensemble contractuel ? »

B. La reconnaissance de l'indivisibilité conventionnelle en dehors des ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière

151. La Cour de cassation admet, en dehors des ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, l'indivisibilité conventionnelle de certaines opérations. C'est le cas en matière d'opérations incluant un crédit affecté (1), et de contrat de vente financé par un contrat de crédit-bail mobilier (2).

1. L'indivisibilité conventionnelle des opérations incluant un crédit affecté

152. Alors que l'interdépendance semblait se limiter aux contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière, la première Chambre civile, par deux arrêts du 10 septembre 2015⁴⁹⁴, est venue élargir le champ d'application de l'indivisibilité. Il s'agissait dans les deux arrêts d'époux qui avaient contracté un prêt dans le but d'acquérir un bien meuble, dans un cas⁴⁹⁵ un toit photovoltaïque, et dans le second une éolienne⁴⁹⁶. Le droit de la consommation était jusqu'à ce jour le seul à envisager l'interdépendance du contrat de crédit du contrat de vente ou de prestation qu'il finance. Ces crédits affectés sont résolus ou annulés de plein droit lorsque le contrat en vue duquel ils ont été conclus est lui-même judiciairement résolu ou annulé⁴⁹⁷. Inversement, si le prêt n'est pas accordé ou si l'emprunteur se rétracte, le contrat principal est résolu de plein droit⁴⁹⁸. Dans les deux arrêts rendus le 10 septembre 2015, les articles du Code de la consommation ne trouvaient pas à s'appliquer dès lors que les montants empruntés dépassaient le plafond de 21 500⁴⁹⁹€ fixé par l'article L. 311-3, 2° et que le contrat destiné à financer l'achat d'un toit photovoltaïque écartait expressément les dispositions protectrices du Code de la consommation. C'est donc l'indivisibilité conventionnelle des contrats de prêt et de vente en droit commun qui est consacrée au travers de ces deux arrêts. Plusieurs critères permettaient ici aux juges de mettre en évidence cette indivisibilité. Ces derniers ont ainsi relevé que

⁴⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 (n°14-13658 et n°14-17772), *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 6 octobre 2015 n° 9, p. 1, obs. M. Latina.

⁴⁹⁵ *Ibid.* spéc. n°14-13658.

⁴⁹⁶ *Ibid.* spéc. n°14-17772.

⁴⁹⁷ Article L. 311-32 alinéa 2 C. consom.

⁴⁹⁸ Article L. 311-36 C. consom.

⁴⁹⁹ Plafond relevé à 75 000€ depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

l'offre de crédit était affectée à l'acquisition du matériel, que le vendeur avait lui-même renseigné l'offre de crédit et que les fonds avaient ensuite été déposés entre les mains du vendeur⁵⁰⁰. La Première Chambre civile avait, dans le second arrêt, relevé que l'emprunteur avait attesté de l'exécution du contrat principal afin d'obtenir la libération des fonds par le prêteur, lequel avait mis ceux-ci à la disposition du vendeur. L'« indivisibilité conventionnelle » semble donc subordonnée à la connaissance par le vendeur de l'existence du contrat de prêt et inversement. Ce critère est celui retenu par l'ordonnance en date du 10 février 2016 dont l'article 1186 alinéa 3 subordonne la caducité du contrat à la connaissance par le cocontractant à l'encontre duquel elle est invoquée, de l'opération d'ensemble.

153. Il s'agit, comme précédemment, d'une analyse objective dans la mesure où les juges ne s'attachent pas à identifier la volonté des parties, mais redonnent aux contrats l'indivisibilité dont ils sont dépourvus formellement. Il est important de noter que ces deux arrêts ne formulent pas de règle générale comme le font les arrêts du 17 mai 2013⁵⁰¹, et semblent retenir une solution centrée sur le critère de la connaissance réciproque de l'existence des contrats de prêt et de vente. Il aurait été intéressant de savoir si une clause de divisibilité fait obstacle à l'application d'une telle solution comme cela est le cas en matière de location financière. S'agissant enfin du fondement textuel, la cause était invoquée par l'un des demandeurs au pourvoi,⁵⁰² mais il semble qu'influencée par l'arrivée de la réforme du droit des contrats, cette dernière ne soit plus mobilisée par les juges pour fonder leurs décisions. L'article 1218 du Code civil est en revanche mobilisé par les juges⁵⁰³ comme il avait déjà pu l'être quelques années plus tôt⁵⁰⁴. Ce fondement n'est toutefois pas pertinent puisqu'il s'agissait ici de l'indivisibilité de plusieurs contrats et non de plusieurs obligations. Certains auteurs⁵⁰⁵ ont souligné au travers de cette décision la prégnance de la politique juridique à l'œuvre dans le domaine de l'indivisibilité contractuelle. L'arrêt rendu par la Chambre mixte le 13 avril 2018 confirme la tendance à l'œuvre en étendant l'indivisibilité conventionnelle aux contrats de vente financés par un crédit-bail mobilier.

⁵⁰⁰ Préc. Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 n°14-13658.

⁵⁰¹ Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22768 ; Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22927.

⁵⁰² Préc. Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 n°14-17772.

⁵⁰³ Préc. Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 n°14-13658.

⁵⁰⁴ J.-B. Seube, obs. sous Civ. 3^{ème} 6 déc. 2011, *RDC* 2012, n°2, p. 518.

⁵⁰⁵ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 360 : « C'est dire si le mécanisme de l'interdépendance contractuelle ne peut tenir dans un cadre strictement technique mais dépend en opportunité, pour une part au moins, d'impératifs économiques ou sociaux. »

2. L'indivisibilité conventionnelle des contrats de ventes financés par un crédit-bail mobilier

154. Par un arrêt en date du 13 avril 2018⁵⁰⁶, la Chambre mixte de la Cour de cassation est venue étendre le domaine de l'indivisibilité conventionnelle. Cette dernière était saisie des faits suivants : la société A. avait commandé un camion équipé d'un plateau et d'une grue à la société L financé au moyen d'un contrat de crédit-bail mobilier⁵⁰⁷ prévoyant le versement de quatre-vingt-quatre loyers mensuels. Le contrat de vente prévoyait que la charge utile restante du véhicule devait être de huit cent cinquante kilogrammes au minimum. Néanmoins, la société A. découvrait, à la suite de la livraison du camion, que le poids à vide du véhicule était supérieur à celui indiqué sur le certificat d'immatriculation et que la charge disponible était inférieure à celle contractuellement prévue. La société A. avait alors assigné la société L. ainsi que la banque en nullité de la vente et du contrat de crédit-bail, ainsi qu'en restitution des loyers versés. La Cour d'appel avait alors prononcé la résolution de la vente et la caducité du contrat de crédit-bail. Deux pourvois étaient formés, l'un par la société venderesse et la banque qui portait sur la contestation de la résolution judiciaire du contrat de vente pour inexécution ; et l'autre par la banque seulement qui contestait la caducité du contrat de crédit-bail au motif que la jurisprudence du 17 mai 2013 se limitait aux seuls ensembles contractuels incluant une opération de location financière.

155. La Chambre mixte rejette, de manière prévisible, le premier pourvoi, mais également le second au moyen d'une démonstration particulièrement fournie et motivée. Retraçant les étapes précédemment décrites, la Chambre mixte rappelle que si la jurisprudence du 17 mai 2013 n'est pas transposable au contrat de crédit-bail mobilier, accessoire au contrat de vente, « la caducité qu'elle prévoit, qui n'affecte pas la formation du contrat et peut intervenir à un moment où celui-ci a reçu un commencement d'exécution, et qui diffère de la résolution et de la résiliation en ce qu'elle ne sanctionne pas une inexécution du contrat de crédit-bail mais la disparition de l'un de ses éléments essentiels, à savoir le contrat principal en considération

⁵⁰⁶ Cass. ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21345.

⁵⁰⁷ Le contrat de crédit-bail mobilier, prévu à l'article L. 313-7 du code monétaire et financier, est un contrat de louage d'un matériel professionnel, qui permet au preneur de jouir immédiatement du bien en contrepartie du paiement d'un loyer, assorti d'une promesse unilatérale de vente (option d'achat) qui permet au locataire d'accéder à la propriété du bien en fin de contrat pour un prix déterminé à l'avance et prenant pour partie en compte les loyers versés. Ce contrat se distingue du contrat de location financière dans la mesure où le locataire dispose ici d'une option d'achat dont il ne dispose pas dans le contrat de location financière.

duquel il a été conclu, constitue la mesure adaptée ». La Chambre mixte poursuit en indiquant « qu'il y a lieu, dès lors, modifiant la jurisprudence, de décider que la résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail et que sont inapplicables les clauses prévues en cas de résiliation du contrat ».

156. La note explicative⁵⁰⁸ rédigée par la Cour de cassation et le Rapport du Conseiller-rapporteur sont éclairants. La Chambre mixte a, selon les termes de ce dernier, entendu « mixer⁵⁰⁹ » la jurisprudence du 23 novembre 1990⁵¹⁰ avec celle du 17 mai 2013. La solution est directement inspirée des dispositions nouvelles de l'article 1186 du Code civil puisque la chambre mixte prend soin d'indiquer que le contrat de vente constitue un des « éléments essentiels » du contrat de crédit-bail, de sorte que la disparition du premier entraîne nécessairement la caducité du second. L'indivisibilité conventionnelle est ici établie objectivement dans la mesure où ça n'est pas la volonté des parties qui détermine cette indivisibilité mais la nature même de l'ensemble contractuel envisagé. Le contrat de crédit-bail n'ayant aucun sens en l'absence du contrat de vente qu'il finance, la chambre mixte décide que la résolution de la vente conduit inévitablement à la caducité du contrat de crédit-bail. Alors même que l'article 1186 alinéa 3 du Code civil subordonne l'indivisibilité conventionnelle à la connaissance par le cocontractant contre lequel elle est invoquée de l'opération d'ensemble, la Cour de cassation ne fait aucune mention, en l'espèce, d'une telle connaissance⁵¹¹. Cela s'explique sans doute par la connaissance implicite de cette opération qui découlait des termes mêmes du contrat. Néanmoins, l'absence de référence explicite à cette condition confère à cet arrêt une automaticité et une impérativité particulières⁵¹².

⁵⁰⁸ Note explicative relative à l'arrêt n° 285 du 13 avril 2018 - Chambre mixte - (H 16-21.345, M. 16-21.947) disponible sur le site internet de la Cour de cassation. https://www.courdecassation.fr/IMG///20180413_mixte_note_explicative_16-21.435_21.947.pdf V. également le Rapport du Conseiller-rapporteur, Monsieur Maunaud, ainsi que l'Avis du premier avocat général Monsieur Le Mesle.

⁵⁰⁹ Rapport préc. p. 2.

⁵¹⁰ Ch. mixte., 23 novembre 1990, pourvois n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, Bull. 1990, Ch. mixte, n° 1 et 2, *RTD com.* 1991, 441, obs. B. Bouloc. Pour des applications postérieures : Com. 22 mai 1991, pourvoi n° 89-21.578, Bull. 1991, IV, n° 169 ; Com. 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.621, Bull. 1993, IV, n° 327 ; Com. 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-17.822 ; Com. 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-19.679 ; Com. 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.330 ; Com. 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-15.992.

⁵¹¹ Ce qui n'était pas le cas dans les arrêts Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 (n°14-13658 et n°14-17772), *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 6 octobre 2015 n° 9, p. 1, obs. M. Latina.

⁵¹² Rapport préc. du Conseiller-Rapporteur, spéc. p. 5 qui identifie quatre caractéristiques essentielles dans la jurisprudence du 23 novembre 1990. La règle édictée y est « purement prétorienne », « impérative », « automatique » et « asymétrique ».

L'intensité de la règle édictée serait en quelque sorte plus forte que dans le cas d'une application des critères posés par l'article 1186 du Code civil. Dit autrement, l'indivisibilité conventionnelle des contrats de vente et de crédit-bail découlerait de la nature même de ces contrats, tandis que celles des contrats appartenant à un ensemble incluant une opération de location financière supposerait de caractériser l'existence d'une « opération » commune⁵¹³. Le Conseiller-Rapporteur précise à cet égard que « la jurisprudence “crédit-bail” résulte d'une forme d'évidence liée à l'économie même des contrats », là où la jurisprudence location financière « repose, quant à elle, sur une démarche intellectuelle ».

157. La décision rendue par la Chambre mixte présente un autre intérêt, relatif cette fois au sort des clauses prévues en cas de résiliation du contrat. Le contrat de crédit-bail prévoyait en l'espèce d'une part que « le locataire renonçait expressément à exercer contre le bailleur quelque recours que ce soit pour obtenir la résolution du contrat de crédit-bail et s'engageait à ne pas interrompre le paiement des loyers si, sans faute du bailleur, le matériel était défectueux ou atteint de vices et renonçait à mettre en jeu la garantie du bailleur » ; et d'autre part que « dans l'hypothèse où le contrat de crédit-bail était résilié du fait de la résolution de la vente, les loyers versés jusqu'à la résiliation resteraient acquis au bailleur et une indemnité serait due par le locataire, égale aux loyers restant dus et à la valeur résiduelle à la date de la résiliation.⁵¹⁴ » La Cour de cassation vient neutraliser les clauses litigieuses au motif que le contrat de crédit-bail ne se trouve pas ici résilié mais caduc. La question demeure néanmoins de la faculté pour les parties d'inscrire à l'avenir dans ces ensembles contractuels une clause qui subordonnerait la caducité du contrat de crédit-bail au paiement d'une indemnité. La Cour de cassation ne répond pas sur ce point, mais l'esprit de la décision rendue voudrait que la réponse soit négative. La Chambre mixte précise à cet effet que sont inapplicables les clauses de garantie et de renonciation à recours, lesquelles ne sont pas propres à l'hypothèse d'une résiliation anticipée. Ce ne sont pas en conséquence les seules clauses visant la résiliation du contrat qui sont visées par la Cour mais toutes celles qui reviendraient à compromettre l'effectivité de cette indivisibilité objective, qui en contredirait la portée.

158. Cet arrêt fournit par conséquent un exemple de contrôle objectif de l'équilibre contractuel de même nature que celui existant en matière d'ensemble contractuel incluant une

⁵¹³ Le Conseiller-Rapporteur précise à cet égard, p. 9 : « elle suppose toujours la recherche, derrière la segmentation artificielle des contrats, des éléments d'une opération unique. »

⁵¹⁴ Rapport de Monsieur Maunand préc. p. 27.

opération de location financière. La question demeure néanmoins de l'articulation, en pratique, de ces indivisibilités objectives avec les conditions posées par l'article 1186 du Code civil.

II. L'indivisibilité contractuelle dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats

159. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats ne traite pas à proprement parler de l'interdépendance contractuelle. Cette question est indirectement abordée au travers du paragraphe 2 de l'article 1186 de la Section 4 du Chapitre II consacrée aux sanctions. Cette disposition va au-delà de la règle posée par les arrêts du 17 mai 2013⁵¹⁵ en matière de contrats s'inscrivant dans une opération incluant une location financière. Sont donc interdépendants, aux termes de cet article, les contrats conclus en vue d'une opération d'ensemble lorsque la disparition de l'un d'eux rend impossible l'exécution d'un autre ou lorsque l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. Alors que le Projet d'ordonnance du 25 février 2015 semblait consacrer une conception exclusivement objective de l'interdépendance contractuelle⁵¹⁶, l'ordonnance du 10 février 2016 opère une conciliation plus nuancée entre les éléments objectifs d'indivisibilité (A) et la nécessaire connaissance de l'opération d'ensemble (B).

A. Les éléments caractéristiques objectifs de l'indivisibilité contractuelle

160. Deux éléments objectifs caractérisent l'indivisibilité contractuelle de droit commun à savoir l'exécution impossible (1) et le caractère déterminant du consentement de l'exécution du contrat disparu (2).

⁵¹⁵ Préc. Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22768 ; Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22927.

⁵¹⁶ Art. 1186 alinéa 2 « Il en va encore ainsi lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre. La caducité de ce dernier n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. » Il ne s'agit pas ici de savoir si lors de l'échange des consentements les parties ont entendu rendre les contrats interdépendants, mais de poser comme règle unique que les contrats qui participent à une opération économique commune sont interdépendants lorsque la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre.

1. L'exécution impossible

161. L'alinéa 2 de l'article 1186 dispose qu'est caduc le contrat dont l'exécution devient impossible à la suite de la disparition d'un des contrats participant à la même opération d'ensemble. Ce critère objectif témoigne d'une restriction manifeste du champ d'application que pouvaient annoncer les arrêts rendus par la Cour de cassation en matière d'opération incluant une location financière, comme en matière de contrat de prêt et de vente. L'impossibilité matérielle d'exécuter le contrat limite en effet la portée de ces décisions⁵¹⁷ qui se limitaient à constater dans un cas que l'opération contenait un contrat de location financière, et dans l'autre que le contrat de prêt était bien destiné à financer le contrat de vente principal. Toutefois, cet article ne permet pas d'apporter une réponse claire aux réserves soulevées relativement à la possibilité pour la partie qui invoque la caducité du contrat de conclure avec un autre cocontractant. L'impossibilité s'entend-elle de l'impossibilité relative d'exécuter le contrat tel qu'il a été conclu entre les parties ou s'agit-il d'une impossibilité absolue de poursuivre ce contrat ? La décision rendue par la Chambre commerciale le 16 septembre 2014⁵¹⁸ faisait apparaître une impossibilité relative dans la mesure où la société d'animation publicitaire ayant cessé de distribuer les CD-ROM, le locataire financier ne pouvait plus diffuser la publicité pour les besoins de laquelle il avait conclu un contrat de location financière. Cette impossibilité n'était toutefois pas absolue puisque les moyens annexés au pourvoi révélaient que le matériel mis à disposition par le bailleur pouvait tout aussi bien fonctionner avec un autre logiciel que celui fourni par la société d'animation publicitaire. L'ordonnance du 10 février 2016 ne répond pas à cette question, mais l'impossibilité visée par l'article 1186 alinéa 2 semble devoir être entendue comme une impossibilité relative⁵¹⁹ de manière à pouvoir poursuivre la jurisprudence précédemment développée en matière de location financière et de contrat de prêt accessoire à une vente. « Cette impossibilité est en réalité à la mesure des obligations des parties⁵²⁰. » L'arrêt rendu

⁵¹⁷ Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n° 11-22768 et 11-22927, *RDC* 1^{er} oct. 2013, n°4, p. 1331, obs. Y.-M. Laithier ; Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 (n°14-13658 et n°14-17772), *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 6 octobre 2015 n° 9, p. 1, obs. M. Latina.

⁵¹⁸ Com. 16 sept. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n°1, p. 58, obs. J-B. Seube.

⁵¹⁹ P. A. Foriers *op. cit.* La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, Bruylant, Bruxelles, 1998, n°66, p. 63 : « L'impossibilité d'exécution n'est jamais absolue et elle est intimement liée au contenu et à l'étendu des obligations des parties. ».

⁵²⁰ P. A. Foriers *op. cit.* n°68, p. 64.

par la première Chambre civile le 10 septembre 2015⁵²¹ faisait apparaître une impossibilité subjective dans la mesure où la société venderesse avait été placée en liquidation judiciaire le matériel n'ayant pu être intégralement livré et installé. La condition posée par l'ordonnance en matière d'indivisibilité contractuelle semble donc traduire avec fidélité les fondements de la jurisprudence développée en matière d'opération incluant un contrat de location financière comme en matière de contrat de prêt destiné à financer une vente.

162. Un autre critère, alternatif, permettrait toutefois au cocontractant de solliciter la caducité du contrat auquel il est partie lorsque l'exécution du contrat disparu constituait un élément déterminant de son consentement.

2. Le caractère déterminant du consentement de l'exécution du contrat disparu

163. Alors que l'impossibilité de l'exécution d'un autre contrat de l'ensemble se présente comme un critère objectif de l'interdépendance, la seconde partie de l'alinéa 2 de l'article 1186 laisse plus de place à une analyse subjective de la volonté des parties. Les juges peuvent en effet prononcer la caducité d'un contrat qui participe à une même opération économique lorsque l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. Cette disposition soulève plusieurs interrogations. Le caractère déterminant du consentement s'apprécie-t-il à l'aune des prévisions contractuelles ou les juges adopteront-ils la même démarche qu'en matière de vices du consentement ? L'esprit de ce texte ferait plutôt choisir la seconde option. Le caractère déterminant des vices du consentement s'apprécie toutefois avec une souplesse qui offrirait à cette disposition un vaste champ d'application. C'est en effet du rapport de causalité que les juges déduisent souverainement le caractère déterminant du dol, de l'erreur ou de la violence. Les juges opèrent ainsi en matière d'erreur un glissement entre l'objet de l'erreur et son effet déterminant, assimilant l'objet de l'erreur à la qualité déterminante du consentement⁵²². Il s'agira pour eux de se demander si la qualité sur laquelle a porté l'erreur était une qualité

⁵²¹ Préc. M. Latina, obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 (n°14-13658 et n°14-17772), *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 6 octobre 2015 n° 9, p. 1.

⁵²² G. Vivien, De l'erreur déterminant et substantielle, *RTD civ.* 1992, 305 : « Mais surtout, à vouloir à la fois protéger l'errans et son cocontractant grâce aux seules qualités substantielles, on a abouti à une confusion entre l'objet de l'erreur, ce sur quoi elle doit porter, et l'effet de l'erreur, c'est-à-dire son caractère déterminant. Peu à peu, tous les éléments de la nullité pour cause d'erreur, l'existence du vice, ses caractères et sa preuve notamment, furent mêlés. La difficulté a fini par résider principalement dans la seule appréciation de la substance à laquelle on a voulu faire remplir deux fonctions opposées ce qui interdit toute définition nette. »

essentielle et donc déterminante du consentement de l'*errans*. Si cette appréciation doit se faire *in concreto*⁵²³, les juges procèdent le plus souvent à une analyse objective de ce critère qu'ils superposent au caractère essentiel de la qualité sur laquelle a porté l'erreur. Partant, si l'erreur a porté sur une qualité essentielle, l'erreur est alors déterminante du consentement de l'*errans*. Si l'on applique cette méthode d'analyse à l'article 1186 alinéa 2, cela signifie que les juges devront s'attacher à démontrer que l'exécution du contrat disparu était une « qualité essentielle de la prestation due⁵²⁴ ». La substitution des contrats « pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie », aux contrats dont la disparition rend « sans intérêt l'exécution d'un autre⁵²⁵ » témoigne-t-elle de la volonté du législateur de limiter la conception exclusivement objective que semblait consacrer le Projet d'ordonnance par l'introduction d'une référence à la volonté interne ? Ou s'agit-il d'habiller d'un vocable plus juridique l'expression d'« intérêt à l'exécution du contrat » ? Rien ne nous permet de l'affirmer, mais la première version du texte a suscité chez de nombreux auteurs quelques réticences face à la conception exclusivement objective de l'interdépendance contractuelle retenue par le texte. Il est donc permis de penser que le législateur a entendu renforcer la dimension subjective de l'indivisibilité contractuelle au travers de cette ultime modification. Cette subjectivité peut toutefois paraître artificielle tant il est vrai que le juge est souvent contraint de procéder objectivement à l'appréciation du caractère déterminant de l'erreur, ou de l'exécution du contrat comme l'exige ici le texte. Les prévisions contractuelles et les éléments échangés entre les parties ne fournissent pas toujours les éléments de faits de nature à permettre au juge d'y déceler une volonté subjective. Cette référence à la volonté interne est également artificielle dans la mesure où le texte de l'article 1186 alinéa 2 intègre déjà à la définition de l'ensemble contractuel le caractère « nécessaire » des contrats à la « réalisation d'une même opération ». Si les contrats qui compensent l'ensemble contractuel doivent être nécessaires à l'exécution de l'opération, cela signifie implicitement que leur exécution est une condition déterminante du consentement des parties. Cette superposition du caractère déterminant de l'exécution à son caractère nécessaire pose problème dans la mesure où elle induit l'idée qu'une partie pourrait solliciter la caducité d'un contrat de l'ensemble dès lors que l'un des contrats qui le composent disparaît sans qu'il soit besoin de remplir d'autres conditions.

⁵²³ P. Malinvaud note sous Civ. 1^{re}, 22 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 73, *D.* 1978.J.601 ; Civ. 1^{re}, 26 janv. 1972, *D.* 1972.J.517.

⁵²⁴ Art. 1132.

⁵²⁵ Art. 1186 alinéa 2 du Projet d'ordonnance du 25 février 2015.

164. Enfin, certaines opérations témoignent d'une interdépendance structurelle⁵²⁶ c'est-à-dire intrinsèque au contrat comme elle existe pour les contrats de location financière ou les crédits affectés, qui pourrait faire dire qu'ici le cocontractant a par principe fait de l'exécution du contrat qui lui est concomitant une condition déterminante de son consentement. C'est d'ailleurs la solution privilégiée par la Cour de cassation en matière de location financière qui a posé en principe l'incompatibilité des clauses de divisibilité avec les opérations incluant une location financière, sans qu'il soit besoin de démontrer que l'exécution du contrat était devenue impossible ou que l'exécution du contrat disparu avait été une condition déterminante du consentement du demandeur.

165. Si la condition relative à l'impossibilité d'exécuter le contrat à l'égard duquel la caducité est invoquée semble pertinente, celle qui concerne le caractère déterminant du consentement de l'exécution du contrat disparu l'est moins. Si le législateur a entendu introduire dans le contrôle de l'indivisibilité contractuelle une part de subjectivité, celle-ci contribue néanmoins à une insécurité juridique importante. L'appréciation de ce critère semble en effet ouvrir à l'article 1186 un champ d'application plus vaste encore que celui qui avait été mis en évidence par la Cour de cassation dans des cas bien précis. Les juges devront en conséquence veiller à préciser la méthode d'appréciation de ce dernier critère.

B. La nécessaire connaissance de l'opération d'ensemble

166. Si l'ordonnance du 10 février 2016 ne fait pas clairement le choix d'une indivisibilité objective en exigeant que le contractant contre lequel la caducité est invoquée ait eu connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble (1), le législateur semble développer dans d'autres secteurs une indivisibilité légale purement objective laquelle se justifie par la nature même de l'opération contractuelle visée (2).

⁵²⁶ S. Bros, L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats. *D.* 2016, p. 29, « Certains contrats ne pourraient pas exister de manière autonome, ils n'auraient pas d'utilité s'ils étaient envisagés seuls ; ils n'existent qu'accompagnés d'un autre contrat parce qu'ils n'ont pas d'utilité objective par eux-mêmes. »

1. Un critère subjectif inadapté

167. L'alinéa 3 de l'article 1186 précise que « La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Alors que l'alinéa 2 vise deux conditions alternatives de l'indivisibilité contractuelle, l'alinéa 3 vient ajouter un second critère impératif dont les parties devront nécessairement rapporter la preuve. La condition relative à la connaissance de l'opération par le cocontractant contre lequel la caducité est invoquée apparaît comme une limite discutable à la mise en œuvre de l'indivisibilité conventionnelle. L'interprétation qu'il convient de donner à ce critère se révèle délicate en pratique. Il faut en effet que la partie envers laquelle la caducité est invoquée ait eu connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble, mais cela ne signifie pas qu'elle ait eu connaissance du contrat en question ni qu'elle ait entendu lier le sort de celui-ci au contrat auquel elle est partie. Il s'agirait en effet d'aller rechercher si, au moment de la conclusion du contrat, la partie envers laquelle la caducité est invoquée avait connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble. Dans l'hypothèse d'une opération contractuelle complexe, la preuve d'une telle connaissance sera quasi impossible à rapporter. Le législateur aurait dans cette perspective intérêt à assigner au juge la mission de rechercher s'il ressort des circonstances entourant la conclusion du contrat, son exécution et le contrat lui-même, que les parties ont eu l'intention de lier le sort des contrats litigieux, comme le promeuvent certains auteurs⁵²⁷. Une lecture plus objective de l'indivisibilité contractuelle consisterait, au contraire, à retirer toute référence à la connaissance préalable de l'opération d'ensemble pour insister davantage sur la définition de cette indivisibilité à savoir des contrats dont l'exécution est nécessaire pour parvenir à la réalisation d'une même opération. La difficulté de ce texte vient précisément de ce qu'il n'édicte pas clairement un choix dans la manière dont il appréhende l'indivisibilité. Alors que la définition de l'indivisibilité semble consacrer une approche objective au même titre que le critère relatif à l'exécution impossible du contrat à l'égard duquel la caducité est sollicitée, certains termes laissent entendre que les juges devraient procéder à une recherche de la volonté interne des parties. La cohabitation de ces deux appréhensions de l'indivisibilité contractuelle semble atteindre ici ses limites.

⁵²⁷ S. Bros *op. cit.* c'est la proposition formulée par l'auteur : « la disparition d'un contrat entraîne la caducité de celui dont il dépend quand les parties avaient voulu les lier, soit expressément, soit implicitement au regard de l'opération poursuivie et de ses modalités ».

168. S'agissant des clauses de divisibilité qu'avait sanctionnées la Cour de cassation dans ses arrêts du 17 mai 2013, elles permettent aux cocontractants de prévenir une éventuelle caducité en déclarant les contrats divisibles. L'ordonnance du 10 février 2016 ne nous permet pas pour l'heure de dire avec certitude si l'article 1186 alinéa 2 pose une règle d'ordre public à laquelle il serait impossible de déroger par une clause de divisibilité. L'article 1161 du Projet d'ordonnance rappelle que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but » tandis que l'article 1102 alinéa 2 précise que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. » Si la Chancellerie a pris soin dans son rapport⁵²⁸ de préciser que les dispositions figurant dans l'ordonnance du 10 février 2016 sont supplétives à moins qu'elles ne soient expressément énoncées comme impératives, l'on voit mal, dans les faits, comment certaines règles pourraient être purement supplétives⁵²⁹ et, particulièrement, l'article 1186. De plus, la formulation même du texte semble induire un caractère impératif par l'automatisme de la sanction de caducité suggérée par le texte.

169. Une solution pourrait ainsi consister à poser une présomption simple d'indivisibilité⁵³⁰ des contrats dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une même opération d'ensemble. Il serait alors possible d'échapper à cette présomption simple au moyen d'une clause de divisibilité ou lorsqu'il ressort des circonstances entourant la conclusion du contrat, que les parties n'ont pas entendu lier le sort des contrats auxquels elles sont parties.

170. L'indivisibilité de droit commun consacrée par l'article 1186 a vu naître dans le même temps ce que l'on pourrait définir comme des indivisibilités légales sectorielles. C'est le cas précisément des réseaux de distribution commerciale que la loi *Macron* du 6 août 2015 a entendu fluidifier notamment par le recours au nouvel article L. 341-1 alinéa 2 du Code de commerce.

⁵²⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, p. 9, JO 11 févr. 2016 : « Leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ».

⁵²⁹ Le législateur a marqué du sceau de l'ordre public de manière plus ou moins franche certaines dispositions telles que l'article 1112-1 et l'article 1104, et du sceau du supplétif d'autres dispositions telles que l'article 1195. Cela ne résout pas les interrogations que font naître les autres articles de l'ordonnance.

⁵³⁰ En ce sens, S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats, Thèse, Dalloz, 2007, n°334-337, pp. 306-311.

2. L'indivisibilité contractuelle légale objective des réseaux de distribution commerciale

171. L'article L. 341-1 alinéa 1 du Code de commerce définit les contrats des réseaux de distribution commerciale comme ceux impliquant d'une part des personnes physiques ou morales de droit privé regroupant des commerçants⁵³¹ ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3⁵³², et d'autre part toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail⁵³³, dont le but commun est l'exploitation de ce magasin. Il ne s'agit pas seulement ici de la grande distribution alimentaire de détail, mais de l'ensemble du secteur de la vente au détail sans restriction d'objet. Cette loi vise à rééquilibrer⁵³⁴ les rapports contractuels du secteur de la distribution dans lequel les commerçants se trouvent souvent pris dans une multitude de contrats (contrat d'approvisionnement, contrat de franchise, contrat de location gérance) destinés à rendre toute sortie du réseau impossible⁵³⁵. Afin de rendre à ces opérations contractuelles leur unité, l'article L. 341-1 instaure une indivisibilité légale aux termes de laquelle « la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article. » Si la rédaction de cet article est pour le moins maladroite, celui-ci donne à voir une illustration d'indivisibilité légale⁵³⁶ exclusivement objective. Il s'agit de faire résilier par un effet de « contagion⁵³⁷ » les contrats conclus dont le but commun est l'exploitation d'un magasin de détail. Cette unité contractuelle est renforcée par l'unité de temps qu'impose désormais l'article L. 341-1

⁵³¹ Hors magasins collectifs de commerçants indépendants et sociétés de caution mutuelle.

⁵³² Les auteurs sont partagés sur le champ d'application *rationae personae* qu'il convient de donner à ce texte. V. M. Malaurie-Vignal, Les apports de la loi *Macron* en droit de la distribution, CCC, nov. 2015, comm. 256 : « sont visés par l'article L. 341-1 les contrats de distribution sélective, exclusive et franchise, mais aussi les contrats de commission-affiliation, licence de marque, et contrat de partenariat – dès l'instant que le contractant exploite un magasin de détail en vue de la distribution d'un produit ou service ». Contra. <http://www.vogel-vogel.com/blog/le-droit-de-la-distribution-apres-la-loi-macron> qui excluent les contrats de distribution exclusive et sélective.

⁵³³ L'article L. 341-1 alinéa 3 exclut de son champ d'application le contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4, le contrat d'association et le contrat de société civile, commerciale ou coopérative.

⁵³⁴ M. Plankensteiner et E. Créquer, Les relations commerciales après la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *LPA* 2015, n°220, p. 4.

⁵³⁵ M. Malaurie-Vignal, Les apports de la loi *Macron* en droit de la distribution, CCC, nov. 2015, comm. 256 : « Cette indivisibilité des contrats est destinée à faciliter la mobilité des distributeurs qui ne seront plus enchaînés par des contrats aux échéances diverses. » V. aussi, Décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, et Aut. conc., n° 10-A-26 du 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

⁵³⁶ D. Mainguy, Premières vues sur le « droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale », *JCP E*, n° 48, 26 Novembre 2015, 1579.

⁵³⁷ *Ibid.* D. Mainguy.

alinéa 1⁵³⁸. La dimension subjective est exclue de cette indivisibilité dans la mesure où le texte ne subordonne pas la disparition en chaîne des contrats à la connaissance, par les parties, des différents contrats de l'opération d'ensemble. La question qui se pose est celle de savoir si des contrats conclus entre différentes parties sont visés par cette sanction, et non seulement ceux qui l'auraient été entre les mêmes parties. La réponse n'est pas donnée par le texte, mais la pratique, elle, donne à voir des opérations complexes pour lesquelles la condition de l'identité de parties fait défaut. C'est le cas notamment des contrats de franchise et d'approvisionnement qui ne sont pas nécessairement passés entre les mêmes parties. Faut-il interpréter l'expression « l'ensemble des contrats » comme incluant les contrats conclus entre des parties différentes ? Là encore, la rédaction de l'article L. 341-1 ne convainc pas. La question mérite toutefois que l'on s'y attarde tant le critère du but commun semble pouvoir différer selon les situations envisagées. Certains auteurs soulèvent, à juste titre, la distinction qui existe selon que l'on se situe dans un réseau de distributeurs ou de fournisseurs⁵³⁹. Alors que dans le réseau distributeur le contrat d'approvisionnement et celui de franchise, pour reprendre cet exemple, concourent effectivement à un objectif commun d'exploitation du commerce de détail, tel n'est pas le cas lorsque l'on se situe dans un réseau de fournisseurs. « S'il y a pluralité de contrats, ceux-ci n'ont pas pour but commun l'exploitation du magasin du distributeur, mais en règle générale, soit la distribution de marques distinctes, soit l'exercice d'activités distinctes (vente, réparation, après-vente, location, etc.).⁵⁴⁰ » C'est pour répondre à cette difficulté que le Conseil constitutionnel a limité le champ d'application de l'article L. 341-1 aux relations entre les réseaux de distributeurs et leurs affiliés⁵⁴¹. Ainsi entendus, les contrats visés par l'article L. 341-1 devraient remplir aisément la condition relative à la poursuite d'un objectif commun. Cette indivisibilité légale, exclusivement objective, s'inscrit avec plus ou moins de clarté, dans le courant objectiviste de l'indivisibilité, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016, afin de venir rééquilibrer des ensembles contractuels dans un secteur marqué par la puissance des distributeurs.

172. Ainsi présentée, l'indivisibilité contractuelle apparaît comme un outil objectif de rééquilibrage des conventions en voie d'affirmation. Ses usages et sa définition tendent

⁵³⁸ L'ensemble des contrats visés doit être doté d'une même échéance.

⁵³⁹ L. Vogel et J. Vogel, *Loi Macron : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté*, *AJCA*, 2015, p. 512.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *AJDA* 2015. 1570 : « Considérant que l'article 31 est relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail affiliés à ces réseaux ».

néanmoins à varier au gré des objectifs de régulation sectorielle que s'emploie à remplir le législateur.

CONCLUSION DU CHAPITRE

173. L'étude successive des vices du consentement et des ensembles contractuels indivisibles a mis en lumière le phénomène d'objectivation à l'œuvre dans ces domaines. La volonté des parties n'y apparaît plus comme le critère subjectif essentiel de caractérisation du vice du consentement dans un cas ou de l'indivisibilité contractuelle dans l'autre. Elle se trouve concurrencée par la nécessité d'appréhender les déséquilibres contractuels au moyen de critères plus objectifs. L'erreur sur la rentabilité économique, l'abus de dépendance ou bien encore le dol se dotent ainsi d'une fonction autonome de sanction des déséquilibres contractuels traduisant un délitement du lien qu'il est habituel de tracer entre vice du consentement et analyse de la volonté. L'étude de la volonté des parties ne disparaît pas, mais elle se déduit de critères objectifs tels que le contenu du contrat, son économie générale, et l'existence d'un déséquilibre manifeste. C'est au demeurant de la réunion de ces critères que dépend l'efficacité de ces outils. La consécration de principes exclusivement objectifs et trop rigides participerait — comme cela fut le cas en matière d'ensemble contractuel indivisible — à une désincarnation de la sanction des déséquilibres contractuels impropre à produire les effets escomptés.

174. Ce mouvement d'objectivation des critères d'identification des déséquilibres contractuels tend à rapprocher le droit commun des contrats du droit de la concurrence et plus particulièrement des pratiques restrictives. Il permet de contextualiser le contrat dans son environnement économique en identifiant un marché pertinent et en s'attachant à décrire sa structure. Dans cette perspective, le cocontractant est envisagé comme un concurrent susceptible d'abuser de sa puissance économique au détriment de l'autre partie. Cette convergence des disciplines demeure néanmoins limitée dans ses effets. Alors que le droit de la concurrence appréhende les relations commerciales sous l'angle du marché, le droit des contrats repose fondamentalement sur une appréciation relative du déséquilibre à l'échelle des parties. Il ne s'agit pas en conséquence de voir se superposer les disciplines mais plutôt de constater l'exercice d'une influence réciproque participant au dynamisme des concepts utilisés. Le déséquilibre significatif incarne à cet égard la convergence des matières. Standard juridique de l'équilibre contractuel, le déséquilibre significatif synthétise l'apport des disciplines « économiques » en droit commun des contrats.

Chapitre 2 : La généralisation du déséquilibre significatif

175. Ignorée du droit des pratiques restrictives de concurrence jusqu'en 2008, la notion de déséquilibre significatif connaît aujourd'hui un succès sans précédent⁵⁴² et alimente une jurisprudence abondante. Formellement inspirée de la lutte contre les clauses abusives en matière de consommation⁵⁴³, la notion n'en est pas moins distincte sur le fond. Ses conditions de mise en œuvre, les objectifs qu'elle s'assigne et les incertitudes qu'elle nourrit quant à la nature de l'action qui y est attachée font de cette notion un objet d'étude particulièrement fécond. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 10 février 2016 se fait l'écho de cet intérêt dès lors qu'elle sanctionne dans un article 1171, les clauses qui, dans un contrat d'adhésion, créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. « Tigre de papier » ou véritable révolution, les auteurs semblent partagés sur la portée de cette innovation. Et pour cause, le champ d'application de cet outil dépend directement de l'articulation de ce dispositif avec son homonyme concurrentiel. La généralisation du déséquilibre significatif suppose en conséquence d'établir les points de convergence et de divergence de ces dispositifs. La tâche n'est pas aisée et fait apparaître au demeurant un effet de superposition. « Empiètement-débordement »⁵⁴⁴ ou « empiètement-conquête »⁵⁴⁵, le déséquilibre significatif subvertit assurément la matière contractuelle en brouillant les lignes de démarcation de chacune des disciplines envisagées.

176. L'étude attentive des décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dessine néanmoins les contours de la notion et révèle en négatif le champ d'application que pourrait investir l'article 1171 du Code civil. À la crainte d'une cohabitation conflictuelle succède alors la possibilité d'une cohabitation salubre permettant d'assurer un contrôle objectif de l'équilibre contractuel cohérent servi par une règle de conflit prévisible.

⁵⁴² Succès auprès des justiciables puisque le déséquilibre significatif est aujourd'hui la première pratique restrictive invoquée en justice, V. le bilan des décisions judiciaires rendues en application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce pour la période du 1^{er} janv. Au 31 déc. 2016, établi par la Faculté de droit de Montpellier, spéc. p. 45 : « La soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif représente toujours la pratique restrictive la plus invoquée par les plaideurs, après la rupture brutale des relations commerciales établies » (disponible sur le site internet de la CEPC). Ce bilan montre que le déséquilibre significatif est aujourd'hui la pratique restrictive de concurrence la plus invoquée par les acteurs économiques, la rupture brutale des relations commerciales établies se situant en deuxième position. Le taux d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com. est par ailleurs en augmentation d'une année sur l'autre, spéc. p. 3.

⁵⁴³ Article L. 212-1 alinéa 1 du C. consom.

⁵⁴⁴ M. Chagny, L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat, *RDC* 2004, n°3, p. 861.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

Le déséquilibre significatif concurrentiel (Section 1) et son « double » de droit commun (Section 2) incarnent l'effort d'objectivation du contenu contractuel et questionnent les fondements théoriques et axiologiques d'une telle démarche.

Section 1 : Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce)

177. Le déséquilibre significatif fait l'objet depuis son arrivée dans le Code de commerce de toutes les attentions, mais aussi de toutes les interrogations⁵⁴⁶. Il suscite en effet la curiosité devant la tâche qu'il s'offre d'accomplir. Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties figure à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce parmi les treize pratiques restrictives de concurrence présentées sous la forme d'un inventaire fouillis. Néanmoins, le déséquilibre significatif présente immédiatement un attrait particulier en raison de son champ d'application et du but qu'il se fixe : identifier et sanctionner les déséquilibres significatifs entre partenaires commerciaux. Présenté par les pouvoirs publics comme un outil de rééquilibrage des rapports contractuels au sein de la grande distribution⁵⁴⁷, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce nourrit une ambition plus grande : devenir le mécanisme de droit économique⁵⁴⁸ privilégié du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Sa filiation commune avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation (§1) dote les deux homonymes d'une proximité textuelle et fonctionnelle, que l'autonomisation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce conduit néanmoins à relativiser (§2).

§1. La filiation consumériste affichée du déséquilibre significatif

178. La filiation consumériste du déséquilibre significatif du Code de commerce s'est manifestée de manière franche à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel du 13

⁵⁴⁶ V. notamment les interrogations de M. Chagny, L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.* 2011, p. 392 ; ou la critique plus radicale de C. Lucas de Leyssac, M. Chagny, Le droit des contrats, instruments d'une forme nouvelle de régulation économique ? *RDC* 2009, 1268 ; M. Behar-Touchais, Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? » *RLC* 2010/23, p. 43 et s.

⁵⁴⁷ <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-vote/loi-du-4-aout-2008-modernisation-economie.html>

⁵⁴⁸ E. Mouial Bassilana, Déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, *JurisClasseur Concurrence-consommation*, fascicule 730, juill. 2015, n°19 et 20.

janvier 2011 (I) dont les implications pratiques font douter de la parfaite identité des notions (II).

I. La décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011

179. La filiation consumériste du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce avec celui de l'article L. 212-1 du Code de la consommation s'impose par la seule homonymie de ces instruments. La première de ces marques d'affiliation avec le Code de la consommation était pour le moins franche puisqu'il s'agissait d'une décision du Conseil constitutionnel⁵⁴⁹ faisant suite à la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Établissement Darty et fils relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La société établissement Darty estimait en effet que l'article L. 442-6, I, 2° portait atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dès lors que la prescription sanctionnée n'était pas suffisamment claire. La question prioritaire de constitutionnalité était d'autant plus importante que le leader européen des centrales d'achats EMC Distribution intervenait volontairement à l'instance ainsi que le numéro un de la grande distribution en Europe représenté par les sociétés Carrefour France et Carrefour Hypermarchés.

180. Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme au principe de légalité des délits et des peines la disposition susvisée en énonçant que « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ». Cette motivation est particulièrement riche dès lors qu'elle affirme dans un premier temps que cet instrument juridique a bien été mis en place pour lutter contre les déséquilibres entre fournisseurs et distributeurs, et dans un second temps qu'elle doit être interprétée par référence au déséquilibre entre les droits et obligations des

⁵⁴⁹ Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

parties tel qu'il figure à l'article L. 212-1 du Code de la consommation et tel que la jurisprudence le définit⁵⁵⁰. Cela n'est pas sans soulever des interrogations. Les implications pratiques de la décision rendue par le Conseil constitutionnel révèlent en effet une *ratio legis* différente selon que l'on se situe sur le terrain du Code de commerce ou sur celui du Code de la consommation.

II. Les implications pratiques de la décision rendue par le Conseil constitutionnel

181. La solution du Conseil constitutionnel emporte un certain nombre d'implications pratiques qui méritent d'être précisées. Si le déséquilibre significatif doit être analysé en se référant à son homonyme consumériste, alors la définition que l'on peut en donner s'étoffe considérablement. Cela signifie en effet que le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce 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. Cela signifie également que le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. Enfin, la décision du Conseil constitutionnel conduit à appréhender ce déséquilibre à la lumière des listes « noires » et « grises » intégrées aux articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation par la loi du 4 août 2008, lesquels définissent 12 clauses « noires » présumées abusives de manière irréfragable et 10 clauses « grises » simplement présumées abusives.

182. Cette interprétation est confortée par le Conseil constitutionnel qui prend soin de préciser que la notion de déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce s'attache à sanctionner les pratiques commerciales abusives dans les rapports entre fournisseur et distributeur. Il s'agirait ainsi d'appliquer au domaine de la grande distribution le schéma consumériste de protection du consommateur. Cela reviendrait à placer

⁵⁵⁰ Ch. Jamin souligne le glissement du droit spécial de la consommation vers le futur droit commun des contrats. Un droit européen des contrats ? *in* Le droit privé européen, *Economica*, 1998, p. 42 : « Il n'est pas impossible de penser que le droit engendré par ces multiples directives aboutira à plus ou moins long terme, et par touches successives, à un renversement du modèle de référence en matière contractuelle : l'exception ne sera plus alors le droit de la consommation, mais ce que nous avons encore l'habitude d'appeler le droit commun. »

le fournisseur dans une situation de faiblesse objective à l'égard de son distributeur comme le fait le Code de la consommation pour le consommateur⁵⁵¹ ou le non professionnel⁵⁵² à l'égard du professionnel. Le dispositif serait ainsi figé par la prédétermination d'un rapport de force déséquilibré entre fournisseur et distributeur au détriment du fournisseur.

183. Cette approche mérite d'être nuancée dans la mesure où les rapports commerciaux entre ces deux catégories de cocontractants ne sont en réalité pas aussi manichéens que cette décision pourrait le laisser croire. La puissance économique de certains acteurs commerciaux emporte dans bien des cas des déséquilibres contractuels au moins aussi flagrants que ceux qui affectent les relations entre fournisseurs et distributeurs. Penser que l'on peut appliquer au monde des affaires un outil juridique de protection d'une catégorie de contractants par définition faibles peut paraître inadapté tant la philosophie du droit commercial est étrangère à ce type de raisonnement. S'il est exact que la plupart des grands distributeurs profitent de leur pouvoir pour imposer à leurs fournisseurs des conditions de vente qui leur sont défavorables, il n'en reste pas moins que certains fournisseurs internationaux bénéficient aujourd'hui d'une puissance économique comparable à celle de grands groupes, dans le même temps que certains distributeurs se trouvent dans une situation de dépendance économique comparable à l'égard de leurs fournisseurs. Certains auteurs récusent à cet égard la soumission du fournisseur dont le Conseil constitutionnel semble se faire l'écho, en indiquant qu'en présence de grands fournisseurs tels que *Nestlé* ou *Coca cola* il serait injuste de faire peser sur ces derniers une présomption de soumission qui reviendrait à leur conférer un avantage concurrentiel⁵⁵³. Cette lecture du dispositif prévu par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est dès lors pas satisfaisante et conduit à soutenir une identité distinctive de cet outil.

⁵⁵¹ Art. L. 212-1 C. consom.

⁵⁵² Art. L. 212-2 C. consom.

⁵⁵³ M. Behar-Touchais, Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n°3 p. 411 : « Ce n'est pas parce que la présomption de soumission du fournisseur au grand distributeur est réaliste dans 97 ou 98 % des cas, qu'il faut sacrifier la liberté contractuelle dans les 3 % restants, et donner un avantage concurrentiel indu aux quelques fournisseurs qui ont négocié d'égal à égal avec le grand distributeur et qui seront néanmoins indemnisés ! C'est en ce sens qu'une présomption dogmatique de soumission du fournisseur au grand distributeur nous paraît néfaste. »

§2. L'identité distinctive du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

184. La jurisprudence récente témoigne d'un mouvement d'autonomie du déséquilibre significatif. L'identité distinctive de cet outil transparaît tant dans son champ d'application (I) que dans ses conditions de mise en œuvre (II).

I. Le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce

Le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° doit être précisé tant *rationae personae* (A) que *rationae materie* (B).

A. Le champ d'application *ratione personae*

185. *Ratione personae* le déséquilibre significatif s'applique à « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » qui soumet ou tente de soumettre un « partenaire commercial » à des obligations créant un déséquilibre significatif. L'une des premières difficultés a consisté à donner une assise à la notion de « partenaire ». Faut-il y voir le signe d'une relation d'affaires antérieure et régulière ou cette notion permet-elle d'inclure une relation contractuelle ponctuelle ? Sur ce point la Cour d'appel de Douai a considéré, dans un arrêt du 13 septembre 2012, que la notion « vise de façon générale les partenaires commerciaux, sans instaurer la moindre réserve concernant la nature ou la forme de leurs relations »⁵⁵⁴. Néanmoins, la Cour d'appel de Nancy a, dans un arrêt du 14 février 2013⁵⁵⁵, indiqué que le partenaire commercial s'entendait du « professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans les activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus étroite de cocontractant ». La Cour d'appel de Lyon retient pour sa part une définition plus stricte du partenaire commercial. Dans un arrêt

⁵⁵⁴ CA Douai, ch. 2, section 1, 13 sept. 2012 n°12/02832.

⁵⁵⁵ CA Nancy, 14 février 2013 n° 12/00378. V. dans le même sens CA Douai, 3 juill. 2014, n° 13/04060.

du 16 mai 2013⁵⁵⁶, la Cour d'appel de Lyon a précisé que cette notion supposait que les parties aient entretenu une relation antérieurement à la conclusion du contrat litigieux, « de quelque nature qu'elle soit ». Un an auparavant, la même Cour d'appel avait estimé que cette notion supposait une continuité relationnelle laquelle n'était pas caractérisée lorsque « les parties [sont] seulement liées par deux contrats ponctuellement souscrits pour le financement d'équipements particuliers de surveillance ⁵⁵⁷ ».

186. L'adjectif commercial suscite, lui aussi, des divergences jurisprudentielles qui renforcent l'incertitude attachée à la notion de déséquilibre significatif. La Cour d'appel de Paris⁵⁵⁸ a ainsi considéré qu'une SCM d'avocats est bien un partenaire commercial, tandis que la Cour d'appel de Nancy a refusé d'appliquer ce qualificatif à la relation contractuelle d'un bailleur avec son locataire⁵⁵⁹. La lecture des avis rendus par la commission d'examen des pratiques commerciales fait apparaître certains critères dans l'identification du « partenaire commercial ». La commission précise, dans son avis en date du 22 janvier 2015⁵⁶⁰, que « s'agissant de la notion de “partenaire commercial” visée par le texte, elle implique un examen concret de la relation et de l'objet du contrat. En l'espèce, le contrat s'inscrit dans la durée (48 mois aux termes de l'article 2) ; il est destiné à développer l'activité des professionnels signataires de sorte que la notion de partenariat est présente. Des avis antérieurs de la CEPC ont retenu l'application de l'article L. 442-6, I, 2° en matière de relations contractuelles entre hôteliers et centrales de réservation (avis n° 13-10), ou en cas de relations de sous-traitance (avis n° 14-06). » Il s'agissait en l'espèce de contrats à durée

⁵⁵⁶ Lyon, ch. civ. 1^{ère}, A, 16 mai 2013, n°11/07152.

⁵⁵⁷ Lyon, ch. civ. 1^{ère}, A, 10 mai 2012, n°10/08302.

⁵⁵⁸ Paris, Pôle 5, Chambre 11, 7 juin 2013, n° 11/08674. V. aussi, CEPC Avis n°16-3 du 14 janvier 2016, relatif à une demande d'avis portant sur les pratiques contractuelles de deux sociétés en matière d'équipement de publipostage. La Commission y admet l'application de l'article L. 442-6, I, 2° à un GIE de médecins libéraux dans les termes suivants : « Concernant la recevabilité de la demande et l'application des règles du Code de commerce à des médecins libéraux, il convient de remarquer qu'une difficulté existe dans la mesure où le client est un GIE de médecins libéraux, c'est-à-dire d'acteurs qui n'ont pas le statut de commerçants et qui ne peuvent bénéficier de l'application du texte. Nous rappellerons toutefois que l'article L442-6-I, 5° du Code de commerce a été appliqué par le passé à des architectes (arrêt de 2008) ou encore que deux arrêts ont admis l'application de l'article L. 442-6-I, 2° à une société civile de moyens d'avocats (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juin 2013) et à propos de relations entre des avocats (arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 24 avril 2012). Au regard de ces jurisprudences, il paraît donc utile de considérer que pour bénéficier du texte de l'article L. 442-6-I, 2° du Code de commerce, il doit s'agir d'un partenaire commercial. La saisine semble de ce point de vue recevable. »

⁵⁵⁹ Nancy, 2^e ch. civ, 31 mai 2012, n°09/2012.

⁵⁶⁰ CEPC Avis n°15-03 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création de site internet, 22 janv. 2015. V. cependant l'avis n°15-21 du 21 mai 2015, relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises, qui semble pour sa part ignorer la condition relative à l'existence d'un partenaire commercial.

déterminée de 48 mois, renouvelables par tacite reconduction, signés par « 7 jeunes diplômés souhaitant s'installer comme podologues » pour la création de sites web destinés à développer leur activité professionnelle par la société A.

187. Le partenaire commercial serait donc celui avec lequel l'auteur de la pratique incriminée entretient une relation contractuelle durable destinée à développer une activité donnée. Cela exclurait par conséquent les relations contractuelles ponctuelles dont l'objet ne consiste pas à organiser et/ou à développer une activité commerciale. La notion de partenariat est ici entendue comme une relation contractuelle dans laquelle chaque partie participe à un objectif commun⁵⁶¹. La Cour d'appel de Paris⁵⁶² et sa suite celle d'Aix en en Provence⁵⁶³, sont venues distinguer à cet effet le « partenaire commercial » du « simple cocontractant ». Dans son arrêt en date du 29 septembre 2017, la Cour d'appel de Paris⁵⁶⁴ a refusé de faire application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce à une société prestataire en se fondant sur une démonstration très riche de la notion de partenariat commercial. La société en question avait conclu des contrats de location avec plusieurs clients au terme desquels cette société s'engageait à mettre à disposition un site internet pour une durée « fixe, indivisible et irrévocable⁵⁶⁵ » de 48 mois. Malgré le caractère apparent de durée de la relation contractuelle la Cour d'appel de Paris considère qu'« un partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant. »

⁵⁶¹ Il convient néanmoins de signaler l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 21 novembre 2011 dans l'affaire opposant la SA Tôlerie Chaudronnerie Mécanique (T.C.M.) à la SA Delmond. La Cour d'appel a retenu ici l'application de l'article L. 442-6, I, 2° alors qu'il s'agissait d'une société de négoce de foie gras qui avait acheté une semi-remorque, laquelle ne lui avait pas été livrée dans le délai mentionné sur le bon de commande⁵⁶¹. Il semble en l'espèce que les parties n'entretenaient pas de relations d'affaires, le contrat litigieux faisant figure de contrat ponctuel. Cette décision doit être prise avec précaution dans la mesure où elle ne retient qu'implicitement l'application de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce.

⁵⁶² CA Paris, pôle 2, ch. 2, 6 mars 2015, n° 13/20879, Laurent X c/ Sté Parfip France, *CCE* 2015, comm. 41, note G. Loiseau à propos d'un contrat de location de site web auprès d'un établissement : « Laurent X ne peut utilement invoquer l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce aux relations contractuelles unissant les parties dès lors que le contrat de location régissant leurs rapports ne fait pas de M. X, conseil en gestion de patrimoine, un partenaire économique de la société Parfip France, société spécialisée dans le financement de biens d'équipement dédiés aux professionnels, au sens de ces dispositions mais un simple cocontractant, locataire pour ses besoins professionnels d'un site internet par ailleurs fourni par la société Web Ipro ».

⁵⁶³ CA Aix-en-Provence, 11e ch. B, 10 mars 2016, n° 2016/140, *JurisData* n° 2016-008150, *CCC* n° 6, Juin 2016, comm. 141, commentaire M. Malaurie-Vignal.

⁵⁶⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 27 sept. 2017, n° 16/00671, *AJCA* 2017, p.535, obs. N. Eréséo.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

Cette condition n'était, selon elle, pas remplie en l'espèce puisqu'il s'agissait « d'opérations ponctuelles à objet et durée limités, de cinq ans, n'engendrant aucun courant d'affaires stable et continu entre les parties ». La Cour d'appel souligne encore qu'« aucune réciprocité autour d'un projet commun ne réunit les cocontractants. » Cette appréciation extrêmement sévère du partenariat commercial suppose donc de faire la preuve d'un « projet commun » que les seules obligations réciproques des cocontractants ne caractérisent pas⁵⁶⁶. Cela était d'autant plus sévère que l'opération de location financière implique par sa nature même la collaboration de plusieurs parties dans la perspective d'un projet commun, les obligations de chacun étant déterminées par les obligations des autres. La Cour d'appel n'a, semble-t-il, pas entendu cela de la même oreille et précise que « l'indissociabilité des deux contrats n'est pas davantage de nature à inscrire la relation des parties dans la notion de partenariat. » Le verdict est sévère et peut sembler contrevenir à l'objectif poursuivi par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, dans la mesure où cette décision fait échapper un contentieux très important du champ de cet article. Une explication peut cependant être trouvée. Il s'agit peut-être de l'introduction par l'ordonnance du 10 février 2016 de l'article 1186 dont l'objet est précisément de remédier au déséquilibre induit par la disparition d'un contrat appartenant à une opération d'ensemble⁵⁶⁷. Ce nouvel article fait donc entrer les débats relatifs aux clauses de divisibilité dans son giron, et peut justifier, en ce sens, que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° en soient cocomitamment exclues. Pour autant, l'arrêt du 29 septembre 2017 démontrait que les déséquilibres produits par des opérations de location financière ne sont pas limités aux clauses de divisibilité. Plusieurs des demandeurs invoquaient ici des clauses qui subordonnaient la résiliation du contrat au paiement d'indemnités prohibitives⁵⁶⁸. Ces

⁵⁶⁶ La Cour d'appel de Paris ajoute : « En définitive, si la société Cometik s'engage à louer un site qu'elle a installé et dont elle s'engage à effectuer la maintenance, la société cocontractante ne fait que s'acquitter de ses loyers, de sorte qu'aucune réciprocité ou accord autour d'un projet commun n'en ressort. La circonstance alléguée par le ministre selon laquelle les sites Internet peuvent être qualifiés d'œuvres de collaboration, ne suffit pas en soi à caractériser la notion de partenariat, la collaboration du client se limitant en l'espèce à l'établissement du cahier des charges, en amont du contrat. De même, le fait que le fournisseur se soit engagé à fournir une prestation à exécution successive, à savoir la maintenance du site, que cette prestation soit accessoire ou essentielle, est indifférent à la caractérisation de la notion, puisqu'il s'agit encore d'une obligation à la charge du fournisseur. En outre, le fait que la société Cometik présente le projet à ses clients comme un « partenariat » ne peut davantage emporter la conviction, la qualification donnée à des relations commerciales par les parties n'étant pas suffisante et seule la réalité contractuelle devant être examinée. »

⁵⁶⁷ Cf. *infra* n°555.

⁵⁶⁸ L'article 16. 3 des conditions générales de vente prévoyait que « suite à une résiliation, le client devra restituer le site Internet comme indiqué à l'article 17. Outre cette restitution, le client devra verser au cessionnaire : une somme égale au montant des échéances impayées au jour de la résiliation majorée d'une clause pénale de 10 % et des intérêts de retard ; une somme égale à la totalité des échéances restant à courir jusqu'à la fin du contrat majorée d'une clause pénale de 10 % sans préjudice de tout dommages et intérêts que le client pourrait devoir au cessionnaire du fait de la résiliation ».

dernières auraient en conséquence pu être utilement sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

188. Il semble donc que la notion acquiert une certaine stabilité⁵⁶⁹ et se cristallise autour d'une acception spécifique de la notion de partenaire commercial entendu comme la relation durable traduisant la volonté des parties d'effectuer ensemble une activité de distribution, de production ou de service. Cela limite en conséquence le périmètre d'application de ce texte de manière opportune, dans le même temps que le champ d'application *ratione materiae* vient encore préciser les contours de la notion.

B. Le champ d'application *ratione materiae*

189. *Ratione materiae* l'article L. 442-6, I, 2° vise toutes les obligations sans distinguer d'obligations ou de contrats particuliers. Néanmoins les juridictions ont eu l'occasion depuis 2014 d'écarter un certain nombre de contrats du champ d'application de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce et d'en inclure d'autres⁵⁷⁰. Le contrat liant une société de courtage d'assurances à une société d'assurances⁵⁷¹ a ainsi été écarté du champ d'application de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 11 septembre 2014 est également venu préciser que la mise à disposition d'emplacements commerciaux entrainait dans le champ d'application du déséquilibre significatif dès lors que le contrat en question n'était pas soumis au statut des baux commerciaux⁵⁷². Cette solution considèrerait ainsi que le statut applicable aux baux commerciaux faisait obstacle à l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

190. Cette décision semblait néanmoins remise en cause par l'arrêt de la Chambre commerciale en date du 16 octobre 2016⁵⁷³ publié au bulletin. Bien que l'arrêt traitait

⁵⁶⁹ CA Lyon, 13 mars 2014, n° 12/06585, même solution CA Aix-en-Provence, 13 février 2014, n° 12/21625 ; CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453 ; CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427.

⁵⁷⁰ T. com. Paris 20 mai 2014, n° 2013070793, *GALEC* ; CA Paris, 1er octobre 2014, n° 13/16336, Carrefour ; CA Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059.

⁵⁷¹ CA Paris, 11 mars 2014, n° 13/11938 « Que l'article L 442-6-I dont elle se prévaut encore régit les pratiques restrictives de concurrence, que ces dispositions sont donc inopérantes dans le présent litige entre un courtier et l'assureur auquel il confie la gestion de son portefeuille ».

⁵⁷² CA Paris, 11 septembre 2014, n° 12/19041.

⁵⁷³ Com. 18 oct. 2016, *L'Essentiel Droit des contrats*, 2017, n°1, p. 3, obs. M. Caffin-Moi. La Cour de cassation a admis la compétence du TGI pour connaître des conditions de la négociation pour le renouvellement du bail,

formellement d'une question de compétence, il semblait admettre, implicitement, l'application du déséquilibre significatif en matière de baux commerciaux. Il s'agissait ici de la célèbre enseigne H&M, preneuse d'un bail commercial pour lequel elle avait notifié une demande de renouvellement à la société bailleusesse, demande qui avait échoué compte tenu du désaccord des parties sur le montant du loyer renouvelé. La société bailleusesse avait donc choisi d'exercer son droit d'option conformément à l'article L. 145-14 alinéa 1 du Code de commerce, lui permettant de refuser le renouvellement du bail moyennant le paiement d'une indemnité d'occupation au bénéfice du preneur. Invoquant une rupture fautive des négociations relatives au renouvellement de son bail, et reprochant à la bailleusesse d'avoir tenté de la soumettre à un déséquilibre significatif à l'occasion de ces négociations, la société H&M avait assigné la bailleusesse devant le tribunal de commerce de Paris en réparation de ces préjudices, lequel s'était déclaré incompétent au profit du tribunal de grande instance de Paris. Bien que l'attendu se prononçait sur la compétence du Tribunal de grande instance pour connaître des conditions dans lesquelles les négociations avaient été menées et le droit d'option de la bailleusesse exercé, la Chambre commerciale semblait ne pas fermer définitivement la porte à l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en matière de baux commerciaux⁵⁷⁴. C'était néanmoins sans compter sur l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, le 15 février 2018, au terme duquel la Cour a affirmé sans détour que « seules les activités de production, de distribution ou de services entrent dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁵⁷⁵ ».

191. La réponse est donc claire : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne saurait être invoqué à l'occasion d'un litige portant sur un bail commercial. Cette solution était prévisible dans la mesure où la Cour d'appel de Paris avait, le 17 mai 2017⁵⁷⁶, refusé d'appliquer cet article considérant que les relations entre le bailleur et son preneur ne

cette étude étant indispensable avant de connaître des deux demandes indemnitaires, tant pour faute à l'occasion des négociations sur le renouvellement du bail commercial que pour le déséquilibre significatif.

⁵⁷⁴ Com. 18 oct. 2016 préc. : « La solution du litige nécessitait l'examen préalable des conditions dans lesquelles avait été exercé le droit d'option conféré au bailleur par l'article L. 145-57 du code de commerce [de telle sorte que] la cour d'appel a retenu à bon droit que le litige requerrait une appréciation du respect du statut des baux commerciaux, qui relève de la compétence du tribunal de grande instance ». La Cour de cassation ajoutait alors que l'article L. 442-6, III du code de commerce « attribue compétence aux juridictions civiles comme aux juridictions commerciales la connaissance des litiges relatifs à l'application de cet article », n'excluant pas, ainsi, l'hypothèse d'une application de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com.

⁵⁷⁵ Civ. 3^{ème} 15 févr. 2018 17-11.329 (n° 171 FS-P+B+I).

⁵⁷⁶ CA Paris Pôle 5 - Chambre 3, 17 mai 2017, n° 16/18042.

caractérisaient pas un partenariat commercial⁵⁷⁷. Cela semble particulièrement critiquable dans le cas des centres commerciaux pour lesquels les parties participent à un objectif commun de réussite du centre commercial⁵⁷⁸. Si la Cour de cassation procède par la voie d'une affirmation plus générale, ces solutions sont sujettes à critiques. La mise à l'écart des baux commerciaux du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce fait échapper des situations de déséquilibre manifeste lorsque le bail est conclu entre des partenaires de puissance inégale. Les clauses des bailleurs commerciaux témoignent à cet égard d'une inventivité infinie⁵⁷⁹. C'est le cas notamment des clauses dites de « *lease-back* »⁵⁸⁰ ou des clauses par lesquelles le bailleur s'exonère de toute responsabilité en cas de désertification du centre commercial⁵⁸¹. Il faut ajouter à cela les clauses de non-concurrence très lourdes⁵⁸² qui pèsent sur certains preneurs et celles permettant au bailleur de procéder à des travaux à tout moment sans indemnité pour le preneur⁵⁸³. Les effets produits par ces clauses sont souvent terribles pour le preneur sans que celui-ci ne dispose des moyens juridiques lui permettant de voir ces clauses sanctionnées⁵⁸⁴. Il faut donc en appeler à

⁵⁷⁷ *Ibid* : « Qu'il est constant que le bailleur est propriétaire de l'infrastructure du centre commercial et que le loyer dépend, pour une part minime, du chiffre d'affaires réalisé par le preneur ; mais que ces faits ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un partenariat commercial entre bailleur et preneur ».

⁵⁷⁸ F. Auque, Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ? *AJDI* 2007, 736.

⁵⁷⁹ F. Auque, Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif, Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété* n° 10, Octobre 2016, dossier 11.

⁵⁸⁰ La clause de *lease-back* permet au bailleur de vendre le local commercial en cours de contrat à une société de crédit-bail dans le but que celle-ci le lui loue une fois la vente réalisée. Cela permet au preneur de faire rentrer des fonds rapidement tout en ayant l'assurance que le crédit bailleur lui revendra le bien par la suite.

⁵⁸¹ Ces clauses ont généré un contentieux important. Certains preneurs ont assigné leur bailleur sur le fondement de l'article 1719 C. civ. sans succès, la Cour de cassation considérant que « le bailleur n'est pas tenu d'assurer le maintien d'un environnement commercial favorable au preneur. Il est seulement tenu, en l'absence de stipulations particulières, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée. » V. Civ. 3e, 11 mai 1995, *BRDA* 1995, n° 10 ; Civ. 3e, 12 juill. 2000, Bull. civ. III, n° 137, *D.* 2000. AJ. 337, obs. Y. Rouquet ; *Loyers et copr.* 2000, n° 274, obs. Ph.-H. Brault ; Civ. 3e, 19 déc. 2000, *AJDI* 2001. 420 ; Civ. 3e, 13 juin 2001, Bull. civ. III, n° 78, *D.* 2001. Somm. 3524, obs. L. Rozès ; *Gaz. Pal.* 2002. 1. Somm. 521, obs. J.-D. Barbier ; Civ. 3e, 24 sept. 2002, *AJDI* 2002. 851, obs. S. Beaugendre. Néanmoins, la troisième Chambre civile Civ. 3e, 4 mai 2006, *D.* 2006. AJ. 1454, obs. Y. Rouquet, a considéré que « le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par les autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation ».

⁵⁸² Dans les baux commerciaux portant sur des locaux situés dans des centres commerciaux ces clauses consistent le plus souvent à interdire au preneur de ne pas créer, exploiter, donner à bail, ou prendre des parts dans une société exploitant un fonds de commerce de même nature ou de nature voisine non seulement dans le centre commercial mais également à l'extérieur dans un certain périmètre, et cela sans contrepartie.

⁵⁸³ F. Auque, Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif, Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété* n° 10, Octobre 2016, dossier 11 : « ces clauses relatives à la chose louée, permettant au bailleur d'effectuer toute catégorie de travaux, de modifier le bien, ses accessoires, son environnement, voire de le transférer, le tout sans indemnité, quelle que soit la durée des travaux. »

⁵⁸⁴ F. Auque, Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ? *AJDI* 2007, 736. L'auteur s'interroge ainsi sur le caractère essentiel de l'obligation du bailleur d'assurer la commercialité : « Ne faut-il pas aller plus loin et reconnaître que l'obligation d'assurer la commercialité constitue un engagement essentiel dont le bailleur de centre commercial ne pourrait valablement se décharger ? » C'est en tout cas ce que laissent penser certaines décisions V. en particulier Com. 8 févr. 2005, pourvoi n° 01-17.097. Ici le bailleur avait ouvert un

l'article 1171 du Code civil qui s'impose comme un fondement juridique adéquat dans ces circonstances. Cela supposera, néanmoins, de démontrer l'existence d'un contrat d'adhésion, constituant un frein supplémentaire dans l'admission du déséquilibre significatif⁵⁸⁵.

192. En dehors de ces domaines, les juges du fond ont considéré notamment que des contrats d'acquisition et de maintenance d'un robot de traite⁵⁸⁶, de crédits-baux portant sur des véhicules⁵⁸⁷, d'un contrat de licence d'exploitation de site Internet⁵⁸⁸, ou bien encore d'un contrat de commercialisation de production musicale⁵⁸⁹ entraînent dans le champ d'application *ratione materiae* du déséquilibre significatif. Les juges ne semblent donc pas limiter le domaine d'application de cet outil aux relations d'affaires propres à la grande distribution. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 juin 2013 mérite que l'on s'y attarde dès lors que les juges y retiennent le déséquilibre significatif dans le cadre d'un contrat de location financière portant sur un photocopieur⁵⁹⁰. Une SCM de sept avocats avait conclu un contrat de location financière de 64 mois avec la société GE Capital équipement finance portant sur un photocopieur. Cette dernière avait acheté l'équipement au fournisseur, la société Netmakers. Suite à de nombreux dysfonctionnements, la SCM avait résilié le contrat de location longue durée et assigné les sociétés Netmakers et GE Capital en résolution du contrat de vente aux torts exclusifs de Netmakers et en résiliation du contrat de location longue durée conclu avec GE Capital. Le contrat de location contenait une clause d'indemnité due par le locataire en cas de résiliation par le bailleur pour non-paiement des loyers. L'article 6,3 alinéa 2 précisait ainsi que « dans le cas où le contrat est résilié consécutivement à la résolution ou l'annulation du contrat de vente, pour quelque cause que ce soit, le locataire ayant choisi le matériel et le fournisseur doit régler au bailleur une indemnité HT égale à 10 % du montant total des loyers, majorée de tous frais engagés au titre de la location. En outre, le locataire est solidairement tenu avec le fournisseur du remboursement au bailleur du prix d'acquisition du matériel

second accès à son hypermarché qui entraîné une baisse de passage de la clientèle dans la galerie marchande. Plusieurs preneurs avaient donc assigné le bailleur qui se prévalait d'une clause limitative de responsabilité. La Cour a déclaré la clause en question inopposable et retenu un dol du bailleur.

⁵⁸⁵ Il faut noter que de nombreux baux commerciaux, particulièrement ceux portant sur des locaux situés dans des grands centres commerciaux, sont des contrats d'adhésion. C'est le cas des baux portant sur des emplacements « primes » qui désignent les emplacements habituellement réservés pour les grandes franchises de notoriété publique et qui appartiennent à des bailleurs institutionnels qui sont bien souvent des établissements crédits.

⁵⁸⁶ Poitiers, 11 janvier 2013, n° 11/04358.

⁵⁸⁷ CA Paris, 7 février 2013, n° 12/01230.

⁵⁸⁸ CA Nancy, 14 février 2013, n° 12/00378.

⁵⁸⁹ CA Paris, 22 mai 2013, n° 10/19022.

⁵⁹⁰ J.-L. Fourgoux, obs. sous CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, *Concurrences*, sept. 2013, n°3-2013, p. 96.

majoré des intérêts, sans préjudice de tous autres dommages-intérêts ». Les juges considèrent que si cette clause n'est pas abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui n'a pas vocation à s'appliquer puisque le contrat de location a été souscrit pour les besoins de l'activité professionnelle du cabinet d'avocats, l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce permet de la réputer non écrite. Les juges ont estimé que cette clause créait un déséquilibre significatif dans la mesure où le locataire n'avait commis aucune faute dans l'achat du matériel lequel s'était révélé, par la suite, impropre à l'usage auquel il le destinait. Cet arrêt isolé était important puisqu'il retenait l'existence d'un déséquilibre significatif en matière de contrat de location financière. Plus exactement, ce contrat considérait que le contrat de location financière entraînait bien dans le champ d'application *ratione materiae* du déséquilibre significatif. Il faut néanmoins démontrer que le champ d'application *ratione personae* est lui aussi bien respecté. Cela suppose selon la Cour d'appel de Douai⁵⁹¹ de caractériser l'existence d'un « partenariat en continu, sans lien avec une opération ponctuelle ». Cela semblait donc indiquer que seules les opérations de location financière de longue durée étaient susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°.

193. La décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 26 septembre 2017⁵⁹² semble néanmoins porter un coup d'arrêt à ces décisions. L'arrêt intervenait dans le contexte suivant : La société Cometik proposait à des professionnels la création de sites Internet dans le cadre d'un contrat d'une durée de 48 mois. Le client avait la possibilité de signer un contrat d'abonnement de site Internet et un contrat de licence d'exploitation de site Internet. Le contrat de licence d'exploitation de site Internet prévoyait la possibilité, pour la société Cometik, de céder, par la suite le site Internet à un bailleur professionnel en l'occurrence la société Locam. L'élément notable ici était que la DGCCRF qui avait reçu de nombreuses plaintes relatives à ces opérations contractuelles avait mené une enquête avant que le ministre de l'Économie lui-même décide d'assigner les trois sociétés sur le fondement du déséquilibre significatif. La Cour d'appel de Paris refuse d'appliquer l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce au cocontractant qui avait le statut d'établissement de crédit au motif que « ne relèvent pas du code de commerce, mais des dispositions spécifiques du code monétaire et financier, la loi spéciale prévalant sur la loi générale. En effet, le législateur n'a pas étendu

⁵⁹¹ CA Douai, 3 juillet 2014, n° 13/04060.

⁵⁹² CA Paris, pôle 5, ch. 4, 27 sept. 2017, n° 16/00671, *AJCA* 2017, p.535, obs. N. Eréséo.

l'application des pratiques restrictives de concurrence aux organismes et activités bancaires et financières, l'extension étant limitée aux seules pratiques anticoncurrentielles du titre II ». Les dispositions spécifiques du Code monétaire et financier sont celles de l'article L. 511-4 qui dispose que les articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de commerce s'appliquent « aux établissements de crédit et aux sociétés de financement pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes ». La Cour d'appel de Paris en déduit donc, *a contrario*, que le Titre IV du Livre IV du Code de commerce ne s'applique pas aux opérations des établissements de crédit dont relevait ici le bailleur. Cette solution ne concernait en conséquence que le bailleur financier, la société Locam, filiale, du Crédit Agricole, qui bénéficiait de la qualité d'établissement de crédit sans viser les autres « partenaires commerciaux » qui avaient pris part à l'opération. Cette solution est importante puisqu'elle écarte du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce les bailleurs financiers qui disposent de la qualité d'établissement de crédit, alors même que les pratiques commerciales de ces derniers sont très régulièrement mises en cause, comme en attestait ici l'enquête menée par la DGCCRF. La Cour d'appel se fonde plus exactement sur l'adage *specialia generalibus derogant*⁵⁹³ dont l'application au cas d'espèce peut être remise en cause. Cette règle suppose en effet un conflit de règles de droit qui n'était pas caractérisé en l'espèce. La règle générale n'est ainsi écartée qu'à la condition qu'elle contredise la règle spéciale, c'est-à-dire « si elles sont incompatibles⁵⁹⁴ ». Cela n'était pas le cas en l'espèce dans la mesure où le texte visé se contentait d'introduire les articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de commerce dans son champ d'application sans pour cela en exclure l'article L. 442-6, I, 2°. Cette solution est par ailleurs critiquable dans la mesure où elle revient à faire une application distributive du déséquilibre significatif dans les opérations de location financière en fonction de la qualité du cocontractant. Les cocontractants qui n'ont pas la qualité d'établissement de crédit sont en effet soumis à la règle sur le déséquilibre significatif, dès lors que ces derniers sont bien des « partenaires commerciaux » au sens précédemment défini⁵⁹⁵.

194. On le voit donc, les juges du fond et la Cour de cassation ont façonné les contours du champ d'application du déséquilibre significatif tant *ratione materiae* que *ratione personae*. Le caractère résiduel des décisions retenant le déséquilibre significatif en dehors du domaine

⁵⁹³ La Cour d'appel précise en effet : « Ces activités ne relèvent pas du code de commerce mais des dispositions spécifiques du code monétaire et financier, la loi spéciale prévalant sur la loi générale. » Cf. *infra* n°258-266.

⁵⁹⁴ E. Savaux *op. cit.* spéc. n°382, p. 491.

⁵⁹⁵ Cf. *supra* n° 158.

de la grande distribution témoigne cependant de la volonté de circonscrire ce texte dans un périmètre limité. L'étude des conditions de mise en œuvre du déséquilibre significatif confirme une pratique « à deux vitesses⁵⁹⁶ » selon que l'on se situe ou non dans le domaine de la grande distribution.

II. Les conditions de mise en œuvre du déséquilibre significatif

195. Les conditions de mise en œuvre du déséquilibre significatif doivent, afin d'être comprises, être replacées dans les deux tendances autour desquelles s'organise le contentieux de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Il s'agit pour la première tendance du déséquilibre significatif invoqué dans les relations de la grande distribution (A), tandis que la seconde renvoie aux applications de cet article en dehors de ce domaine (B).

A. La mise en œuvre du déséquilibre significatif dans le domaine de la grande distribution

196. La place occupée par la grande distribution dans le contentieux de l'article L. 442-6, I, 2° est significative à tel point que certains y voient son champ d'application privilégiée si ce n'est exclusif. Depuis les assignations *Novelli*⁵⁹⁷ jusqu'aux arrêts plus récents de la Cour de cassation l'article L. 442-6, I, 2° manifeste en effet une grande efficacité en ce domaine. Cela s'explique d'une part par la configuration des marchés de ce secteur et de l'intérêt économique stratégique qu'y trouve l'État. La soumission ou tentative de soumission est ainsi analysée sous le prisme du pouvoir de négociation des acteurs en présence (1), tandis que le déséquilibre significatif se déduit d'une absence de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie (2).

⁵⁹⁶ M. Behar-Touchais Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n°21, 25 mai 2015, doct. 603.

⁵⁹⁷ du nom du secrétaire d'État en charge des entreprises, qui avait, au cours de l'année 2009 introduit neuf assignations au nom du ministre de l'Économie contre neuf enseignes de la grande distribution sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ; V. J.-L. Fourgoux, La Cour d'appel de Paris passe au crible du déséquilibre significatif les conditions d'achat de Carrefour, *AJCA*, 2014, p. 373.

1. La soumission ou tentative de soumission analysée sous le prisme du pouvoir de négociation

197. La démonstration d'une soumission ou de sa tentative sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° s'opère en deux temps. Elle suppose une analyse préalable de la structure du marché en question (a) à la suite de laquelle le pouvoir de négociation respectif des parties est pesé (b).

a. L'analyse préalable de la structure du marché

198. La première condition requise par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce porte sur la soumission ou tentative de soumission du partenaire à la pratique restrictive incriminée. Cela peut paraître curieux dans la mesure où cette référence induit *a priori* une dimension subjective dans le contrôle objectif de l'équilibre contractuel, en se référant à un comportement. Les décisions rendues démontrent néanmoins que cette soumission s'entend de manière objective comme le pouvoir de négociation permettant à une partie d'imposer à une autre des obligations sans négociation effective. Cette démonstration suppose une contextualisation de la pratique. La Cour d'appel de Paris, saisie par le ministre de l'Économie qui contestait la validité de plusieurs clauses contenues dans les conditions générales passées entre Carrefour et ses fournisseurs a souligné en ce sens qu'il existe un « déséquilibre structurel du marché de la distribution alimentaire en France, caractérisé par un contexte de concentration oligopolistique des grands groupes de distribution, puisque 85 % des parts de marché sont détenues par six de ces groupes, le groupe Carrefour étant le plus important, alors que les fournisseurs de la grande distribution sont caractérisés par leur hétérogénéité ». La structure oligopolistique du marché de la grande distribution alimentaire n'est pas propre à l'hexagone et se retrouve dans plusieurs pays d'Europe⁵⁹⁸. Cette chaîne

⁵⁹⁸ Cette question n'est pas propre à la France, puisque la Commission européenne a publié au mois de janvier 2013 un Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=FR>, Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013, p. 4 : « La chaîne d'approvisionnement interentreprises («B2B») constitue un élément essentiel de l'économie européenne. Elle achemine les produits et les services du fournisseur au consommateur et a une incidence directe sur la croissance économique et l'emploi. Dans l'UE, le commerce de détail représente 4,3 % du PIB, emploie 18,7 millions (soit 8,3 %) de salariés et occupe 17 % des PME1. Il assure la distribution au

d'approvisionnement « a connu des changements structurels dus à une concentration accrue et à une intégration verticale dans l'ensemble de l'UE. Plusieurs accords d'achats internationaux ont été conclus entre détaillants afin de réaliser des économies d'échelle dans l'approvisionnement grâce à un plus grand pouvoir d'achat. Le développement des marques de distributeur a transformé certains commerçants en concurrents directs de leurs fournisseurs.⁵⁹⁹ » L'enjeu économique est d'autant plus important qu'une enquête menée en 2011 concernant les perceptions des fournisseurs⁶⁰⁰ révélait que les pratiques commerciales déloyales avaient un effet négatif sur les coûts, les ventes et l'innovation⁶⁰¹. Il faut ajouter à ce commerce physique de la grande distribution, le marché dématérialisé de la distribution dont le développement récent conduit à penser qu'il devrait encore accentuer les déséquilibres structurels entre opérateurs⁶⁰². Une interrogation se faisait jour quant à l'assimilation des canaux de distribution physiques et en ligne. L'Autorité de la concurrence, dans sa décision du 27 juillet 2016⁶⁰³, a affirmé que « bien que la substituabilité des canaux ne soit pas parfaite, elle apparaît suffisante pour considérer que les ventes en ligne exercent une pression concurrentielle telle sur les ventes en magasin que ces deux canaux doivent à présent être considérés comme faisant partie du même marché. » Les enjeux économiques produits par ces nouveaux modes de distribution sont tels que les places de marché suscitent d'ores et déjà l'attention des pouvoirs publics⁶⁰⁴.

consommateur des biens et services provenant d'autres secteurs d'activité, comme l'agriculture, l'industrie, la logistique et les services informatiques.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ *Dedicated Research, AIM-CIAA Survey on Unfair Commercial Practices in Europe* (enquête AIM- CIAA sur les pratiques commerciales déloyales en Europe), mars 2011.

⁶⁰¹ *Ibid* Respectivement selon 83 %, 77 % et 40 % des personnes interrogées. V. dans le même sens la consultation publique menée par la Commission européenne du 16 août au 17 novembre 2017 intitulée « Initiative visant à améliorer la chaîne d'approvisionnement alimentaire », qui montre que « que la majorité des parties intéressées, qu'il s'agisse d'organisations professionnelles, du secteur agricole ou du secteur alimentaire, continuent de considérer que les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire constituent un problème. » http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-2703_fr.htm

⁶⁰² Google a ainsi créé en 2013 la plateforme *Google Express* dans le but de concurrencer la plateforme d'*Amazon fresh*. *Amazon* s'est associé au mois de juin 2017 au distributeur de produits bio *Whole Food* qui compte 460 points de vente aux Etats-Unis. Walmart, premier distributeur mondial, s'est associé pour sa part à la plateforme *Google express* au mois d'août 2017 dans le but de gagner les parts de marché de l'e-commerce ; Le Monde, 23 Août 2017, « Face à *Amazon*, Walmart s'allie avec *Google* dans le commerce en ligne » ; La Tribune, 16 janv. 2018, « *Amazon* profite déjà du rachat de l'enseigne bio *Whole Foods* ».

⁶⁰³ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

⁶⁰⁴ V. L'assignation de Monsieur Bruno Le Maire, ministre de l'Économie à l'encontre trois sociétés du groupe *Amazon* devant le tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com. Après une enquête de plusieurs années. Le Monde 18 déc. 2017 : « La DGCCRF assigne *Amazon* en justice pour pratiques abusives envers ses fournisseurs » ; V. aussi, Monsieur Bruno Le Maire a annoncé le 14 mars 2018, qu'il allait assigner *Apple* et *Google* devant le tribunal de commerce de Paris sur le fondement du déséquilibre significatif. Il s'agit plus précisément des contrats passés entre les développeurs d'application et les stores (*Apple Store* et *Play Store*) de ces deux entreprises. Le ministre de l'Économie a ainsi déclaré : « J'apprends que lorsque

199. La Cour d'appel de Paris soulignait à cet égard, dans son arrêt du 11 septembre 2013, que les obligations mises à la charge du partenaire commercial devaient avoir un caractère « néfaste » tant pour l'économie que pour le consommateur. Cela signifie en réalité que les pratiques incriminées doivent avoir pour effet d'accroître la marge du distributeur au détriment du fournisseur sans permettre au consommateur de bénéficier d'une baisse des prix. Contrôle de l'équilibre contractuel et ordre public concurrentiel sont ici intrinsèquement liés. Cet ordre public concurrentiel témoigne de la fonction régulatrice d'un tel contrôle et de la difficulté, s'agissant du déséquilibre significatif, de dissocier cet outil juridique de sa fonction régulatrice à l'échelle du marché. Bien que ce critère n'en constitue pas véritablement un, il éclaire l'enjeu de ce contrôle. La structure même du marché de la grande distribution alimentaire offre au déséquilibre contractuel un terreau fertile pour s'y développer. Ce seul constat n'est toutefois pas suffisant. Il faut s'attacher encore à démontrer que le déséquilibre des forces en présence sur le marché se matérialise, à l'échelle du contrat, par un anéantissement de la négociation.

b. L'anéantissement de la négociation

200. La Chambre commerciale donne à la négociation une place de premier choix faisant de celle-ci un critère objectif incontournable dans la mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁶⁰⁵. Elle s'attache à analyser le déroulement de celle-ci en s'appuyant essentiellement sur le document à partir duquel les parties entament leurs négociations (α) et en procédant à une inversion de la charge de la preuve de cette négociation dans les rapports commerciaux caricaturalement déséquilibrés (β).

des développeurs veulent développer leur application et la vendre à *Google* ou à *Apple*, ils se voient imposer des tarifs, *Google* et *Apple* récupèrent les données et peuvent modifier unilatéralement les contrats ». Le Monde 14 mars 2018 : « L'Etat va assigner *Google* et *Apple* en justice, annonce Bruno Le Maire ».

⁶⁰⁵ CEPC Avis n°16-3 du 14 janvier 2016, relatif à une demande d'avis portant sur les pratiques contractuelles de deux sociétés en matière d'équipement de publipostage. La Commission y présente le constat de l'absence de négociation effective comme un critère impératif du déséquilibre significatif : « Le contrat de location et de maintenance d'un équipement de publipostage destiné à un GIE de médecins libéraux par le biais d'une société de financement apparaît nettement déséquilibré du point de vue du client. Cependant, pour caractériser un déséquilibre significatif, il conviendrait au préalable de vérifier l'absence de négociation entre les parties. »

α. L'analyse de la convention récapitulative

201. La convention récapitulative est la convention écrite imposée par l'article L. 441-7 du Code de commerce qui mentionne les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale à partir des conditions générales de vente du fournisseur qui constituent le socle de cette négociation⁶⁰⁶. Les juges attachent donc une grande importance à l'étude de ce document pour identifier la part de négociation effective du contrat. La Cour de cassation a ainsi précisé dans son arrêt du 25 janvier 2017 que « le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du Code de commerce⁶⁰⁷ ». Les clauses litigieuses doivent avoir été négociées, mais elles doivent l'avoir été de manière effective. Cela signifie que le distributeur doit être en mesure de démontrer que la négociation a permis au fournisseur de faire entendre sa voix et de faire produire un effet à ses réclamations⁶⁰⁸.

202. Le constat d'une négociation entre les parties n'est pas suffisant pour écarter le déséquilibre significatif dans la mesure où les juges, sur le modèle du droit européen de la vente, s'attachent à analyser le pouvoir de négociation de la partie lésée. L'article 7, 1° de l'annexe du projet de règlement sur le droit commun européen de la vente dispose ainsi qu'« Une clause contractuelle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle si elle est proposée par une partie et si l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu. » C'est donc cette acception de la clause non négociée que semblent retenir les juges en matière de déséquilibre significatif.

203. La Chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 27 mai 2015⁶⁰⁹ rendu dans l'affaire opposant le ministre de l'Économie à la société coopérative Groupement d'achat des centres distributeurs Leclerc (le GALEC) a ainsi précisé « que tous les contrats-

⁶⁰⁶ Art. L. 441-6 C. com.

⁶⁰⁷ Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/Min. Éco. : JurisData n° 2017-000899, *JCP G*, n° 10, 6 mars 2017, doctr. 255. Obs. M. Behar-Touchais.

⁶⁰⁸ À cette fin, un parallèle mérite d'être fait entre la preuve de la négociation effective et l'article D. 441-7 du Code de commerce issu du décret du 17 octobre 2014⁶⁰⁸. Issu de la loi *Hamon* ayant instauré une clause de renégociation dans certains contrats de la grande distribution, cet article fixe le contenu du compte-rendu de la négociation à laquelle doivent se soumettre les parties. Organisé en trois parties, ce compte rendu présente l'avantage de jalonner formellement la négociation. La partie qui sollicite la renégociation doit ainsi justifier objectivement sa demande, tandis que l'autre partie doit y répondre de manière argumentée et circonstanciée dans un certain délai.

⁶⁰⁹ Com. 27 mai 2015, 14-11387. CA Paris 18 déc. 2013 n° 12-03177.

cadres versés aux débats comportent, en annexe, les conditions générales d'achat du GALEC, paraphées par le fournisseur, et ce, quels que soient le domaine d'intervention de celui-ci, sa structure ou sa taille, l'arrêt relève que ces conditions générales sont établies à partir d'un modèle type, figurant dans chacun des contrats, dont le GALEC invoque la négociation sans en justifier, faisant ainsi ressortir que celui-ci a imposé ses conditions d'achat à ses fournisseurs, sans possibilité de négociation». La présence de conditions générales types constitue donc un indice de l'absence de négociations effectives aux yeux des juges. De la même manière, les juges apprécient la prise en compte effective des demandes du fournisseur dans la modification du contrat. Le distributeur qui refuse ainsi systématiquement la demande du fournisseur de modification d'une clause sans rééquilibrer par ailleurs le contrat, soumet son cocontractant à un déséquilibre significatif⁶¹⁰. La commission d'examen des pratiques commerciales a rappelé dans un avis du 26 mars 2015⁶¹¹ qu'est illégale la pratique consistant à intégrer au contrat liant les distributeurs aux fournisseurs une clause par laquelle les CGA se substituent automatiquement aux CGV, dès lors que cela a pour effet de créer un déséquilibre significatif au détriment des fournisseurs⁶¹². L'analyse *in concreto* du contexte dans lequel est conclu le contrat consiste également à apprécier la puissance économique des parties en présence et les risques encourus par les parties en cas de rupture de la relation commerciale. C'est l'analyse à laquelle s'est livrée la Chambre commerciale dans son arrêt du 27 mai 2015 lequel indique « que les fournisseurs, dont seuls 3 % étaient des grands groupes, ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par le GALEC qui détenait, en 2009, 16,9 % des parts du marché de la distribution ». C'est donc un renversement de la charge de la preuve masqué que l'on peut entrevoir au travers de ce critère, du moins dans les contrats passés entre des cocontractants dont les puissances économiques respectives sont manifestement déséquilibrées.

⁶¹⁰ Com. 3 mars 2015 n°13-27525 : « l'arrêt relève que la modification de l'article 14 de cette dernière est toujours refusée et constate que la société Eurauchan ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat ». CA Paris, 11 septembre 2013, affaire Eurauchan N° RG : 11/17941.

⁶¹¹ CEPC Avis n°15-08, 26 mars 2015, relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la place des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat.

⁶¹² CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 18 déc. 2013, CCC, n°3, mars 2014, p. 64, note N. Mathey.

β. L'inversion de la charge de la preuve de la négociation effective dans les rapports commerciaux caricaturalement déséquilibrés

204. La Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue affirmer à l'occasion de l'affaire opposant le ministre de l'Économie à la société Eurauchan « qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer que la modification des autres clauses, à l'issue de la négociation invoquée, a permis de rééquilibrer le contrat, que celle-ci ne l'établit pas. » Cette solution reprend la solution dégagée par la Commission européenne dans sa proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente. L'article 7, 3° de l'annexe dispose en effet que « Celle des parties qui prétend qu'une clause contractuelle fournie à titre de clause type a, depuis, fait l'objet d'une négociation individuelle supporte la charge de cette preuve. » En suivant cette logique, il appartiendrait au distributeur qui fournit une clause type de démontrer que cette dernière a bien fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'elle a permis de rééquilibrer le contrat litigieux. S'agissant des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, l'article 7, 4° ajoute que « le premier a la charge de prouver que la clause contractuelle qu'il a fournie a fait l'objet d'une négociation individuelle. » Sans le dire, la Cour de cassation semble calquer cette solution sur les contrats conclus entre distributeurs et fournisseurs en mettant à la charge des premiers la preuve de la négociation individuelle de la clause litigieuse.

205. C'est donc une présomption de soumission que la Cour de cassation instaure sans le dire. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 4 octobre 2016⁶¹³ en fournit une parfaite illustration. Se référant à la structure du secteur de la grande distribution alimentaire en France, la Cour de cassation approuve la solution de la Cour d'appel de s'y être référée pour caractériser l'existence d'une soumission ou tentative de soumission. Cette présomption simple de soumission en faveur du fournisseur se comprend aisément compte tenu de la structure oligopolistique du secteur de la grande distribution alimentaire, mais elle ne doit pas être systématisée dès lors que certains grands groupes de fournisseurs sont aujourd'hui en mesure de mener des négociations effectives au regard de leur puissance économique⁶¹⁴.

⁶¹³ Com. 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : JurisData n° 2016-020311, *RDC* 2017, t. I, obs. M. Behar-Touchais.

⁶¹⁴ Certains arrêts pouvaient en effet laisser penser le contraire, V. notamment CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786.

C'était notamment le constat fait par le tribunal de commerce de Paris⁶¹⁵ dans l'affaire opposant le ministre de l'Économie à l'enseigne E. Leclerc laquelle avait intégré une clause processuelle par laquelle les fournisseurs s'engageaient à intervenir à l'instance si l'enseigne était assignée par un tiers. Cette clause insérée par le distributeur dans les contrats types qu'il adressait à ses fournisseurs avait ainsi été rayée par plus de trois cents d'entre eux.

206. Nestlé France, en sa qualité de premier fournisseur des grandes surfaces françaises, bénéficie d'un pouvoir de négociation qui, s'il peut être malmené par les pratiques des distributeurs, n'en demeure pas moins réel⁶¹⁶. Certaines décisions pouvaient faire douter d'une prise en compte réaliste du pouvoir de négociation de ces fournisseurs et particulièrement l'arrêt rendu la cour d'appel de Paris du 29 juin 2016⁶¹⁷. La difficulté réside, semble-t-il, dans la logique du dispositif lui-même. Si l'on calque le déséquilibre significatif sur son homonyme consumériste alors l'identification préalable de la partie forte et de la partie faible devrait conduire à ignorer la réalité du pouvoir de négociation de cette dernière. Si l'on considère en revanche, que le déséquilibre significatif n'a pas vocation à systématiser le rapport de force qu'il se donne comme justification, l'analyse *in concreto* des forces en présence devrait conduire à écarter cet article lorsque le fournisseur était effectivement en mesure de négocier le contrat litigieux. La Cour de cassation semble néanmoins avoir mesuré le risque d'une instauration systématique de la présomption simple de soumission, et privilégie ce faisant une lecture plus nuancée des pouvoirs de négociation en présence. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 4 octobre 2016 en est l'illustration⁶¹⁸.

207. La Chambre commerciale souligne en effet que les références du fournisseur et son caractère incontournable sont de nature à renverser la présomption simple de soumission du fournisseur. Le fournisseur qui possède de nombreuses références se présente en effet comme un partenaire incontournable même pour les grands distributeurs dans la mesure où son

⁶¹⁵ T. com. Paris, 20 mai 2014, n° 2013/070793 obs. M. Behar-Touchais *RDC* 1^{er} déc. 2014, n°4 p. 672.

⁶¹⁶ M. Behar-Touchais Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n°21, 25 mai 2015, doctr. 603, p. 9. Du même auteur, « “Le choc des Titans” : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Mélanges Philippe le Tourneau*, 2008, LGDJ.

⁶¹⁷ CA Paris 29 juin 2016, n°14-09786, rendu dans l'affaire Système U où la Cour d'appel avait indiqué : « que si Système U relève que ces fournisseurs sont des multinationales ayant les moyens juridiques et financiers de résister à conclure des contrats qui ne correspondraient à aucune prestation de la part de Système U, il y a lieu d'observer (...) que même si Système U a une part de marché relativement peu importante, les sociétés Danone, Yoplait, Nestlé et Lavazza ne peuvent courir le risque de voir leurs produits déréférencés par cette centrale nationale ».

⁶¹⁸ Com. 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : *JurisData* n° 2016-020311, *RDC* 2017, t. I, obs. M. Behar-Touchais.

déréférencement placerait le distributeur dans une situation intenable. Il faut donc, pour que la présomption soit renversée que le fournisseur soit incontournable, c'est-à-dire que le nombre de références détenues par le fournisseur place le distributeur dans une situation de dépendance à l'égard de ce dernier. Cela signifie donc que la dépendance du distributeur à l'égard de son fournisseur viendrait en quelque sorte contrebalancer l'état de dépendance inverse, ce que le Professeur Behar-Touchais résume par la formule suivante : « des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif.⁶¹⁹ »

208. Il faut donc saluer la présomption de soumission instaurée au bénéfice des fournisseurs, mais soutenir tout aussi farouchement le caractère simple de cette présomption, sans quoi le déséquilibre significatif deviendrait un outil de réglementation arbitraire vidé de sa substance. Une fois la soumission démontrée, reste à caractériser le déséquilibre significatif lui-même.

2. L'absence de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie

209. Le déséquilibre significatif, entendu comme un défaut de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie (a) repose sur une analyse du contrat dans sa globalité (b).

a. Le défaut de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie

210. Le déséquilibre significatif n'est pas défini légalement. Le contenu de cette notion doit donc être recherché au travers des décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Les clauses épinglées par les juges du fond comme par la Cour de cassation permettent de distinguer deux catégories de clauses abusives. La première regroupe les clauses qui mettent à la charge du fournisseur une obligation dépourvue de contrepartie

⁶¹⁹ *Ibid.*

(α) tandis que la deuxième désigne les clauses par lesquelles une partie s'octroie une prérogative contractuelle dépourvue de réciprocité (β).

α. Les clauses qui mettent à la charge du fournisseur une obligation dépourvue de contrepartie

211. Les clauses dépourvues de contrepartie sont nombreuses en pratique et la jurisprudence épingle au gré des arrêts les clauses porteuses d'un tel déséquilibre. Parmi elles, les clauses de reprise des invendus qui consistent à mettre à la charge du fournisseur les produits invendus à l'issue d'une période de commercialisation et le coût de cette reprise ont été sanctionnées dès lors qu'elles revenaient à « met [tre] à la charge des fournisseurs une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée.⁶²⁰ » Cette absence de contrepartie invite le lecteur à faire le rapprochement avec la notion aujourd'hui disparue de cause. La clause abusive serait alors celle qui met à la charge d'une partie une obligation dépourvue de cause⁶²¹. Il serait plus judicieux en réalité de parler d'intérêt. La cause, entendue comme la contrepartie attendue par le cocontractant dans un contrat synallagmatique ne permet pas d'appréhender ce type de clause. Classiquement, « la cause des obligations d'une partie réside, lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre⁶²² ». Néanmoins, la cause tendait, depuis plusieurs années à s'associer à la notion d'intérêt afin d'en étendre le champ. Alors que la cause de l'obligation faisait le constat de l'existence de l'objet de l'obligation de l'autre, l'intérêt incite à la prise en compte de l'utilité du contrat pour les parties. L'intérêt permet ainsi de dépasser le constat formel d'une contrepartie pour s'intéresser à l'utilité économique de celle-ci pour le cocontractant. Un contrat peut ainsi être doté d'une contrepartie sans pour autant que celle-ci présente un intérêt, une utilité pour le contractant⁶²³. Dans les contrats de vente conclus entre fournisseurs et distributeurs, la cause objective prise dans le sens classique de la contrepartie existe bien. En revanche, le fournisseur n'a pas toujours intérêt au contrat dans le sens où les clauses susvisées ne lui

⁶²⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12/07651, EMC Distribution c/ Min. Économie : JurisData n° 2013-015022.

⁶²¹ C'est l'interprétation proposée par M. Behar-Touchais dans son commentaire CA Paris 11 sept. 2013, *RDC* 2014, n°2 p. 231 « Une obligation injustifiée serait sans cause objective, sans contrepartie.

⁶²² Civ. 1^{ère}, 25 mai 1988, Bull. civ. I, n°149. Plus récemment, Com. 9 juin 2009, no 08-11.420 ; *RTD civ.* 2009. 719, obs. Fages.

⁶²³ J. Rochfeld, *La cause*, *Rép. civ.* 2012, n° 23 à 48.

permettent pas de retirer un intérêt financier suffisant du contrat. Les clauses de reprise des invendus mettent à la charge du fournisseur la totalité de la charge de la mévente d'un produit et le coût de cette reprise. Si la Cour d'appel a souligné l'absence de contrepartie de l'obligation dans cette hypothèse, cette utilisation est trompeuse dans la mesure où elle laisse croire que chaque obligation mise à la charge d'une partie devrait être dotée d'une contrepartie. En réalité c'est l'intérêt au contrat du fournisseur qui fait ici défaut⁶²⁴. La clause de retour des invendus sur laquelle la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en 2013 mettait à la charge du fournisseur de manière générale la mévente des produits vendus et le coût de cette reprise. Sans supprimer totalement l'obligation de paiement du distributeur, cette clause en limite néanmoins la portée. Le fournisseur n'est pas en mesure dans cette hypothèse de savoir quel sera le volume des invendus de sorte qu'il doit faire face à des dépenses imprévues tant pour les produits invendus que pour leur reprise. Cette situation est d'autant plus injuste pour le fournisseur que celui-ci n'a aucune emprise sur la commercialisation des produits en question.

212. C'est cette même absence de contrepartie qui a poussé les juges de la Cour d'appel de Paris⁶²⁵ à sanctionner la clause de retours de produits promotionnels détériorés dans la mesure où elle revenait à mettre à la charge du fournisseur, après le transfert de propriété, les risques liés aux modalités de commercialisation des produits définies par le distributeur. Les juges ont également sanctionné la clause permettant au distributeur de refuser la livraison d'un produit dont la DLC ou DLUO était identique à celle de la précédente livraison alors même que le fournisseur avait respecté la date de livraison mentionnée dans le contrat⁶²⁶. Là encore cette clause a pour effet de réduire considérablement la portée de l'obligation de paiement du prix du distributeur, lequel peut discrétionnairement décider de refuser la livraison du produit alors même que la date de livraison convenue entre les parties a bien été respectée⁶²⁷.

⁶²⁴ Judith Rochfeld, étude préc. L'auteur associe à la cause trois « fonctions d'ordre » lesquelles désignent des fonctions minimales du contrat qui doivent être absolument protégées. La troisième manifestation de cette fonction d'ordre s'illustre selon l'auteur, dans les « clauses contradictoires » lesquelles désignent les « clauses qui, sans supprimer l'une des obligations essentielles du contrat ou en ôter le caractère contraignant, viennent la contredire ou en limiter la portée dans une mesure qui fait perdre à une partie son intérêt au contrat. »

⁶²⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336, JurisData n° 2014-023551, obs. M. Behar-Touchais, *RDC* 31 mars 2015, n° 1, p. 67.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ V. dans le même esprit les clauses prévues dans les conditions générales d'*Amazon* et permettant au distributeur de demander des vérifications, des bilans plus fréquents pour bloquer les ventes. <https://www.nextinpact.com/news/105841-Amazon-attaque-par-bercy-pour-desequilibre-significatif-sur-sa-market-place.htm>

213. Plus récemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue sanctionner la clause de ristourne de fin d'année par laquelle la centrale d'achats LE GALEC mettait à la charge de ses fournisseurs le paiement d'une ristourne « soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due⁶²⁸ ». Ces clauses sont dépourvues de contrepartie dès lors que le distributeur n'était tenu à aucune obligation. La mise en œuvre de ces clauses permettait encore au distributeur de bénéficier d'une avance de trésorerie le paiement de la ristourne devant être effectué par les fournisseurs sous forme d'acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé. Ces ristournes étaient par ailleurs calculées sur un chiffre d'affaires sur lequel s'était engagé LE GALEC lequel était nettement inférieur au chiffre d'affaires effectivement réalisé de sorte que les ristournes payées par les fournisseurs s'en trouvaient augmentées.

214. Ce contrôle est en effet assorti d'autres conditions au titre desquelles l'existence d'une soumission ou tentative de soumission. L'on est donc plus près du déséquilibre en pouvoir que du déséquilibre en valeur.

β. Les clauses par lesquelles une partie s'octroie une prérogative contractuelle dépourvue de réciprocité

215. Une deuxième catégorie de clauses a été sanctionnée par les juges en ce qu'elles octroient au distributeur un avantage dépourvu de réciprocité. Il ne s'agit pas ici de mettre à la charge d'une partie une obligation dépourvue de contrepartie, mais plutôt de faire bénéficier l'un des cocontractants d'avantages ou plutôt d'une prérogative contractuelle dont ne bénéficie pas l'autre. Ces facilités sont essentiellement des facilités de paiement qui touchent à ses moyens et à ses délais. La clause par laquelle le fournisseur s'oblige à baisser automatiquement ses prix, sans demande du distributeur et sans discussion lorsque les éléments qui concourent à la formation du prix baissent, et ce alors même que dans le cas contraire le distributeur se réserve le droit de refuser toute augmentation ou de déréférencer

⁶²⁸ Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/ Min. Éco. : JurisData n° 2017-000899, *JCP G*, n° 10, 6 Mars 2017, doct. 255, obs. M. Behar-Touchais ; *L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, 2017, n°3, p. 1 obs. M. Behar-Touchais.

les produits concernés, a ainsi été sanctionnée par la Cour d'appel de Paris⁶²⁹. Dans le même sens, la clause permettant au distributeur de payer son fournisseur à 60 jours contre 30 jours pour le paiement du distributeur par le fournisseur⁶³⁰, et celle permettant au distributeur de régler par virement sans l'autoriser au fournisseur⁶³¹, a été sanctionnée par les juges du fond. Ces clauses touchent aussi la faculté de suspendre ou résilier à tout moment la relation commerciale ; la possibilité de faire varier unilatéralement les délais de livraison⁶³². La non-réciprocité n'est pas en soi prohibée par le droit commun des contrats. Elle serait même selon certains auteurs, la « manifestation d'une stratégie interentreprises reposant sur des liens d'autorité⁶³³. » Audrey Cathiard, propose dans cette perspective de distinguer les contrats relationnels, par essence incomplets, des contrats transactionnels. Alors que « l'attribution de prérogatives exorbitantes et unilatérales à l'un des agents⁶³⁴ » ne devrait pas présumer d'abus pour les premiers, l'attribution de ces prérogatives devrait, pour les seconds faire présumer un abus lorsqu'elles ont pour effet de priver l'obligation d'une partie de sa contrepartie. » Les contrats passés entre fournisseurs et distributeurs révèlent les limites du postulat. Ces derniers concluent en effet des contrats relationnels,⁶³⁵ mais peu de ces contrats témoignent en réalité d'une répartition des risques négociée. Partant, l'analyse *in concreto* peut se révéler artificielle, la seule dénomination du contrat relationnel ne pouvant suffire à décrire une réalité immuable.

b. L'appréciation du déséquilibre significatif à l'échelle du contrat

216. Alors que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne définit pas le mode d'appréciation du déséquilibre significatif, les juges retiennent depuis 2013 une appréciation globale *in concreto* de ce dernier (α), qui n'empêche pas de développer parallèlement une typologie des clauses incriminées (β).

⁶²⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12/07651, EMC Distribution c/ Min. Économie : JurisData n° 2013-015022.

⁶³⁰ N. Mathey, obs. sous Paris, Pôle 5 ch. 4, 18 déc. 2013, CCC, n°3, mars 2014, p. 6 4.

⁶³¹ T. com. Lille, 6 janv. 2010, obs. M. Behar-Touchais RDC 2010, n°3, p. 928.

⁶³² C'est notamment les pratiques qui sont actuellement reprochées à *Amazon V.* art. préc.

⁶³³ A. Cathiard, L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat, Thèse, PUAM, 2006, p. 282 et 283, n° 314 à 316.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ C. Cathiard, L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat, Thèse, PUAM, 2006, pp. 115 à 121, n°113 à 120.

α. L'appréciation globale *in concreto* du déséquilibre

217. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 11 septembre 2013 a ouvert la voie à un contrôle global du déséquilibre significatif à l'échelle du contrat. Alors que l'une des questions consistait à savoir si l'appréciation du déséquilibre devait se limiter à la clause litigieuse ou s'apprécier à l'échelle du contrat, la Cour d'appel de Paris, et à sa suite la Cour de cassation, ont marqué leur préférence pour la deuxième option. Cela signifie que la caractérisation du déséquilibre significatif ne se déduit pas de l'analyse de la clause prise isolément, mais de l'analyse globale du contrat. Le cumul de plusieurs clauses, qui, prises isolément ne créent pas de déséquilibre significatif, peut avoir pour effet d'entacher le contrat d'un déséquilibre⁶³⁶. À l'inverse, une clause prise isolément peut créer un déséquilibre significatif qui se trouve atténué par les autres clauses du contrat qui viendraient compenser l'obligation mise à la charge d'une partie, où la prérogative qui lui est accordée.

218. La Chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 3 mars 2015⁶³⁷ précise que « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie⁶³⁸ ». La Chambre commerciale procède ainsi à une analyse globale du contrat en recherchant si la clause litigieuse pouvait être corrigée par l'effet des autres stipulations⁶³⁹. C'est donc, comme en matière de consommation, l'appréciation *in concreto* que semble privilégier le juge⁶⁴⁰. L'arrêt *EMC* rendu le 29 septembre 2015 par la Cour de cassation emprunte la voie tracée par ces décisions puisque la Chambre commerciale y approuve la Cour d'appel d'avoir procédé « à une appréciation

⁶³⁶ Pour une analyse divergente des clauses : Le traitement différencié des clauses abusives : un pas vers le désordre, *CCE* juill. 2016, n°7-8, comm. 60, obs. sous T. com. Paris, ord. réf., 7 juin 2016, *Ecritel c/ Cards Off*.

⁶³⁷ Com. 3 mars 2015, *Lettre de la distribution* avr. 2015, obs. N Eréséo.

⁶³⁸ Com. 3 mars 2015 n°13-27525 : « Attendu que les clauses susvisées sont des clauses classiques qui respectent les exigences légales ; que Cards Off ne verse aux débats aucun élément probant qu'Ecritel lui ait imposé un contrat déséquilibré ; que, de surcroît, Ecritel ne réclame pas l'application de la clause pénale prévue au contrat. » Le juge des référés a écarté le déséquilibre significatif sur la base d'une analyse isolée des clauses litigieuses.

⁶³⁹ Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, F-D : « « qu'ayant relevé l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses litigieuses, qu'aucune autre stipulation ne permettait de corriger, et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, et qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ».

⁶⁴⁰ E. Mouial Bassilana, « la Cour de cassation paraît bien confirmer que doit être privilégiée une analyse contextuelle des clauses, c'est-à-dire une analyse globale et concrète du contrat. », *Déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, JurisClasseur Concurrence-consommation*, fascicule 730, juill. 2015, n°66.

concrète et globale des contrats en cause». Cette appréciation concrète et globale a de nouveau été utilisée par la Cour d'appel de Paris⁶⁴¹ à l'occasion de l'arrêt *Expedia* à l'occasion duquel la Cour d'appel a précisé que « Les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et *in concreto*. La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a inversion de la charge de la preuve. »

219. Les solutions rendues sur le fondement du déséquilibre significatif et la tendance législative actuelle permettent en réalité de questionner ce postulat. Il apparaît en effet que l'appréciation *in abstracto* du déséquilibre aussi désigné comme l'interdiction *per se* de certaines clauses, soit privilégiée par les juges et le législateur lui-même dans certaines hypothèses.

β. L'ébauche d'une typologie des clauses caractérisant la présence d'un déséquilibre significatif

220. La loi *Macron* du 6 août 2015⁶⁴² a inscrit dans le Code du tourisme un article L. 311-5-1⁶⁴³ qui répute non écrite toute clause qui reviendrait à interdire à un hôtelier de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire dans le cadre des contrats conclus avec les plateformes de réservations en ligne. Ces « clauses de parité tarifaire » courantes dans les contrats conclus entre les hôteliers et les plateformes de réservation exigent que ces dernières bénéficient d'un tarif et d'offres au moins aussi avantageuses que celles proposées sur les plateformes concurrentes, ainsi que sur l'ensemble des autres canaux de distribution (en ligne et hors ligne), parmi lesquels les canaux de distribution propres à l'hôtel (site Internet, téléphone, e-mail, au comptoir de l'hôtel, etc.)⁶⁴⁴ Ces clauses ont été sanctionnées par le

⁶⁴¹ CA Paris 21 juin 2017, 15/18784, *Gaz. Pal.* 2017, n° 30, p. 21, obs. F. Jacomino.

⁶⁴² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁶⁴³ Article L. 311-5-1 C. tourisme : « Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de Chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du Code civil.

Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite. »

⁶⁴⁴ M. Behar-Touchais, Les clauses de parité tarifaire en péril dans la réservation hôtelière, *RDC* 1^{er} déc. 2015, n°4, p. 931.

tribunal de commerce de Paris le 7 mai 2015 et le 29 novembre 2016⁶⁴⁵ ainsi que par la Cour d'appel⁶⁴⁶ sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En interdisant ces clauses de manière générale, la loi *Macron* consacre en quelque sorte leur interdiction *per se*, sans qu'il soit besoin d'apprécier globalement le contrat, leur seule présence suffisant à les voir réputer non écrites⁶⁴⁷.

221. La faveur des pouvoirs publics pour l'interdiction *per se* de certaines clauses transparaissait déjà dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 1^{er} octobre 2014⁶⁴⁸ dans l'affaire opposant le ministre de l'Économie aux sociétés du groupe Carrefour. Le ministre de l'Économie y indiquait en effet que « le déséquilibre significatif n'a pas à s'apprécier *in concreto*, la seule rédaction en la forme des clauses contestées manifeste la tentative de soumettre le cocontractant à un déséquilibre significatif ; qu'il peut solliciter la cessation de pratiques illicites sans avoir à en contrôler les effets ». La Cour d'appel confortait son appréciation en précisant à son tour que « si certaines clauses contractuelles peuvent être sanctionnées comme déséquilibrant de façon abusive la relation contractuelle, le juge peut, si cela est invoqué, tenir compte du contrat dans sa globalité pour apprécier si certaines stipulations contractuelles sont utilement contrebalancées par d'autres pour rétablir l'équilibre dans les droits et obligations des parties au contrat [...] la partie qui soutient que l'économie globale du contrat rend licite une clause qui pourrait être sanctionnée, doit en rapporter la preuve ».

222. L'appréciation *in concreto* du déséquilibre contractuel est donc présentée comme une faculté à laquelle le juge est libre de recourir, à charge pour la partie qui soutient que l'économie globale du contrat rend licite la clause litigieuse, d'en rapporter la preuve. Il semble donc que l'appréciation *in abstracto* du déséquilibre significatif soit implicitement admise par les juges et explicitement traduite par certaines dispositions législatives qui s'en

⁶⁴⁵ T. com Paris, 7^e ch. 7 mai 2015, n° j2015000040, *Expedia*. V. plus récemment T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Économie et des Finances et autres / Société *Booking.com* B.V et Société *Booking.com* France)

⁶⁴⁶ CA Paris 21 juin 2017, 15/18784, *Gaz. Pal.* 2017, n° 30, p. 21.

⁶⁴⁷ Pour une solution comparable en droit allemand, V. F. Kutscher-Puis, Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, *CCC* 2015, n°6 étude 7 : « L'appréciation de la clause se fait indépendamment de l'économie du contrat pris dans son ensemble. Une clause nulle ne peut donc être, en quelque sorte, compensée par d'autres favorables au cocontractant. Les concessions éventuellement effectuées dans d'autres clauses par le rédacteur du contrat à l'adresse de son cocontractant sont donc sans effet. »

⁶⁴⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336, *JurisData* n° 2014-023551, obs. M. Behar-Touchais, *RDC* 31 mars 2015, n°1, p. 67.

font l'écho. Si certains auteurs déplorent la facilité de cette nouvelle forme d'interventionnisme étatique⁶⁴⁹, et soulignent l'incohérence d'un tel procédé lorsque l'on sait que le déséquilibre significatif doit être interprété à la lumière de son homonyme consumériste⁶⁵⁰, cette analyse se révèle toutefois porteuse d'une évolution positive.

223. Le droit de la consommation recourt en effet à une analyse globale du contrat pour apprécier l'existence d'une clause abusive, mais il détermine dans le même temps une liste de clauses « noires » et « grises » qu'il répute abusives de manière irréfutable ou simple. Il n'est pas interdit d'imaginer que le déséquilibre significatif produise lui aussi une classification de clauses présumées abusives, pour lesquelles il appartiendrait à celui qui prétend que le contrat est équilibré d'en rapporter la preuve⁶⁵¹. C'est en partie la solution retenue par le droit allemand lorsqu'il sanctionne le déséquilibre contractuel dans les conventions passées entre professionnels⁶⁵². Les § 308 et 309 du BGB dressent en effet un double catalogue des clauses standardisées abusives. Cette double liste consiste en une liste « grise⁶⁵³ » de 8 types de clauses présumées abusives, et une liste « noire⁶⁵⁴ » composée d'une d'une liste de 14 clauses présumées abusives de manières irréfutables. C'est au demeurant la méthode que préconisent plusieurs auteurs en matière de pratiques commerciales déloyales⁶⁵⁵. Les décisions rendues

⁶⁴⁹ M. Behar-Touchais art. préc., Les clauses de parité tarifaire en péril dans la réservation hôtelière, *RDC* 1^{er} déc. 2015, n°4, p. 931. L'auteur met en avant les avantages d'une procédure de type procédure d'engagement qui permettrait, à la différence de l'interdiction *per se*, de laisser survivre une partie de la clause.

⁶⁵⁰ Cons. constit. Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

⁶⁵¹ E. Mouial Bassilana art. préc., n°103, 104 et 105.

⁶⁵² L'article 310 alinéa 1 du BGB dispose que les catalogues de clauses propres aux contrats de consommation ne sont pas applicables en la forme aux contrats conclus entre entreprises sauf lorsque la clause litigieuse désavantage injustement la partie au détriment de laquelle elle a été stipulée, au sens de § 307 alinéa 1 et 2 du BGB.

⁶⁵³ § 308 BGB. On citera notamment les clauses qui réservent au stipulant des délais excessivement longs, ou insuffisamment précis pour l'acceptation ou le refus d'une offre ou l'exécution d'une prestation ou qui lui réservent un délai supplémentaire ; les clauses qui donnent le droit de se libérer de son obligation sans raison objectivement justifiée et prévue au contrat, le droit de modifier la prestation promise ou d'y déroger lorsqu'une telle stipulation, eu égard à ses propres intérêts, ne peut être imposée à son cocontractant. V.M. Pédmaon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2004, n°117, p. 92.

⁶⁵⁴ § 309 BG. On citera ici à titre d'exemple les clauses qui prévoient l'augmentation du prix des marchandises à livrer ou de prestations à exécuter dans un délai maximum de 4 mois à compter de la conclusion du contrat ; celles qui excluent ou limitent le droit du cocontractant de refuser, en vertu du § 320, la prestation dont il est redevable ou celles qui excluent, limitent ou subordonnent à la reconnaissance de vices par le stipulant son droit de réfaction, pour autant que ce droit repose sur la même relation contractuelle. V., M. Pédamon, op. cit. n°118, p. 93.

⁶⁵⁵ Cf. *infra* n°770-771 ; V. « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » du 16 avr. 2013, point 2.3, p. 11 : « La méthode consistant à établir une liste de pratiques commerciales déloyales interdites est utile : elle présente l'avantage d'être prévisible, simple et efficace ; elle est sans doute pourvue de vertus prophylactiques. Cependant, une telle liste doit être limitée aux seules pratiques qui sont systématiquement nocives [...] une règle générale, nécessitant un examen concret à partir des deux critères cumulatifs (comportement de l'auteur de la pratique et incidence de la pratique sur la

sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permettent de faire l'ébauche d'une typologie de cette nature. Plusieurs auteurs s'y sont au demeurant employés⁶⁵⁶. L'analyse du déséquilibre significatif devrait ainsi être réalisée *in concreto* à l'exception des cas pour lesquels la jurisprudence est parvenue à isoler des clauses types portant en elle la marque d'une présomption simple de soumission à un déséquilibre significatif. On peut ainsi considérer, dans le domaine de la distribution alimentaire que les clauses de retour des invendus⁶⁵⁷, les clauses obligeant les fournisseurs à intervenir à l'instance⁶⁵⁸, les clauses de révision du prix prévoyant que le fournisseur doit baisser ses tarifs sans pouvoir s'y opposer lorsque les éléments concurrents à la construction de ce prix baissent⁶⁵⁹, sont présumées être abusives au sens de l'article L. 442-6, I, 2° précité⁶⁶⁰.

224. Le déséquilibre significatif trouve dans les relations contractuelles de la grande distribution un terrain d'épanouissement. La structure de ce marché, et les pratiques sur lesquelles il repose témoignent en effet de l'institutionnalisation du déséquilibre contractuel dans ce domaine. Le déséquilibre significatif trouve toutefois en dehors de ce secteur, des formes d'expression qui révèlent plus largement la nécessité d'un outil général de rééquilibrage des relations professionnelles.

situation de la victime) déjà évoqués (v. point 2.1, question 1), évite une surprotection inutile. Elle est par ailleurs adaptable, étant applicable à n'importe quelle pratique dès l'instant où celle-ci réunit les critères de la déloyauté. »

⁶⁵⁶ M. Behar-Touchais, Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n° 21, 25 mai 2015, doctr. 603 ; Y. Utzschneider, M. Rivollier, La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif : Quelles difficultés ? Quels conseils ? *AJCA* 2014, p. 113 ; E. Mouial, art. préc ; M. Mekki, Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, n° 17, p. 11.

⁶⁵⁷ T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n°2009/02296 ; T. com. Bobigny, 29 mai 2012 n°2009/F01541 ; CA Paris 4 juill. 2013 n°12/07651.

⁶⁵⁸ T. com. Paris 20 mai 2014, n°2013/070793.

⁶⁵⁹ CA Paris 4 juill. 2013, n°12/07651.

⁶⁶⁰ On peut ajouter à cette liste les clauses relatives aux délais de paiement, telles que la clause autorisant la modification unilatérale des délais de paiement (CA Rennes, 17 mars 2011, n°09/064455- CA Bordeaux, 21 nov. 2011, n°10/02746 ; les clauses imposant au fournisseur le paiement d'acomptes mensuels au titre des services rendus par le distributeur dans le but d'accroître le décalage entre la date de paiement du fournisseur et du distributeur T. com. Lille, 6 janv. 2010 n°2009/05184 ; les clauses permettant de référencer unilatéralement un fournisseur sans préavis ni indemnisation en se fondant sur une prétendue sous-performance du produit Com. 3 mars 2015, n°14-10. 097 ; les clauses de « taux de service » qui permettent au distributeur de prononcer des pénalités si le fournisseur ne respecte pas le taux de service de 98,5% fixé unilatéralement par le distributeur T. com. Lille, 7 sept. 2011, n°2009/05105.

B. Le déséquilibre significatif en dehors de la grande distribution

225. Le déséquilibre significatif est très rarement sanctionné en dehors du domaine de la grande distribution. Malgré les tentatives de certaines juridictions du fond, il apparaît que l'application de l'article L. 442-6, I, 2° est envisagée avec une grande sévérité (1). Les pratiques des opérateurs de plateformes qui agissent sur des marchés bifaces de type OTA (*Online travel agency*) semblent néanmoins trouver un écho dans le déséquilibre significatif (2).

1. L'exclusion majoritaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en dehors de la grande distribution

226. Les arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de déséquilibre significatif portent pour l'essentiel sur les relations distributeurs-fournisseurs sur le marché de la grande distribution alimentaire⁶⁶¹. Les arrêts rendus par les cours d'appel sur le fondement de l'article L. 442-6-I 2° attestent de la difficulté pour les acteurs économiques en dehors de ce secteur à faire valoir le déséquilibre significatif. Alors que cette pratique restrictive est désormais la première à être invoquée par les cocontractants après la rupture brutale des relations commerciales établies⁶⁶², elle est paradoxalement très peu retenue par les juridictions du fond. En dehors des actions initiées par le ministre de l'Économie, très peu de décisions ont fait une application de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce en dehors du domaine de la grande distribution⁶⁶³. Certaines de ces décisions ont au demeurant été

⁶⁶¹ Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, et Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, CCC 5 mai 2015, comm. 15 N. Mathey ; Com. 3 mars 2015, *D.* 2015, p. 1021, note F. Buy ; Com. 27 mai 2015, 14-11387, Ministre de l'Économie C/ Le GALEC.

⁶⁶² Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2016), Document établi par la Faculté de Droit de Montpellier, p. 45 : « La soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif représente toujours la pratique restrictive la plus invoquée par les plaideurs, après la rupture brutale des relations commerciales établies ».

⁶⁶³ On recense quatre décisions en 2016 : CA Orléans, 25 février 2016, n° 15/01666, CA Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181 et CA Toulouse, 7 décembre 2016, n° 16/02774 qui concernaient un contrat de location financière ; CA Paris, 25 oct. 2016, n° 14/20906 qui concernait une entreprise victime d'un vol dans ses locaux qui avait assigné en responsabilité l'installateur de son système d'alarme ; une décision en 2015 CA Paris, 18 mars 2015, n° 12/21497 ; une décision en 2014 CA Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059 ; une décision en 2013 CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; aucune en 2012 ; deux en 2011 dont une concernait la distribution de presse et l'autre la fourniture d'un véhicule de transport ; En 2010, seule la Cour d'appel de Colmar (Colmar, 2ème ch. civ., section B, 19 nov. 2010, n° 07/03189) avait rendu un arrêt par lequel elle avait écarté le déséquilibre significatif s'agissant d'une SCI et d'une société de travaux immobiliers. Pour l'année 2009, une décision du

censurées par la suite par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. C'est le cas de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 octobre 2014.

227. Un GIE permettait aux radios locales et régionales, moyennant paiement d'un droit d'entrée, de sortie et de cotisations, un regroupement des audiences afin de fournir une offre d'espaces publicitaires groupés leur permettant d'accéder au marché publicitaire national. La contestation portait sur deux stipulations figurant dans le règlement intérieur signé entre les radios adhérentes et le GIE qui s'appliquaient aux radios sortantes. Il s'agissait d'une part de l'interdiction de publier dans l'étude de Médiamétrie leur part d'audience isolée, distincte de celle globale du GIE, et d'autre part d'une indemnité de dédit égale à 30 % de leur chiffre d'affaires réalisé avec le GIE. S'agissant de l'interdiction faite aux radios sortantes de publier leur part d'audience isolée dans le rapport Médiamétrie, la Cour d'appel a considéré que cette étude constituait une référence incontournable du marché publicitaire radiophonique, de sorte que l'impossibilité pour les radios sortantes de figurer dans cette étude retardait leur entrée dans les plans média des annonceurs et diminuait d'autant leur chiffre d'affaires⁶⁶⁴. Les radios sortantes pouvaient seulement échapper à cette interdiction en payant une indemnité de dédit égale à 30 % du chiffre d'affaires réalisé avec le GIE et prélevée d'office par ce dernier. La Cour d'appel a donc considéré que l'interdiction prévue à l'article 21.1 du règlement intérieur du GIE et l'indemnité pour s'en affranchir créaient un déséquilibre significatif contraire à l'article L. 442-6, I, 2°, en conséquence de quoi la disposition était nulle. La Chambre commerciale devait néanmoins censurer cette solution au motif que « sont exclues du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement⁶⁶⁵ ». Faut-il considérer que l'existence de dispositions légales spécifiques à ce type de groupement fait obstacle à l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce ? C'est ce que semble suggérer la Chambre commerciale dont la décision est rendue aux visas des articles combinés L. 251-1, L. 251-8, L. 251-9 et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Il s'agirait donc ici d'une illustration de

TGI de Paris (TGI Paris, 3 mars 2009, n° 09-00356), écartant le déséquilibre significatif dans un contrat conclu entre un constructeur automobile et son distributeur.

⁶⁶⁴ Lequel repose pour moitié sur les recettes publicitaires. Aut. conc. n° 15-D-02 du 26 févr. 2015 relative au respect, par le GIE « *Les Indépendants* », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006, p. 7.

⁶⁶⁵ Com. 11 mai 2017, n°14-29717, FS-PBRI, *BJS* 1^{er} juill. 2017, n°7-8, p. 455, obs. C. Grimaldi.

l'adage *specialia generalibus derogant*⁶⁶⁶. L'impérativité de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce serait « désactivée au profit de la volonté exprimée dans les statuts ou dans le contrat ou le règlement intérieur du GIE⁶⁶⁷ ». Les conditions du retrait du GIE étant définies par les statuts de ce dernier le déséquilibre significatif s'en trouvait évincé⁶⁶⁸. Cela revient à considérer que les parties ayant librement consenti à intégrer ce groupement, le déséquilibre significatif n'y aurait pas droit de cité. C'est ce qui explique que la Chambre commerciale ait rendu un arrêt excluant une société coopérative de commerçants détaillants du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°⁶⁶⁹ du Code de commerce, considérant que les dispositions de cet article « sont étrangères aux rapports entretenus par les sociétés en cause, adhérentes d'une société coopérative de commerçants détaillants »⁶⁷⁰. De telles solutions soulèvent néanmoins certaines interrogations⁶⁷¹.

228. S'il est vrai que les radios qui décident d'adhérer à ce GIE n'y sont pas contraintes⁶⁷², il faut quand même rappeler les enjeux de l'appartenance à ce GIE. Les 132 radios composant le groupement représentent en effet la première audience de France, et deux radios indépendantes sur trois en font partie. L'autorité de la concurrence avait au demeurant condamné ce GIE au paiement d'une amende de 300 000 euros pour ne pas avoir respecté des engagements souscrits en 2006 lesquels étaient précisément destinés à « assurer la transparence, l'objectivité et la prévisibilité des conditions d'adhésion, mais aussi de maintien

⁶⁶⁶ Décision préc. note M. Behar-Touchais, *JCP G* n° 27, 3 Juillet 2017, 763.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ Pour des applications antérieures de ce principe en matière de pratiques restrictives : Com. 3 avr. 2012, n° 11-13.527 : *JurisData* n° 2012-006422 ; Bull. civ. IV, n° 71 ; Plus récemment, Com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050 : *JurisData* n° 2017-001815 ; Bull. civ. IV, à paraître obs. M. Behar-Touchais, L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général, *BJS* mai 2017, n° 5, p. 324 ; *Lettre de la distribution*, mars 2016, p. 1, obs. N. Eréséo, *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 78, obs. N. Mathey.

⁶⁶⁹ Et de celui de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. puisque les demandeurs agissaient conjointement sur les deux fondements.

⁶⁷⁰ Les demandeurs contestaient la modification, par le règlement intérieur d'une société coopérative de commerçants détaillants, du seuil en parts de marché qui permettait aux coopérateurs de bénéficier d'une exclusivité territoriale. Certains coopérateurs n'avaient pas atteint ce seuil par suite de quoi de nouveaux coopérateurs avaient alors agréés dans leurs zones de chalandise.

⁶⁷¹ Com. 18 oct. 2017, 16-18864, Publié au bulletin, obs. G. Parléani, *AJ contrat* 2018, p. 31, selon lequel : « l'article L. 442-6, I du code de commerce ne peut évidemment pas régir des situations dans lesquelles celui qui prétend être victime a, par avance, accepté l'effort commun, qu'impose non pas un contrat bilatéral, mais une discipline commune. Invoquer l'article L. 442-6, I dans ces situations, c'est refuser la conséquence première de l'adhésion à une société, qui est de soumettre l'individuel au collectif. Le mécontent doit quitter la société s'il le peut, et le droit coopératif lui offre pour cela la faculté de retrait. »

⁶⁷² C'est ce que souligne M. Behar-Touchais qui considère la solution de la Cour d'appel comme « bien excessive ».

et de sortie du groupement.⁶⁷³ » L'autorité de la concurrence avait rappelé dans sa décision que « la seule façon pour des radios locales d'intéresser les annonceurs nationaux pour accéder de manière significative au marché de la publicité nationale est de se regrouper et que le GIE Les Indépendants est le seul produit de couplage attractif sur le marché » et « que les recettes publicitaires sont une source de revenus incontournable pour les radios, et notamment les recettes publicitaires nationales. » Il est donc permis de voir dans l'adhésion des radios qui s'étaient pourvues en cassation un choix moins délibéré qu'il n'y paraissait. L'application au cas d'espèce de l'adage *specialia generalibus derogant* revient ainsi à assurer un niveau de protection moindre aux cocontractants⁶⁷⁴. Cette solution n'est pas satisfaisante et appelle à une réflexion sur l'intérêt de l'application de cet adage lorsque celui-ci revient à priver les parties de dispositions protectrices plus avantageuses⁶⁷⁵.

229. L'analyse des décisions admettant l'application de l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce fait donc apparaître les limites fonctionnelles de cet outil juridique dans les relations d'affaires. Plusieurs décisions récentes relatives au cas des marchés biface de type OTA (*Online travel agency*) démontrent cependant l'intérêt du déséquilibre significatif dans les relations contractuelles faisant intervenir des plateformes de réservation en ligne.

2. L'application du déséquilibre significatif dans les contrats faisant intervenir des plateformes de réservation en ligne

230. Les plateformes de réservation hôtelière « servent d'intermédiaire sur un marché qui comprend deux faces, en mettant en relation deux catégories de clients distinctes : les hôteliers et les consommateurs de nuitées.⁶⁷⁶ » Les relations contractuelles entre ces plateformes et les établissements hôteliers ont révélé la présence de plusieurs clauses créant un déséquilibre significatif au détriment des hôteliers⁶⁷⁷. Il s'agit plus précisément des clauses

⁶⁷³ ADLC Décision n°15-D-02 du 26 février 2015 relative au respect, par le GIE « Les Indépendants », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006.

⁶⁷⁴ Cela d'autant que cette décision pourrait annoncer une extension de l'adage *specialia generalibus derogant* à d'autres groupements notamment les statuts de société, et une extension de cette solution à l'article 1171 du Code civil. V. En ce sens, les observations de M. Behar-Touchais *JCP G* n° 27, 3 Juillet 2017, 763.

⁶⁷⁵ Cf. *infra* n°259 à 261.

⁶⁷⁶ ADLC Décision n°15-D-06 du 21 avril 2015.

⁶⁷⁷ T.com Paris, 7^e ch. 7 mai 2015, n° j2015000040, *Expedia* ; T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Economie et des Finances et autres / Société *Booking.com* B.V et Société *Booking.com* France).

de parité tarifaire et de disponibilité⁶⁷⁸, et des clauses de classement unilatéral. Les clauses de parité tarifaire désignent celles qui imposent à l'hôtelier d'accorder des conditions au moins aussi favorables que celles accordées par ailleurs, que ce soit celles mises en œuvre par l'hôtelier lui-même, ou celles que ce dernier accorde aux autres sites de réservation. Ces clauses ont été sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, le tribunal de commerce de Paris considérant que le déséquilibre significatif était caractérisé ici par « une absence de négociation dans la mesure où les clauses de parité tarifaire et de disponibilité sont systématiquement incluses dans les mêmes termes dans tous les contrats signés entre *Booking* et les hôteliers, au prix de concessions contractuelles excessives.⁶⁷⁹ » Le tribunal de commerce de Paris a encore sanctionné sur ce fondement la clause par laquelle la plateforme de réservation se réserve des prérogatives unilatérales en matière de classement des établissements hôteliers. Ces « clauses de marketing direct » interdisent aux établissements hôteliers d'une part de communiquer des indications telles que le numéro de téléphone, de télécopie ou l'adresse de leurs réseaux sociaux sur le site booking.com, et d'autre part, d'utiliser les coordonnées de la clientèle. Le tribunal de commerce de Paris a estimé que ces clauses créaient un déséquilibre significatif en ce qu'elles « restreignent indûment la liberté de l'hôtelier de prospector des clients.⁶⁸⁰ »

231. L'on voit au travers de ces décisions l'influence décisive de la particularité de ce marché biface dans l'admission du déséquilibre contractuel. La décision rendue par l'autorité de la concurrence le 21 avril 2015 avait permis de mettre en évidence le fonctionnement de ce marché. L'autorité de concurrence estimait alors à plus de 30 % la part de marché détenue par *Booking* sur le marché de l'offre de services de réservation de nuitées seules d'hôtels français sur des OTA. L'autorité de la concurrence ajoutait même qu'« il serait d'ailleurs susceptible

⁶⁷⁸ Article 2.2.2 des CGP de *Booking.com* BV, acceptées par l'hôtelier contractant : « l'hébergement doit assurer à booking.com la parité de ses tarifs et disponibilités. [...] la parité tarifaire signifie des tarifs égaux ou plus avantageux pour le même hébergement, le même type de logement, les mêmes dates de séjour, le même type de lit et le même nombre de client, et des restrictions ou conditions égales ou plus avantageuses, par exemple pour le petit déjeuner, les modifications de réservation et les conditions d'annulation, aux tarifs, conditions et restrictions disponibles sur les sites internet et de l'hébergement, applis ou par les centres d'appel dudit hébergement, directement ou auprès de l'hébergement, auprès de tout concurrent de *Booking.com* étant un partenaire commercial de l'hébergement ou étant lié au dit hébergement. [...] la parité des disponibilités signifie que l'hébergement doit fournir à *Booking.com* des disponibilités (c'est-à-dire des logements disponibles à la réservation sur la plate-forme) au moins aussi favorables que celles fournies à tout concurrent de *Booking.com* et ou à tout autre tiers étant un partenaire commercial de l'hébergement ou étant lié audit hébergement » ;

⁶⁷⁹ T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Economie et des Finances et autres / Société Booking.com B.V et Société Booking.com France).

⁶⁸⁰ *Ibid.*

d'y détenir une position dominante.⁶⁸¹ » C'est donc la configuration du marché pertinent en cause qui justifie ici l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En dehors de ces marchés particuliers, le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce semble relativement difficile à caractériser.

232. Le déséquilibre significatif n'a donc pas vocation à devenir un outil général de lutte contre les déséquilibres contractuels, mais bien un outil sectoriel destiné à sanctionner pour des secteurs oligopolistiques du marché⁶⁸², les déséquilibres produits par les rapports de force nécessairement inégaux des acteurs économiques en présence. L'apparition du déséquilibre significatif de droit commun plaide en ce sens, dans la mesure où celui-ci apparaît comme un palliatif à l'interprétation restrictive de son homonyme concurrentiel, dans les contrats conclus entre professionnels.

Section 2 : Le déséquilibre significatif de droit commun

233. D'un point de vue formel, le déséquilibre significatif de droit commun s'inscrit dans la filiation directe de ses homonymes consuméristes et concurrentiels. Les objectifs poursuivis par l'article 1171 semblent eux aussi partager une ambition commune avec les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, la protection de la partie faible étant revendiquée comme l'un des enjeux de la réforme du droit des contrats⁶⁸³. L'unité formelle des déséquilibres significatifs (§1) ne manque pas pour autant de questionner la pertinence de l'introduction de cette notion en droit commun des contrats à l'heure où la

⁶⁸¹ ADLC Décision n°15-D-06 du 21 avril 2015, p. 27.

⁶⁸² M. Leveneur-Azémar, Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, Thèse, Paris 2, 2016, n°257 et 258 pp. 161-163.

⁶⁸³ Il s'agit du dernier objectif annoncé par la garde des Sceaux lors de la présentation du projet d'ordonnance en février 2015. Cet objectif apparaît encore dans le rapport au président de la République où elle est présentée dans un paragraphe consacré au renforcement de l'attractivité du droit : « Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché. » ; « Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du Code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles. » V. encore au sujet du dol « En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables ». Pour un commentaire plus complet de cet objectif dans la réforme G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°36 à 38, pp. 29-32 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017 n°35, p. 21.

sécurité juridique et la cohérence de la politique législative sont affichées comme des priorités (§2).

§1. L'unité formelle des déséquilibres significatifs

234. Les inspirations textuelles de l'article 1171 (I) et les objectifs que l'ordonnance du 10 février 2016 semble lui assigner (II) tendent à interroger l'existence d'un équilibre objectif dès lors que le législateur sanctionne un déséquilibre dont il n'identifie ni les victimes ni les causes.

I. Les inspirations textuelles

235. La genèse du texte (A) et le champ d'application que l'article 1171 du Code civil se propose d'embrasser (B) font apparaître le déséquilibre significatif de droit commun comme le relai ambitieux de ses homonymes consuméristes et concurrentiels, confortant ainsi l'unité formelle de ces mécanismes.

A. La genèse du texte

236. La genèse de l'article 1171 du Code civil doit être analysée tant en droit interne (1) qu'en droit européen (2) dès lors que cet article témoigne tout à la fois d'un souci d'harmonisation de la matière et du maintien revendiqué d'une spécificité française dans l'appréhension du déséquilibre contractuel.

1. Les origines du texte en droit interne

237. L'ordonnance du 10 février 2016 a intégré au Code civil un nouvel article 1171 alinéa 1 permettant de sanctionner « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits

et obligations des parties »⁶⁸⁴. Cette disposition figurait déjà dans l'avant-projet de réforme *Catala* qui prévoyait que « la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée.⁶⁸⁵ » L'avant-projet *Terré* contenait pour sa part une disposition comparable laquelle disposait que « la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande⁶⁸⁶ ». Le texte avait été ensuite abandonné dans l'avant-projet de réforme de la Chancellerie déposé en juillet 2008 avant de faire sa réapparition dans la version officieuse de 2009⁶⁸⁷, et d'être modifiée par la seconde version officieuse du projet en date du 23 octobre 2013⁶⁸⁸ reprise par le projet d'ordonnance du 25 février 2015 faisant disparaître le caractère « non négocié » de la clause.

238. Plus directement, cette disposition s'inspire du mécanisme de lutte contre les clauses abusives du Code de la consommation⁶⁸⁹ et de la pratique restrictive visée par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁶⁹⁰. Néanmoins, la lecture de l'article 1171 de l'ordonnance fait immédiatement apparaître les particularités de ce déséquilibre significatif de droit commun⁶⁹¹ et sa filiation plus étroite avec son homonyme consumériste. À la différence du déséquilibre significatif du Code de commerce, ce déséquilibre ne comporte aucune référence au comportement de la partie à l'origine du déséquilibre. La soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif est en effet absente de ce dispositif, l'analyse

⁶⁸⁴ Il s'agit là de la dernière version de l'art. 1171 issue de l'art. 7, 2° de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁶⁸⁵ Article 1122-2 Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) du 2 septembre 2005.

⁶⁸⁶ F. Terré, (sous la direction de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, art. 67.

⁶⁸⁷ Art. 87 bis : « une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ».

⁶⁸⁸ Art. 77.

⁶⁸⁹ Article L. 212-1 alinéa 1 du Code de la consommation.

⁶⁹⁰ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, p. 170, n°25.101.

⁶⁹¹ Pour une critique de la tendance actuelle à l'intégration dans le droit commun des dispositifs de protection de la partie faible G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°37, pp. 30-31 : « on peut douter que le droit commun des contrats, applicable aussi bien aux relations entre professionnels, entre professionnels et consommateurs, qu'entre particuliers, soit l'instrument le plus efficace pour traiter, au plus près de la diversité des besoins de protection ressentis, la situation réelle des contractants. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.* n°256, p. 235 qui parlent de « perversion du droit commun par le droit de la consommation » ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 306.

objective⁶⁹² du résultat suffisant à identifier le déséquilibre. Une incertitude demeure quant à la méthode d'appréciation de ce nouveau déséquilibre. Si l'article L. 212-1 alinéa 5 dispose que le déséquilibre s'apprécie en se référant à toutes les autres clauses du contrat, l'article 1171 n'apporte, quant à lui, aucune précision sur ce point. S'agissant de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce la jurisprudence a eu l'occasion de préciser la méthode d'appréciation sur laquelle il repose. Cette dernière peut être décomposée en deux temps. Le premier temps consiste à analyser la clause isolément afin d'identifier le déséquilibre, tandis que dans un second temps le défendeur peut se référer aux autres clauses du contrat pour démontrer que celles-ci viennent compenser le déséquilibre dont est porteuse la clause litigieuse⁶⁹³. La nature du déséquilibre, si elle n'est pas précisée, semble là encore se rapprocher de celle du déséquilibre significatif de l'article L. 212-1 alinéa 1 du Code de la consommation. L'article 1168 du Code civil précise en effet qu'en matière de contrats synallagmatiques « le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat ». L'alinéa 2 de l'article 1171 dispose pour sa part que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » Il s'agit là d'une différence de taille avec le déséquilibre significatif du Code de commerce, qui peut porter à la fois sur les droits et les obligations des parties, mais également sur la valeur⁶⁹⁴ de ces obligations. Il semblerait donc que cette disposition reprenne le mécanisme consumériste de lutte contre les clauses abusives pour en faire un mécanisme général de lutte contre les déséquilibres contractuels sans considération des qualités subjectives des cocontractants. Le déséquilibre significatif de droit commun a donc vocation à appréhender les relations entre particuliers, mais également les contrats conclus entre professionnels⁶⁹⁵. Cet outil juridique semble donc s'inscrire dans la continuité des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, dans le même temps qu'il se propose de couvrir un champ d'application plus vaste que ces homonymes.

⁶⁹² G. Chantepie, La réforme en pratique, Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats, *AJCA* 2015, p. 121.

⁶⁹³ Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 « l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que la clause [...] revêt un caractère automatique, source de disproportion entre le manquement et la sanction, et qu'elle est dépourvue de réciprocité et de contrepartie [...] que la société Eurauchan ne démontre pas que d'autres clauses du contrat, issues de la négociation, compensent le déséquilibre significatif en cause ».

⁶⁹⁴ CA Paris, 23 mai 2013, *SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté IKEA SupplyAG*, *Min. Économie, Industrie et Emploi*, n° 12/01166, *CCC* 2013. n° 208, obs. Mathey.

⁶⁹⁵ En ce sens, F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, *Dalloz*, 2017, p. 169, n°25.91. Dans le même sens, Com. 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : *JurisData* n° 2016-020311, *RDC* 2017, t. I, obs. M. Behar-Touchais.

239. Les origines de l'article 1171 du Code civil en font également une notion familière au droit européen des contrats, et précisent la vocation de cet outil.

2. Les origines du texte en droit européen

240. Alors que l'article 1171 peut apparaître comme une nouveauté radicale, le droit européen des contrats consacre depuis plusieurs années des dispositions comparables. Les principes du droit européen des contrats prévoient ainsi qu'« une clause qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elle crée à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion.⁶⁹⁶ » Le *Draft common frame of reference* envisage également la sanction des clauses abusives dans les rapports entre professionnels. L'article 9 : 406 de la section 4 du Chapitre 9 consacré au contenu et aux effets des contrats définit la clause abusive dans un contrat conclu entre professionnels comme celle qui « fait partie de clauses standardisées émanant de l'une des parties et qu'elle est de telle nature que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales contrairement aux exigences de la bonne foi. » Il convient de préciser que cette définition diffère de celle donnée pour les clauses abusives dans les contrats conclus entre deux ou plusieurs parties non professionnelles. Dans cette hypothèse⁶⁹⁷, la clause doit désavantager une partie de façon significative contrairement aux exigences de la bonne foi. Cette dernière définition quasi identique à celle donnée par les PDEC atteste de la proximité de ces dispositions avec le nouvel article 1171. Il s'agit en effet pour l'ensemble de ces textes de sanctionner, dans un contrat d'adhésion, les clauses qui créent un déséquilibre significatif au détriment d'une partie. Dans le même esprit, le Code civil allemand sanctionne sur le fondement de l'obligation de bonne foi, le déséquilibre contractuel dans les contrats commerciaux par le biais des articles 305 et suivants du BGB⁶⁹⁸. L'article 307⁶⁹⁹ dispose que

⁶⁹⁶ Article 4 : 110 1° *VARII AUCTORES*, Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen du contrat, *Société de législation comparée*, 2003.

⁶⁹⁷ Art. 9 : 406.

⁶⁹⁸ F. Kutscher-Puis, Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, *CCC* 2015, n°6 étude 7. V. aussi, ⁶⁹⁸ J.-L. Fourgoux, M. Chagny, J. Riffault-Silk, C. Pecnard, D. Tricod Approches plurielles du déséquilibre significatif, *Concurrences*, n°2-2011, n°11 et svts.

⁶⁹⁹ §307 BGB : « 1. Sont nulles les stipulations des conditions générales d'affaires si elles désavantagent excessivement le cocontractant de leur utilisateur contrairement à l'obligation de bonne foi. Un désavantage excessif peut également découler de ce que la stipulation n'est pas claire et compréhensible. 2. Dans le doute,

peut être déclarée nulle la clause qui désavantage injustement le cocontractant contrairement à l'obligation de bonne foi. À l'image du droit français, cette disposition est réservée à ce que le droit allemand nomme les conditions générales d'affaires et qui désigne les « stipulations contractuelles préédigées pour une multitude de contrats et proposées par une partie à son cocontractant lors de la conclusion du contrat⁷⁰⁰ ». Une particularité du droit européen⁷⁰¹ mérite d'être précisée.

241. Les textes précités articulent tous le caractère abusif de la clause avec l'obligation de bonne foi. La clause abusive désigne, dans cette perspective, celle qui est contraire aux exigences de la bonne foi. Le droit interne semble sur ce point beaucoup plus réticent à accorder une telle place à cette notion⁷⁰². La bonne foi est en droit français cantonnée à un standard comportemental devant être adopté par les cocontractants au stade, de la négociation, de la formation et de l'exécution du contrat⁷⁰³. Le rôle annihilateur de la bonne foi en droit européen tel que décrit par Madame Tisseyre dans sa thèse consiste précisément à dépasser l'exigence comportementale associée à cette notion pour exiger une certaine loyauté dans les termes mêmes du contrat⁷⁰⁴. La bonne foi occupe dans ces textes une fonction de standard objectif permettant de sanctionner le contrat. Le droit interne maintient au travers de la réforme la distinction entérinée par l'arrêt *Les Marchéchaux*⁷⁰⁵. Les dispositions relatives à l'obligation de bonne foi font référence aux comportements de parties⁷⁰⁶ et n'autorisent jamais à porter atteinte à la « substance » du contrat. Ce parti pris n'est pas neuf, la directive

doit être considéré comme un désavantage excessif si une stipulation 1. n'est pas compatible avec l'essence de la loi, de laquelle elle s'écartere, ou 2. restreint tellement des droits ou obligations découlant de la nature du contrat que la réalisation du but contractuel est atteint. 3. Les alinéa 1 et 2 ainsi que les §§ 307 et 309 ne s'appliquent qu'aux stipulations des conditions générales d'affaires par lesquelles sont stipulées des dispositions s'écarterant ou complétant la loi. Les autres stipulations peuvent être nulles sur le fondement de l'alinéa 1^{er} phr. 2 en relation avec l'alinéa 1 phr. 1. »

⁷⁰⁰ Article 305, alinéa 1er du Code civil allemand. » (Traduction libre)

⁷⁰¹ Cette spécificité existe aussi en dehors de l'Union européenne. V. notamment, en droit Suisse où un dispositif jurisprudentiel comparable à celui de l'article 1171 consiste à sanctionner les clauses dites « insolites » lesquelles « s'apprécie[nt] à la fois objectivement (la clause en question doit s'écarter notablement, et de manière inhabituelle, du droit dispositif) et subjectivement (le contractant à qui on prétend imposer cette clause ne pouvait pas s'y attendre selon les règles de la bonne foi, ou, selon une autre formulation typique du droit suisse, selon le principe de la confiance). V. sur ce point, P. Ancel, Un aperçu des évolutions récentes du droit suisse en matière de contrôle des clauses abusives, *RDC* 2010, n°1, p. 307.

⁷⁰² S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse, PUAM, 2012, p. 189, n°251.

⁷⁰³ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 2016, n°185, p. 154 : « l'article 1134 alinéa 3 ne commande qu'un contrôle du comportement, au cours de l'exécution de la convention, en marge du contenu obligationnel légalement convenu ».

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007 p. 2839, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁷⁰⁶ Pour exemples : Art. 1104, 1112, 1342-3 Code civil.

n° 93/13/CEE du 5 avril 1993⁷⁰⁷ relative aux clauses abusives dans les contrats de consommation faisait déjà explicitement référence à l'obligation de bonne foi, sans que cette référence ne soit reprise par le législateur français à l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Cette réticence du législateur français tient vraisemblablement « au caractère malléable de la notion qui affaiblirait la sécurité des transactions.⁷⁰⁸ » Cette crainte est légitime, mais repose en vérité sur une définition exclusive de l'obligation de bonne foi⁷⁰⁹. L'approche européenne de la notion en fait un standard objectif particulièrement utile au juge et aux parties lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère abusif d'une clause. La difficulté pour le déséquilibre significatif de droit commun consistera à définir des critères objectifs d'identification. Si la bonne foi n'est pas explicitement invoquée à l'appui de l'article 1171, nul doute que les juges pourront aller chercher dans l'article 1104 un critère supplémentaire dans la mise en évidence du déséquilibre significatif de droit commun.

242. La question du champ d'application de l'article 1171 est sans doute la plus sensible, car la plus révélatrice de la puissance de l'outil. Elle témoigne d'une approche objective et dépersonnalisée du déséquilibre significatif.

B. Le champ d'application du déséquilibre significatif de droit commun : le contrat d'adhésion

243. Le champ d'application du déséquilibre significatif est conditionné par la présence d'un contrat d'adhésion. Alors que le Projet d'ordonnance du 25 février 2015 offrait au déséquilibre significatif un champ d'application qui semblait infini, l'ordonnance du 10

⁷⁰⁷ Art. 3-1 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. »

⁷⁰⁸ S. Tisseyre, *op. cit.* n°345, p. 243. Dans le même sens, R. Jabbour, *op. cit.* n°189, p. 156 : « Amplifier le souffle de la justice dans le contrat pourrait bien sûr sembler séduisant, si l'on admet qu'il puisse véritablement s'appliquer en droit des contrats. Cette aspiration ne coïncide pas en outre avec la vocation de la bonne foi. La fixité de la force obligatoire l'en interdit. »

⁷⁰⁹ R. Jabbour *op. cit.* n°225, p. 180 au sujet de la bonne foi : « Norme comportementale, elle ne peut davantage empiéter sur les terres de l'article 1135 du Code civil en ouvrant sur une « modification du contenu » obligationnel. Ligne de foi dans le contrat, elle détermine une orientation indispensable du comportement, qui peut être actif qu'il s'agisse de collaborer ou de renégocier l'accord de volontés. À la différence de l'article 1135 qui a vocation à étoffer le contenu obligationnel, la bonne foi révèle les devoirs permettant l'accomplissement du projet contractuel. »

février 2016, sans doute influencée par les nombreux commentaires doctrinaux⁷¹⁰, a entendu limiter le déséquilibre significatif aux contrats d'adhésion⁷¹¹. Âprement débattu⁷¹², le choix de circonscrire l'article 1171 aux seuls contrats d'adhésion témoigne d'un décloisonnement original du déséquilibre significatif⁷¹³. Ce contrat est lui-même défini par l'article 1110 alinéa 2 comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». La renonciation à la référence aux conditions générales opérée par la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 (1), conduit à préciser le sens de la définition du contrat d'adhésion consacrée donnée par cette dernière (2).

1. La renonciation à la référence aux conditions générales par la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016

244. L'ordonnance du 10 février 2016 rattachait la définition du contrat d'adhésion à celle des conditions générales⁷¹⁴. L'on pouvait considérer alors, en utilisant une synecdoque, que les conditions générales désignaient le contrat d'adhésion⁷¹⁵. L'absence de définition légale

⁷¹⁰ L. Gratton, Les clauses abusives en droit commun des contrats, *D.* 2016, 22. V. aussi, G. Chantepie <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/13/obligation-essentielle-et-clauses-abusives/>

⁷¹¹ L'expression a été inventée par R. Saleilles, De la Déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144), Paris, LGDJ, 1929, p. 229. V. aussi, F. Chénéde, Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion, *RDC* 2012, n°3 p. 1017.

⁷¹² F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, p. 172 n°25.112 : « le champ de cette disposition a fait l'objet de débats dans le groupe technique, certains membres souhaitant l'étendre aux clauses négociées. Les partisans de cette extension (associations de consommateurs) invoquaient notamment la détermination parfois difficile du caractère négocié ou non de telle ou telle clause. Le groupe technique n'a pas tranché ces questions et a soumis à l'arbitrage du groupe ministre [...] le groupe ministre a considéré que le champ de celui-ci devait couvrir toutes les clauses, négociées ou non. » Cf. Projet de la Chancellerie de 2011 art. 82. C'est un véritable feuilleton législatif puisque pas moins de trois définitions du contrat d'adhésion se sont succédées au cours des débats parlementaires. V. le texte adopté par le Sénat le 17 oct. 2017 qui modifiait l'art. 1110 al. 2 C. civ. En ce sens : « Au second alinéa, les mots : « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont » sont remplacés par les mots : « qui comporte des clauses non négociables, unilatéralement » ; V. ensuite le texte modifié par l'Assemblée nationale le 11 déc. 2017 qui modifiait encore l'art. 1110 al. 2 ainsi : « Après le mot : « celui », la fin du second alinéa est ainsi rédigé : « qui comporte des conditions générales au sens de l'article 1119. » Et V. enfin le texte adopté en deuxième lecture par le Sénat le 1^{er} févr. 2018 : « Après le mot : « celui », la fin du second alinéa est ainsi rédigé : « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

⁷¹³ G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°442, p. 364 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017 n°366, p. 326 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 300.

⁷¹⁴ Art. 1110 al. 2 de l'ordonnance du 10 févr. 2016 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »

⁷¹⁵ A. Seube, art. préc. p. 632.

des conditions générales⁷¹⁶ est néanmoins apparue problématique⁷¹⁷ à tel point que l'Assemblée nationale avait jugé nécessaire de compléter les termes de l'article 1119 du Code civil à l'occasion de l'adoption du projet de loi de ratification. Une phrase avait ainsi été ajoutée en tête de l'alinéa 1 de l'article 1119 définissant les conditions générales comme « un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destiné à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats.⁷¹⁸ » Ce texte vidait l'article 1171 de sa portée, et avait été critiqué à ce titre par plusieurs auteurs⁷¹⁹. Cet ajout était par ailleurs critiquable en ce qu'il rendait particulièrement difficile de déterminer ce que constitue numériquement une « multitude de personnes ou de contrats ». S'il est vrai que le contrat d'adhésion constitue dans certains domaines le support commun à un ensemble de relations économiques⁷²⁰, il aurait été réducteur de limiter le contrat d'adhésion à ces « contrats de masse⁷²¹ ». Le gouvernement lui-même semblait avoir pris la mesure des conséquences

⁷¹⁶ L'article 1119 du Code civil dans sa version en vigueur avant l'adoption du projet de loi de ratification ne contenait aucune définition des conditions générales. Il faut rappeler également que l'expression de « conditions générales » est apparue tardivement dans les travaux préparatoires. La version antérieure du projet disposait dans son article 1108 alinéa 2 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties. » Cette expression venait du droit québécois art. 1379 C.c.Q. V. B. Moore, Le contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation et d'adhésion : perspectives de droit québécois, in *L'amorce d'un droit européen du contrat*, *SLC*, 2010, spéc. p. 115.

⁷¹⁷ Certains auteurs semblaient néanmoins ne pas déplorer l'absence de définition légale des conditions générales. En ce sens V. M. Mekki, Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016. Propositions en droit des contrats : *less is more...* *AJContrat* nov. 2017, 466 : « Inutile de définir ce que recouvre le vocable de « conditions générales ». Il faut sur ce point faire confiance au juge qui, au gré des circonstances et des litiges, en précisera les contours. » ; L'absence de définition légale était d'autant plus problématique que certains auteurs semblent définir les conditions générales d'un point de vue formel comme celles qui sont nommées comme telles par les parties V. en ce sens, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* 65. Cela semble pourtant inconciliable avec l'objectif du texte, puisqu'il suffirait que les parties nomment ces clauses différemment pour échapper à l'application de l'art. 1171 C. Civ.

⁷¹⁸ Il s'agit ici de la version du texte adoptée par l'Assemblée nationale en séance ordinaire du 11 décembre 2017. L'entrée en vigueur de ce texte reste donc encore subordonnée à l'adoption de ce texte en 2^{ème} lecture par le Sénat. Cette définition reprend la limite déjà posée par le droit de la consommation en matière de clauses abusives. En effet, aux termes de l'article 3, 2° de la Directive du 5 avril 1993 une clause est considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement. Le contrat d'adhésion est donc pour le droit européen de la consommation un contrat qui exclut par principe la négociation. Il appartiendra au professionnel de démontrer que la clause soumise au consommateur a fait l'objet d'une négociation individuelle.

⁷¹⁹ Dans le même sens, G. Chantepie, M. Latina, Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat, *Dalloz actualité*, 6 févr. 2018.

⁷²⁰ Cf. *infra* sur le phénomène de standardisation n° 726.

⁷²¹ G. Chantepie, M. Latina, art. préc. V. également, Th. Revet, L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, *D.* 2018, 124.

néfastes⁷²² de cet ajout et avait finalement amendé le texte voté par l'Assemblée nationale en première lecture⁷²³.

245. Les définitions doctrinales des conditions générales sont nombreuses et trahissent la difficulté avec laquelle il est possible de distinguer ces dernières du contrat d'adhésion lui-même, et de figures contractuelles voisines⁷²⁴ et notamment des clauses⁷²⁵ et contrats⁷²⁶ types.

⁷²² *Ibid.* Les auteurs soulignent notamment que cet ajout revient à créer une « zone grise » dans la qualification contractuelle : « En outre, la définition de l'Assemblée nationale laissait un espace libre entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion. Comment fallait-il qualifier les contrats qui, ne comportant pas de conditions générales, n'étaient pourtant pas négociables ? »

⁷²³ Amendement présenté par le gouvernement le 22 janv. 2018 devant la Commission des lois : « Le Gouvernement poursuit le même objectif que le Parlement de clarifier la définition du contrat d'adhésion à l'article 1110, qualification qui conditionne l'application du dispositif de lutte contre les clauses abusives. L'Assemblée nationale a de manière opportune resserré le champ des contrats d'adhésion et entrepris un effort louable de définition. Toutefois la définition du contrat d'adhésion par référence à la notion de « conditions générales », adoptée dans l'ordonnance et réintroduite par l'Assemblée nationale, a soulevé de nombreuses critiques et s'avère sans doute trop restrictive. Une telle définition englobe en effet seulement les contrats de masse intégrant de telles « conditions générales » et exclut des contrats dont le contenu est en partie ou pour l'essentiel non négociable, sans néanmoins intégrer de telles « conditions générales », contrats que la définition adoptée par le Sénat permettait opportunément de couvrir. Par ailleurs le critère tenant à l'exigence que ces conditions soient destinées à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats apporte une restriction inopportune. http://www.senat.fr/amendements/commissions/2017-2018/154/Amdt_COM-9.html Le Sénat a donc supprimé, en deuxième lecture (session ordinaire du 1^{er} févr. 2018), l'article 3 *bis* qui proposait une redéfinition des conditions générales. Cette suppression a été suivie par l'Assemblée nationale en deuxième lecture (session ordinaire du 15 févr. 2018).

⁷²⁴ J. Schmidt-Szalewski, Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats, in Mélanges A. Colomer, Litec, 1993, p. 415 ; G. Lardeux, Les clauses standardisés en droit français et en droit allemand, Thèse, Paris 2, 1999 ; F. Limbach, Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats, De l'utilité du concept de déclaration de volonté, LGDJ 2004 ; Paradoxalement, ni l'ordonnance du 10 février 2016, ni le Rapport au président n'ont entendu définir cette notion.

⁷²⁵ Certains auteurs emploient l'expression de « clauses types » pour désigner les conditions générales. Il faut prendre soin cependant de distinguer ces deux « formules ». En ce sens, V. Ch. Del Marmol, Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial, in Liber Amicorum Baron Fredericq 1966, t. I, p. 307 ; D. Mainguy, art. préc., n°1, définit encore les conditions générales comme « l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer. » ; A. Seube, art. préc. p. 629 propose à cette fin de parler de « formule type de contrat » plutôt que de contrats types ; J. Léauté, Les contrats-types, *RTD civ.* 1953, p. 429, n° 1 ; D. Mainguy, Conditions générales de vente et contrats-types, *J.-Cl. Contr. Distr.* Fasc. 60, 2001, n°1 : « Les termes « conditions générales » désignent alors, formellement, le support de l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer. » ; G. Chantepie, De la nature contractuelle des contrats-types, *RDC* 2009, n°3, p. 1233 : « Bien que la différence soit parfois tenue, les contrats-types ne sauraient être assimilés à des conditions générales de vente ou à des contrats pré-rédigés par l'une des parties. Leur élaboration par un tiers au contrat constitue ainsi le trait commun des contrats-types analysés, indépendamment de la dénomination retenue par les parties ou les organismes professionnels qui en sont à l'origine. »

⁷²⁶ Le contrat type peut être défini comme « un modèle [...] général, rédigé par un tiers, organisme professionnel ou officiel, qu'utiliseront ensuite l'ensemble des membres de cette profession⁷²⁶ ». Il convient en effet de caractériser le contrat type par sa nature réglementaire. Alors que le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales déterminées unilatéralement sont soumises à l'adhésion de l'autre partie, le contrat type, lui, est rédigé par un tiers au contrat. Cela signifie qu'appliqué à l'article 1171 du Code civil, le déséquilibre significatif créé par un contrat type devrait *a priori* être exclu. Cela s'explique sans doute par le fait que le tiers au contrat à l'origine du contrat type n'a pas, en principe, un intérêt particulier à soumettre l'une ou l'autre des parties à un déséquilibre. Pour quelques exemples de contrats types : La loi ALUR du 24 mars 2014 a instauré

Il s'agirait pour reprendre les termes d'un auteur « d'une liste de clauses qui sont annexées au contrat ou qui y sont incorporées par référence. Ces conditions générales sont établies par l'une des parties⁷²⁷ ».

246. Le droit allemand qui utilise pour sa part la notion de « conditions générales d'affaires⁷²⁸ » pour sanctionner les déséquilibres contractuels, apprécie cette notion de manière formaliste. Les juges allemands concentrent en effet leur attention sur la forme du contrat plus que sur les circonstances qui ont présidé à la conclusion de celui-ci⁷²⁹. « Un contrat reprenant les clauses standards des modèles de contrat et adoptant le graphisme de ces modèles de contrats sera considéré de prime abord comme provenant de la partie dont le pouvoir de négociation est le plus fort et les intérêts particulièrement protégés par le contrat. À ceci se rajoutent des éléments tenant à la présentation formelle du contrat, par exemple faisant référence en pied de page à cette partie ou bien à son cabinet-conseil.⁷³⁰ » La jurisprudence allemande exige à ce titre que la partie qui se prévaut de l'application de la clause ait réellement voulu cette négociation et qu'elle en ait donné les moyens à son cocontractant⁷³¹. Le fait que certaines clauses aient été négociées ne suffit pas à faire du contrat un contrat négocié, ces clauses pouvant seulement être écartées du contrôle exercé par le juge. Cette position se distingue de la lecture en « bloc » des conditions générales que de

des contrats types de location définis par le décret n° 2015-587 du 29 mai 2015. Il s'agit des contrats types de location ou colocation de logement nu et de logement meublé ; contrat-type d'apprentissage issu du décret n° 77-99 du 2 février 1977 ; contrat d'intégration en matière agricole C. rur., art. L. 326-5 ; l'offre préalable de crédit faite au consommateur Art. L. 311-13 C. consom.

⁷²⁷ G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, Thèse, LGDJ, 1973, n°50, p. 32 ; Pour une autre définition, V. A. Seube, Les conditions générales des contrats, in Études offertes à A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, p. 623 qui définit les conditions générales comme les « clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire ».

⁷²⁸ § 305, alinéa 1er du BGB. C'est également le cas du droit civil japonais dont l'article 548-2 alinéa 1 du nouveau Code civil dispose qu'« on considère que des parties qui font des affaires standardisées (les affaires que l'une des parties destine à une multitude de personnes indéterminées, dont les conditions générales totalement ou partiellement standardisées sont raisonnables pour les deux parties) ont accepté des clauses de conditions générales standardisées (l'ensemble des clauses qui sont préparées à l'avance sont destinées à être intégrées dans le contrat par l'une des parties dans les affaires standardisées) ».

⁷²⁹ Cour fédérale de justice, arrêt du 17 février 2010 (*BGHZ 118, 259*) portant sur un contrat de vente de véhicule d'occasion, Cour fédérale de justice, arrêt du 20 mars 2014 (*NJW 2014, 1725*) portant sur un contrat de maîtrise d'ouvrage, commenté par S. Kaufhold, *AGB-Anschein trotz Verhandlungsbestätigung - Ist der Individualvertrag im Unternehmerverkehr noch zu retten ?* : *NJW 2014, 3488-3492*.

⁷³⁰ F. Kutscher-Puis, Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, *CCC 2015*, n°6 étude 7.

⁷³¹ *Ibid* : « Cette volonté doit se manifester expressément en ce sens que le rédacteur du projet de contrat doit transmettre son projet en spécifiant bien, avec une sérieuse intention, qu'il est tout à fait disposé à négocier et, le cas échéant, modifier la teneur des différentes clauses » V. Cour fédérale de justice, arrêt du 7 mars 2013 (*NJW 2013, 1431*).

nombreux auteurs déduisaient de l'article 1110 alinéa 2 dans sa première version⁷³². Selon ces auteurs, le contrat d'adhésion constituerait une sorte d'offre « à prendre ou à laisser », de sorte que la négociation aussi marginale soit elle d'une partie seulement des clauses envisagées devrait suffire à écarter la qualification de contrat d'adhésion. La loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016⁷³³ a renoncé à mentionner la notion de conditions générales. La nouvelle définition du contrat d'adhésion doit donc être précisée à l'aune de ce texte.

2. La définition du contrat d'adhésion issue de la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016

247. La définition du contrat d'adhésion a sensiblement été modifiée par la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. La référence aux conditions générales y est remplacée par l'expression d'ensemble de clause déterminées à l'avance par l'une des parties (α), tandis que la soustraction des conditions générales à la négociation est substituée par le caractère non négociable de l'ensemble de clauses en question (β).

α . Un ensemble de clauses déterminées à l'avance par l'une des parties

248. La notion de conditions générales, jugée problématique compte tenu de l'absence de définition légale de celle-ci, a donc donné naissance à la notion « d'ensemble de clauses déterminées à l'avance par l'une des parties ». Autrement dit, le législateur a défini les

⁷³² X. Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, *D.* 2016, p. 2174 : « Ce serait une erreur de retenir que le contrôle du déséquilibre pourrait néanmoins s'exercer sur les clauses des conditions générales qui sont demeurées en l'état. L'appréciation doit se faire en bloc. Le contrat d'adhésion est celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Si tout ou simplement partie des conditions générales ont fait l'objet d'une négociation, on ne peut plus dire que « les conditions générales » ont été soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'une des parties. » ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°230, p. 258 : « L'essentiel du contrat d'adhésion est donc conçu unilatéralement par l'une des parties, l'autre n'ayant pas le pouvoir d'en discuter ni d'en modifier le contenu : le seul choix possible est d'accepter le contrat en bloc, en adhérant à toutes ses clauses, ou de refuser de contracter. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'expression maladroite de « conditions générales » utilisée dans l'article 1110. » Dans le même sens, S. Bros, Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°265, p. 236 : « l'élément caractéristique du contrat d'adhésion est que les stipulations contractuelles ne sont pas susceptibles d'être discutées entre les parties, l'une les transmettant à l'autre qui ne peut que donner son consentement en bloc ou bien refuser de conclure le contrat si ces stipulations ne lui conviennent pas. »

⁷³³ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

conditions générales sans en garder le nom. Cette définition reprend le critère « historique »⁷³⁴ de la volonté unilatérale, mais renonce à l'expression de « conditions générales ». Sur la volonté unilatérale tout d'abord, il faut qu'une seule des parties ait préalablement « déterminé » l'ensemble de clauses avant de les adresser à son cocontractant. Cela permet-il d'inclure les cas où le rédacteur utilise des modèles contractuels qu'il n'aurait pas rédigé lui-même⁷³⁵ ? À l'évidence oui⁷³⁶, sans quoi l'on retomberait alors dans l'écueil d'une restriction drastique du champ d'application de l'article 1171⁷³⁷. Il faudrait donc, pour qu'il y ait un contrat d'adhésion, que plusieurs clauses aient été déterminées à l'avance par une seule des parties. Cela pose la question du nombre de clauses induit par l'expression d'« ensemble », et celle de la nature des clauses en question.

249. La notion « d'ensemble » est peu explicite. Elle semble se référer à plusieurs clauses qui s'articulent ensemble par référence les unes aux autres. Pour ce qui est des clauses visées dans cet ensemble, là encore le texte n'apporte pas de précision. Cette dernière question est

⁷³⁴ Th. Revet, art. préc.

⁷³⁵ Il faut préciser que l'Avant-projet *Catala* définissait déjà le contrat d'adhésion à l'art. 1102-5 al. 1 comme : « celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance ». Le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, diffusé en 2015, avait fait le choix aussi de ne pas parler de « rédaction » mais de « détermination » des clauses art. 1108 al. 2, qui définissait le contrat d'adhésion comme « celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ». Il est intéressant de noter également que certains systèmes juridiques retiennent un critère alternatif. C'est le cas de l'article 1379 du Code civil du Québec dont l'alinéa 1^{er} énonce : « le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». V. sur la question, G. Wicker, L'auteur du contrat, in *Le contrat d'adhésion : Perspectives franco-québécoises*, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître.

⁷³⁶ Th. Revet, art. préc. : « une telle interprétation serait toutefois, à mon sens, excessive car elle conduirait à exclure la qualification de « contrat d'adhésion » dans une situation où les raisons de l'écarter n'existent pas. Quand une partie à un contrat utilise un modèle émanant d'une organisation professionnelle ou d'un rédacteur privé qui vend des formules de contrat, une telle origine ne garantit pas, par elle-même, que la condition de l'une des parties dans le contrat n'a pas été avantagée par rapport à celle de l'autre. Dès lors, si le contractant qui présente cette formule à l'autre la soustrait, par ailleurs, à toute négociation, la qualification de « contrat d'adhésion » ne s'impose-t-elle pas ? Au demeurant, présenter à un éventuel cocontractant des conditions générales élaborées par un tiers, n'est-ce pas s'approprier ce document, en sorte qu'il convient d'assimiler cette hypothèse à celle dans laquelle celui qui présente à l'autre des conditions les a élaborées, lui-même ou par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un salarié qu'il a missionné à cette fin ? Si les conditions générales rédigées par une organisation professionnelle ou par un tiers créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du contractant qui ne les aura pas proposées, on ne voit pas la raison de les soustraire au jeu de l'article 1171 nouveau du code civil. » L'auteur précise que c'est seulement dans l'hypothèse où la loi impose un contenu contractuel, ou que ce contenu est imposé par un juge qu'il faudra considérer qu'aucune des parties n'a pu déterminer unilatéralement l'ensemble de clauses qu'elle soumet à son cocontractant. ; Dans le même sens G. Wicker, art. préc. : « Il s'ensuit que le fait de recourir à un contrat type ne saurait en aucune façon exclure que celui qui impose les clauses figurant dans un tel contrat à son cocontractant ait la qualité d'auteur du contrat d'adhésion. Il en sera ainsi notamment s'agissant des contrats rédigés par l'intégration de formules notariales ou au moyen de logiciels d'assistance à la rédaction de contrats »/

⁷³⁷ G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, n°148, p. 128. Cela reviendrait en effet à exclure du champ d'application de l'article 1171 tous les contrats de vente conclus entre particuliers et qui portent sur des biens d'occasion.

pourtant loin d'être anodine. Elle touche directement à la différence entre les conditions générales et les conditions particulières visées à l'article 1119 alinéa 3 du Code civil. Ce dernier article dispose qu'« en cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières. » Le Code civil présente donc deux notions qu'il oppose, mais qu'il ne définit pas. Il est regrettable que le législateur n'ait pas entendu préciser le sens de cette opposition pourtant capitale. Cette absence de définition se ressent directement sur le champ d'application de l'article 1110 alinéa 2 dont on peine à dire si les clauses qu'il mentionne s'entendent des conditions générales ou particulières. Si l'on décide en effet que les conditions générales sont, à la différence des conditions particulières, celles qui sont destinées à s'appliquer de manière abstraite à l'ensemble des contrats du même type, alors les conditions particulières, c'est-à-dire celles qui n'ont vocation qu'à s'appliquer à la relation contractuelle envisagée, sont exclues du champ d'application de l'article 1171 du Code civil.

250. Il faut reconnaître que les déséquilibres significatifs qui se manifestent aujourd'hui en droit de la consommation, comme en droit des pratiques restrictives, se trouvent généralement dans les conditions générales et non dans les conditions particulières⁷³⁸. Faut-il pour autant considérer que l'article 1110 alinéa 2 devrait se limiter aux ensembles de clauses entendues comme des conditions générales et non particulières ? Rien ne permet de le dire, et la *ratio legis* de l'article 1171 du Code civil semble plaider en faveur d'une acception large du contrat d'adhésion⁷³⁹. Il faut souligner par ailleurs que des déséquilibres significatifs peuvent survenir dans les conditions particulières d'un contrat dès lors que ces dernières n'ont pas pu être négociées. Pour résumer, l'ensemble de clauses déterminées à l'avance par l'une des parties devrait être entendu largement à la fois comme les conditions générales et particulières. Le critère de la détermination unilatérale et celui du caractère non négociable des clauses constituent des indices suffisants pour caractériser un contrat d'adhésion sans qu'il soit besoin

⁷³⁸ C'est ce que fait apparaître l'art. 1171 C. civ. lorsqu'il indique : « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

⁷³⁹ M. Latina, Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion *in* Le contrat d'adhésion : Perspectives franco-québécoises, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître : « Une telle solution serait d'ailleurs opportune : elle permettrait de déjouer les manœuvres destinées à déplacer certaines clauses des conditions générales vers les conditions particulières pour les soustraire au pouvoir d'appréciation du juge, y compris dans les contrats d'adhésion. La définition originelle du contrat d'adhésion étant déjà étroite, il ne faudrait pas que les contractants aient pu vider de toute substance l'article 1171 du Code civil en faisant glisser le artificiellement certaines clauses des conditions générales vers les conditions particulières ».

de restreindre davantage le champ d'application de cette notion⁷⁴⁰. Le caractère non négociable de cet ensemble de clauses permet au surplus d'encadrer le champ d'application de l'article 1110 de manière satisfaisante.

β. Le caractère non négociable de l'ensemble de clauses

251. Alors que l'article 1110 alinéa 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 exigeait que les conditions générales aient été « soustraites à la négociation », la loi portant ratification de l'ordonnance a choisi pour sa part de se référer au caractère « non négociable » de l'ensemble de clauses contenues dans le contrat d'adhésion. S'agit-il de dire la même chose sous un nouveau vocable, ou, au contraire, de restreindre les contours du contrat d'adhésion ? Tout dépend en réalité de l'interprétation que l'on choisit de faire du caractère non négociable. Deux interprétations sont possibles. L'une purement formelle et restrictive, et l'autre plus substantielle et circonstanciée qui nous paraît devoir être privilégiée.

252. Dans une acception formelle restrictive, les clauses non négociables renvoient à celles qui excluent par leur forme même toute négociation. Il s'agirait en quelque sorte d'un ensemble de clauses « à prendre ou à laisser »⁷⁴¹. On imagine bien cela pour les contrats de masse tels que les contrats d'assurance ou les baux d'habitation. Plus rares sont en revanche les illustrations de ces contrats de masse dans les relations entre professionnels dans lesquelles l'absence de négociation n'est pas aussi manifeste, mais s'infère d'une analyse plus attentive des circonstances. Une lecture exclusivement formelle de l'article 1110 alinéa 2 restreindrait donc le champ d'application du déséquilibre significatif. Elle encouragerait en tout état de cause les cocontractants à préciser en tête de leurs conditions générales des mentions de type : « les présentes clauses ne constituent pas une version définitive du contrat et peuvent être librement négociées par les parties.⁷⁴² » Les parties pourraient encore être tentées de simuler de fausses négociations. Afin de parer ce type de risque, il apparaît nécessaire de rechercher l'effet produit par la modification. Selon que cet effet est substantiel

⁷⁴⁰ Th. Revet, Les critères du contrat d'adhésion, *D.* 2016, 1771.

⁷⁴¹ M. Fabre-Magnan, *op. cit.* n°230, p. 258 ; S. Bros, Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°265, p. 236.

⁷⁴² M. Mekki, art. préc. avait proposé, suite à la proposition de l'article 1119 du Code civil proposée au terme de l'article 3 *bis* proposé par l'Assemblée nationale en première lecture le 11 décembre 2017, d'ajouter la mention suivante « En présence de conditions générales, il appartient à celle des parties qui se prévaut d'un contrat de gré à gré de prouver l'existence des négociations ».

ou simplement accessoire, les conséquences en matière de qualification du contrat devraient différer. Il faudra ainsi retenir la qualification de contrat d'adhésion lorsque la négociation est « dérisoire⁷⁴³ » et lorsque l'une des parties a « créé l'illusion d'une négociation pour échapper à la qualification de contrat d'adhésion⁷⁴⁴ ».

253. Il nous apparaît au regard de ces éléments, que l'interprétation du caractère non négociable des clauses implique, pour s'appliquer utilement, une analyse plus circonstanciée⁷⁴⁵. La seule lecture formelle du contrat, ne permet pas de prendre en compte les situations dans lesquelles l'une des parties pourrait se trouver privée de sa faculté de négocier le contrat alors même que, formellement, cela ne lui est pas interdit. La référence antérieure à la « soustraction » des conditions générales à la négociation, impliquait une analyse du comportement adopté par les parties⁷⁴⁶. Le caractère non négociable découle dans ce cas d'une impossibilité factuelle de négocier soit matériellement soit en raison d'une exploitation, par le rédacteur des clauses, des circonstances économiques qui président à la conclusion du contrat⁷⁴⁷. L'impossibilité matérielle résultera par exemple du caractère complet du contrat, laissant pour seule possibilité à l'autre partie d'apposer sa signature sans pouvoir modifier le contrat. Le support de la négociation, papier ou dématérialisé, constituerait alors un indice de cette négociabilité⁷⁴⁸, de même que l'incomplétude du document adressé, ou son caractère standardisé⁷⁴⁹. S'agissant d'une exploitation des circonstances économiques qui ont présidé à

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ *Ibid.* L'auteur ajoute que « Ce type de situation se repérera assez aisément lorsque figurera dans les conditions générales la clause par laquelle une partie reconnaît qu'elle a été mise en mesure de négocier les conditions générales et qu'ayant apprécié ces dernières, elle en a accepté le contenu. »

⁷⁴⁵ Th. Revet, art. préc. : « Soustraire les conditions générales d'un contrat à la négociation, c'est donc faire en sorte qu'un contractant, auquel, en vertu de la définition du contrat, il appartient, en principe, de pouvoir en négocier l'ensemble du contenu, soit empêché de le faire dans une situation donnée ».

⁷⁴⁶ Th. Revet, art. préc. : « La soustraction est « l'action de s'approprier une chose aux dépens de quelqu'un » ; elle est également « l'action de retirer, de retrancher quelque chose ».

⁷⁴⁷ Th. Revet, art. préc. : « caractérisation d'un contrat d'adhésion supposera donc, à mon sens, de démontrer que son contenu n'aura pas pu être négocié par celle des parties qui n'en aura pas proposé les conditions générales, parce que cette discussion aura été factuellement empêchée par l'autre, fût-ce par l'exploitation des circonstances : il ne suffira pas de prouver qu'aucune discussion n'aura eu lieu, preuve au demeurant fort délicate, il faudra démontrer que cette discussion aura été rendue matériellement impossible par le contractant qui aura présenté les conditions générales ; en conséquence, l'autre partie n'aura eu pour seule marge de manœuvre factuelle que d'accepter ou de refuser en bloc ces mêmes conditions. Il s'imposera de caractériser les données et les circonstances ayant permis au contractant ayant proposé les conditions générales d'empêcher leur négociation. »

⁷⁴⁸ L'exemple du commerce en ligne vient évidemment à l'esprit tant celui-ci repose pour une large part sur des contrats qui ne laissent formellement aucune place à la négociation. L'on songe également aux plateformes en ligne Cf. *infra* n° 715, n° 757 dont les standards contractuels se présentent comme des normes auxquelles les professionnels ne peuvent qu'adhérer en l'état.

⁷⁴⁹ Le recours à des contrats types en usage dans certaines organisations professionnelles devrait constituer un indice valable d'une impossibilité matérielle de négociation effective.

la conclusion du contrat, cela pourrait être le cas lorsque le contrat constitue le support nécessaire à l'intégration du professionnel dans un réseau de distribution qu'il s'agisse de franchise, de concession ou de distribution sélective. Ici le cocontractant doit, s'il veut intégrer ce réseau, accepter le contrat en l'état. Ce sera encore le cas s'agissant d'un contrat-cadre qui constitue un élément d'organisation du réseau et implique, par sa fonction, d'être adopté comme une norme contraignante⁷⁵⁰. L'étude du déséquilibre significatif concurrentiel fournit à cet égard plusieurs indices pertinents⁷⁵¹.

254. S'agissant des conditions générales qui auraient été soumises à la négociation avant d'être adoptées en l'état, elles devraient en principe être assimilées à des conditions générales négociées exclusives de la qualification du contrat d'adhésion, la négociation ayant eu pour effet ici de préserver les conditions générales de départ⁷⁵². De même, devrait être qualifié de contrat de gré à gré celui dont l'ensemble des clauses déterminées préalablement par l'une des parties n'a pas été discuté, en l'absence de démonstration d'une impossibilité matérielle ou contextuelle de négocier. La question de la qualification du contrat dont les clauses ont été artificiellement négociées ne manquera pas de se poser également. Là encore la jurisprudence développée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce apporte des réponses. Il faudrait ainsi s'attacher à l'effet produit par la demande de modification et à la volonté du rédacteur d'en tenir compte. Si la demande n'a produit aucun effet ou que l'effet est artificiel, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une simple modification formelle, il faudra considérer alors que les clauses étaient non négociables. Comment faudra-t-il enfin qualifier le contrat dont l'ensemble des clauses déterminées à l'avance par un seul des cocontractants était non négociable seulement en partie ? Faut-il considérer que cette négociabilité à la marge suffit à exclure le contrat d'adhésion ? Une analyse purement formelle consisterait à écarter l'article 1110 alinéa 2, tandis qu'une analyse des circonstances entourant la conclusion du contrat n'apparaît pas justifiée. Le Professeur Revet propose à cet égard de rechercher d'une part « si la possibilité de discussion de certaines stipulations démontre la possibilité de discussion de l'ensemble des stipulations », et d'évaluer d'autre part « l'importance, dans l'économie du contrat, de la ou des clauses effectivement ouvertes à la négociation, tout particulièrement pour celui qui aura rédigé⁷⁵³ » le contrat. Ainsi, si le contrat demeure affecté

⁷⁵⁰ F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°271, p. 204.

⁷⁵¹ Cf. *supra* n° 171 à 176.

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ Th. Revet, art. préc.

d'un déséquilibre significatif malgré la négociabilité de certaines clauses, il n'apparaît pas opportun d'écarter d'un revers de manche l'application de l'article 1171. Une question demeure néanmoins. Faut-il considérer alors que tout le contrat est un contrat d'adhésion ou seulement la partie non négociable ? Cela suppose d'opérer une sorte de panachage entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré qui n'est pas satisfaisante du point de vue de la sécurité juridique des parties. Le Professeur Revet propose là encore d'en recourir à l'adage « *major pars trahit ad se minorem* ». Le contrat serait alors d'adhésion si la plus grande partie n'était pas négociable, et de gré à gré dans le cas contraire⁷⁵⁴. Cette proposition est pertinente et évite une application automatique et formelle de l'article 1110 alinéa 2, qui contribuerait à vider le mécanisme de l'article 1171 de son intérêt.

255. Nous l'avons vu, le contrat d'adhésion est une notion polémique. La définition qui en est donnée par la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 est incomplète et laisse en suspens de nombreuses questions. Nous proposons pour notre part d'adopter une acception large de cette notion en nous attachant aux circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat et aux forces économiques en présence. Le périmètre du contrat d'adhésion ainsi précisé, fait surgir la question des objectifs poursuivis par l'article 1171 du Code civil.

II. Les objectifs poursuivis par l'article 1171

256. Le droit spécial des contrats n'a plus aujourd'hui de spécial que le nom si bien qu'à l'heure où le législateur réforme le Code civil c'est dans le droit spécial de la consommation ou des pratiques restrictives de concurrence qu'il vient puiser son inspiration. C'est donc sans surprise que la protection de la partie faible a été présentée comme l'une des valeurs au soutien de cette réforme⁷⁵⁵. L'article 1171 du Code civil opère en ce sens une convergence des dispositifs de droit spécial vers un principe général de droit commun de protection des cocontractants (A), et renouvelle le débat théorique sur la protection de la partie faible d'une manière inédite (B).

⁷⁵⁴ Th. Revet. art. préc. souligne que les projets européens (PCCR, II-8 :104 ; II-9 :103 ; PDEC, 5 :104 ; 2 :104) envisagent pour leur part la question clause par clause.

⁷⁵⁵ Le dossier de presse publié par la Chancellerie assigne trois objectifs au projet de réforme du droit des contrats dont le second est intitulé « Renforcer la protection de la partie faible ». http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

A. La convergence des dispositifs de droit spécial vers un principe général de droit commun de protection des cocontractants

257. L'entrée du déséquilibre significatif dans le droit commun des contrats rompt avec le caractère sectoriel de cette notion. Certains auteurs⁷⁵⁶ ont souligné l'importance du droit commun à l'heure de la mondialisation du droit. À la succession des statuts se substituerait en effet un droit commun de « synthèse⁷⁵⁷ » entendu comme un droit commun économique ayant vocation à régir non pas des cocontractants identifiés par leurs statuts, mais « des opérations en raison de leur nature et de leur portée économique, indépendamment de la qualité des sujets en cause⁷⁵⁸ ».

258. Le droit spécial des contrats, par opposition au droit commun, s'attèle depuis de nombreuses années à protéger la partie faible au moyen de mécanismes juridiques ponctuels. Cette protection, justifiée par la volonté de prémunir certaines catégories de cocontractants des risques de déséquilibres auxquels les expose leur qualité, trouve un écho dans l'article 1171 du Code civil sous la forme d'un principe général de protection. Vecteur potentiel de superposition des dispositifs juridiques et d'insécurité, l'article 1171 apparaît dans le même temps comme un mécanisme fédérateur plus audacieux et plus malléable que les dispositifs existants. Les exemples du droit des assurances (a), et des baux commerciaux (b) mettent ainsi en évidence la filiation de l'article 1171 avec ces mécanismes spécifiques, et révèlent la complémentarité des dispositifs.

1. L'exemple du droit des assurances

259. Si l'on a pu penser un temps que la lutte contre les déséquilibres contractuels reposait sur la protection d'un équilibre subjectif assuré par la protection de la liberté du consentement du consommateur, du salarié ou de l'assuré, cet équilibre tend aujourd'hui à s'objectiver. La considération de la compétence intellectuelle de la partie faible n'est pas la justification d'un

⁷⁵⁶ M. Mohamed Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002, n°68, p. 90.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ J. Hilaire, *Le droit des affaires et l'histoire*, Economica, 1994, p. 34.

tel dispositif de protection⁷⁵⁹. La Commission des clauses abusives a déjà rejeté, en matière de droit de la consommation, la conception intellectuelle du consommateur pour lui préférer le critère matériel fondé sur le lien entre le contrat et l'activité du cocontractant⁷⁶⁰, de sorte que c'est la qualité de consommateur ou de non professionnel qui justifie la mise en œuvre de dispositions protectrices. Il ne s'agit pas en effet de s'assurer que le débiteur a librement consenti au contrat, mais davantage de protéger une forme d'équilibre objectif que l'on pourrait définir comme un équilibre idéal dont le juge serait garant⁷⁶¹. Le droit des assurances s'est en effet construit sur l'idée de protection de l'assuré dans son rapport avec son assureur. Cet objectif transparaît de l'exposé même des motifs de la loi fondatrice du 13 juillet 1930⁷⁶². Si le droit des assurances ne comprend pas à proprement parler de dispositif de lutte contre les clauses abusives, il existe néanmoins des mécanismes qui participent de la logique de protection de l'assuré sur le modèle du droit de la consommation. Tout d'abord, les recommandations formulées par la Commission des clauses abusives ont mis en évidence certaines obligations légales qui figurent désormais dans le Code des assurances afin de préserver les droits assurés. C'est le cas notamment de l'article L. 113-2-2° du Code des assurances qui reprend le système dit du « questionnaire fermé » recommandé par la Commission dans sa recommandation en date du 20 septembre 1985⁷⁶³. Ensuite, l'article L. 111-4 du Code des assurances dispose que « l'autorité administrative peut imposer l'usage de clauses types de contrats ». C'est ainsi que la clause d'un contrat d'assurance de responsabilité décennale contraire à une clause type doit être réputée non écrite⁷⁶⁴. Enfin, les juges eux-mêmes ont mis en évidence en dehors de toute disposition légale, des clauses

⁷⁵⁹ La notion de « déséquilibre significatif » figurant à l'article L. 212-1 du Code de la consommation a remplacé le critère de l'« abus de la puissance économique de l'autre partie et confèr[ant] à cette dernière un avantage excessif » tel que prévu par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. V. aussi, Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse, Bruylant Academia, 2004, n°256, p. 280 : « Si le changement de rédaction de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne témoigne pas d'une modification des objectifs du législateur, il corrobore l'idée selon laquelle il ne s'agit plus de protéger l'incompétence du consommateur mais sa faiblesse en raison de sa position dans le contrat. »

⁷⁶⁰ Avis de la Commission, 14 septembre 1993, CCC 1994, comm. 92, obs. L. Leveneur.

⁷⁶¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 309 : « L'équilibre contractuel auquel renvoie l'actuel article L. 132-1 c. con. est donc d'essence objective. Ce n'est pas au travers de la volonté des parties ou des contingences contextuelles qu'il doit s'apprécier, mais en fonction d'une espèce d'équilibre idéal qui devrait partout régner et dont le juge ou le législateur sont présentés comme des garants. »

⁷⁶² L'exposé des motifs précise que le texte s'efforce de « rétablir l'équilibre entre l'assureur et l'assuré », l'objectif étant que « la loi remplisse une certaine mission sociale, qu'elle protège le faible contre le fort, l'assuré contre l'assureur en prohibant certaines clauses ou en imposant certaines autres ». J.O recueil des documents parlementaires de la Chambre des députés, session ordinaire de 1925, p. 637, Annexe n°1544.

⁷⁶³ Recommandation n°85-04 du 20 septembre 1985.

⁷⁶⁴ Civ. 3^e, 17 juin 1992 : *RGAT* 1992, 568, note H. Périnet-Marquet ; Lorsque le contrat est soumis à une clause type, celle-ci doit être adoptée par l'assureur ex : clause de réduction-majoration en assurance automobile, Civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, *RGAT* 1984, 420 note J. Bigot.

abusives lorsque ces dernières portaient atteinte à l'équilibre du contrat au préjudice de l'assuré. Les juges ont, par exemple, réputé non écrite la clause permettant de remettre en cause les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité d'une police d'assurance de groupe lorsque le contrat en question a été résilié ultérieurement à la survenance du sinistre⁷⁶⁵. L'article 1171 du Code civil devrait toutefois compléter le dispositif de protection des assurés ces derniers concluant des contrats dont les conditions générales ne sont qu'exceptionnellement négociées⁷⁶⁶. Bien que l'article L. 212-1 du Code de la consommation soit applicable au contrat d'assurance, les professionnels pourraient trouver un intérêt dans l'article 1171 pour sanctionner des clauses sensibles pourtant validées par le Code des assurances⁷⁶⁷. Les clauses de déchéance de garantie épinglées par la Commission des clauses abusives⁷⁶⁸ pour le déséquilibre qu'elles créent entre les obligations de l'assureur et de l'assuré pourraient en effet tomber sous le coup de l'article 1171 du Code civil. Ces clauses, autorisées par le Code des assurances sous certaines conditions⁷⁶⁹, trouvent effectivement un fondement juridique pertinent à leur sanction dans l'article 1171 du Code civil, dans la mesure où elles créent au détriment de l'assuré un déséquilibre significatif. Ces clauses permettent en effet de sanctionner l'assuré qui n'aurait pas déclaré les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux, ou qui aurait tardé à déclarer un sinistre. Si l'omission intervient avant le sinistre elle permet à l'assureur d'augmenter le montant de la prime avec l'accord de l'assuré soit de résilier le contrat. Si la constatation intervient après la survenance du sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés⁷⁷⁰. La difficulté pour l'assuré consiste à mesurer l'impact des éléments de faits de nature à aggraver le risque objet du

⁷⁶⁵ 1^{ère} civ. 19 déc. 1990, commentaire G. Viney *La clause dite « de réclamation de la victime » en assurance de responsabilité*, JCP 1994, I, 3778 ; 1^{ère} Civ. 13 juin 1995, *RGDA* 1996, p. 158 obs. J. Bigot.

⁷⁶⁶ V. sur ce point la directive 93/13/CE du 5 avril 1993, JOCE 21 avr., n° L. 95, relative aux clauses abusives qui se réfère à la notion de contrat d'adhésion pour désigner le contrat d'assurance.

⁷⁶⁷ P. Bertrand, Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? *D.* 2016, p. 1156, p. 5 « Un plaideur pourrait donc à l'avenir tenter d'invoquer le régime des clauses abusives du Code civil en matière de contrat d'assurance lorsque le régime du Code de la consommation n'est pas applicable, c'est-à-dire lorsque l'assuré n'a pas souscrit en qualité de consommateur ou de non professionnel. »

⁷⁶⁸ Recommandation n°89-01 du 19 mai 1989 sur les assurances des véhicules automobiles de tourisme, dans le même sens recommandation n°85-04 du 6 décembre 1985 sur les contrats d'assurance « multirisques habitation » et recommandation n°90-01 du 28 août 1990 sur les assurances complémentaires à un crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat.

⁷⁶⁹ Art. L. 113-2 du Code des assurances. La clause de déchéance de garantie doit être prévue au contrat (Civ. 2^e, 6 févr. 2014 : *RCA* 2014, n° 177) en termes apparents (Civ. 2^e, 15 déc. 2011 : *RCA* 2012, n° 85), et l'assurance doit être en mesure d'établir que le retard de l'assuré lui a causé un préjudice (Civ. 2^e, 22 nov. 2012 : *RCA* 2013, n° 74).

⁷⁷⁰ Art. L. 113-9 Code des assurances.

contrat ou à en créer de nouveaux. Cette tâche particulièrement incertaine oblige l'assuré à rechercher lui-même par une veille permanente l'impact des éléments factuels nouveaux sur le risque garanti.

260. Dans cette perspective, l'article 1171 du Code civil pourrait venir offrir aux plaideurs un outil supplémentaire dans la protection de l'assuré, aux côtés des dispositifs existants.

2. L'exemple des baux commerciaux

261. Les baux d'habitation et les baux commerciaux font eux aussi l'objet d'une attention particulière s'agissant de la protection du preneur. L'article 4 de la loi *Mermaz*⁷⁷¹ prévoit une liste de vingt clauses abusives en matière de baux d'habitation ces dernières ayant toutes pour effet de créer un déséquilibre au détriment du preneur. Là encore, la pratique de la Commission des clauses abusives⁷⁷² et celle des juges⁷⁷³ ont permis, en dehors de cette liste « noire », de sanctionner des clauses abusives. En matière de baux commerciaux, la loi *Pinel* du 18 juin 2014⁷⁷⁴ a considérablement renforcé la sanction des clauses contraires aux dispositions d'ordre public⁷⁷⁵. L'article L. 145-15 du Code de commerce répute ainsi non écrites les clauses quelle qu'en soit la forme, ayant pour effet de faire échec au droit de renouvellement du preneur ou aux dispositions relatives notamment à la durée du contrat de bail, au congé donné au preneur, aux modalités de révision des loyers, de mise en œuvre des clauses de résiliation de plein droit ou bien encore à la modification du contrat par l'adjonction d'activités connexes ou complémentaires. L'ensemble de ces dispositions, qu'il s'agisse du droit des assurances ou du droit des contrats, repose sur une appréhension sectorielle du déséquilibre contractuel. L'assuré, comme le preneur commercial, est ainsi identifié comme une partie dont la faiblesse commande de mettre en œuvre une protection dédiée.

⁷⁷¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

⁷⁷² Recommandation n°00-01 complétant la recommandation n°80-04 concernant les contrats de location de locaux à usage d'habitation BOCCRF 22/06/2000.

⁷⁷³ CA Paris 4 mars 1997, *Loyers et copro*, 1997, comm. 138, obs. B. Vial-Pedroletti.

⁷⁷⁴ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, Décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif au bail commercial.

⁷⁷⁵ F. Teffo, La réforme des baux commerciaux par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises du 18 juin 2014, *LPA* 7 oct. 2014, n°2000, p. 4.

262. Si l'ordonnance du 10 février 2016 emprunte à ses dispositifs la revendication d'une protection de la partie faible, elle traduit cependant un renouvellement de l'appréhension du cocontractant en situation de faiblesse. Plus objective, et généralisée cette appréhension renouvelle le débat théorique sur la protection de la partie faible.

B. Le renouvellement du débat théorique sur la protection du faible

263. La protection de la partie faible alimente un débat théorique foisonnant révélant la diversité des fondements juridiques et idéologiques mobilisés⁷⁷⁶. La justice contractuelle, le solidarisme, l'utilité économique du contrat apparaissent comme autant d'objectifs poursuivis par le législateur. Deux courants doctrinaux cristallisent plus particulièrement les termes du débat et méritent par leur antagonisme apparent, une étude plus approfondie. Alors que certains auteurs défendent un fondement moral de la protection de la partie faible (1), d'autres insistent au contraire sur la justification économique d'une telle protection (2).

1. Une protection justifiée par la moralité contractuelle

264. La protection de la partie faible est régulièrement présentée comme la traduction d'une vision moraliste du contrat. À cette justification morale de la protection (a) s'est ajouté cependant un objectif de justice sociale (b). Le solidarisme contractuel invoqué à l'appui de la réforme semble offrir une synthèse pertinente de ces deux visions du contrat (c).

a. La justification morale de la protection

265. La figure du « faible⁷⁷⁷ » a longtemps été associée à une carence individuelle, une défectuosité physique ou psychique de l'individu commandant sa protection⁷⁷⁸. L'incapacité a

⁷⁷⁶ A. Combaluzier-Vaude, Contribution à la notion de partie faible dans les contrats, Thèse, Montpellier III, 2008 ; J. Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, §27, pp. 479-480 ; J. Rochfeld, Du statut du droit contractuel « de protection de partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droit de l'homme, *in* Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ, 2008, p. 835 ; J. Gesthin et M. Fontaine, (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996 ; A. Combaluzier-Vaude, Contribution à la notion de partie faible dans les contrats, Thèse, Montpellier III, 2008.

⁷⁷⁷ L. Josserand, La protection des faibles par le droit *in* Evolutions et Actualités, conférences de droit civil, *Sirey* 1936, p.159.

ainsi constitué, pendant de nombreuses années, « l'épicentre de la faiblesse » dans le Code civil⁷⁷⁹. À cette fin, la morale⁷⁸⁰ et les notions de bonne foi et d'équité⁷⁸¹ sont apparues comme des fondements pertinents au soutien de la protection des faibles⁷⁸². Qu'il s'agisse d'une morale républicaine comme cela est le cas chez Josserand, ou de la morale chrétienne défendue par Ripert⁷⁸³, il s'agissait de prévenir et sanctionner l'exploitation par la partie forte de l'état de faiblesse subjective de son cocontractant dans une société marquée par les inégalités. Josserand plaidait dès 1936 en faveur d'une généralisation de la lésion « lorsque, dans la formation d'un contrat, l'une des parties a été dominée par l'autre qui a exploité sa faiblesse ou sa détresse, il est juste et il est désirable que l'acte tombe, vicié qu'il est dans son origine : la lésion, du moins si elle a été volontairement, consciemment causée à la victime, doit être pour celle-ci une cause de nullité ou de rescision du contrat⁷⁸⁴ ». L'idée est donc ici

⁷⁷⁸ Certains auteurs distinguent à ce titre la faiblesse inhérente aux personnes de la faiblesse relative aux cocontractants, Cf. M. Fontaine, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse), in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, n°2 ; Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse, Bruylant Academia, 2004 ; G. Chantepie, *La lésion*, Thèse, Paris 1, 2005, n°366, p. 267 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°37, p. 30.

⁷⁷⁹ A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la notion de partie faible dans les contrats*, Thèse, Montpellier III, 2008, n°274, p. 253.

⁷⁸⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998,

⁷⁸¹ A. Fouillée, selon lequel l'État a pour mission « d'assurer l'équité générale de la distribution et la justice des contrats » in *La propriété sociale et la démocratie*, p. 129, Paris, 1884, p. 37 ; E. Durkheim, *Leçons de sociologie* (1950), P.U.F., coll. Quadrige, 2003, spéc. 17^{ème} leçon (fin), emploie l'expression de « contrat équitable ». Pour une définition, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, sens 1 : « justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande traiter également les choses égales. » ; D. Alland, S. Rials, (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V. Équité, « Diversité sémantique. De nombreux lexiques présentent l'équité, en un premier sens, comme synonyme de justice distributive, ou même de loi naturelle ; elle est assimilée à la justice elle-même [...] Elle témoigne surtout de la confusion stoïcienne entre la morale et droit (*Jus est ars boni et oequi*). Cette conception sera toutefois reprise par les Encyclopédistes, friands d'une religion purement morale issue du cœur de l'homme [...] elle s'autorise de l'étymologie *oequitas*, *oequs* (égal), alors que la notion d'équité, qui provient de la philosophie grecque, est à l'origine désignée d'une autre manière ».

⁷⁸² K. De La Asuncion Planes, *La refaction du contrat*, Thèse, LGDJ, 2006, n°431, p. 263 ; L. Cadet, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 180-181, n°2 : « Le principe de bonne foi et de loyauté, l'exigence (sinon le principe) de proportionnalité offrent encore de multiples ressources au contrôle juridictionnel de la justice contractuelles » ; L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection des contractants*, Thèse, Toulouse, 2005, n°435, p. 375.

⁷⁸³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949, 4^e éd. n° 70 et 86. La protection de la partie faible dans la doctrine de Josserand, intervention du Professeur Jean-Pascal Chazal réalisée dans le cadre du Colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 2. http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf. V. encore les développements du Doyen Carbonnier au sujet de cette morale de tradition chrétienne J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998, p. 92.

⁷⁸⁴ L. Josserand, *La protection des faibles par le droit* in *Evolutions et Actualités, conférences de droit civil*, Sirey 1936 p. 172. V. dans le même sens G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949, 4^e éd. « 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. » p. 119. V. aussi, L.

de moraliser les rapports contractuels en mettant à la charge des parties l'obligation de ne pas abuser de sa situation pour imposer à l'autre un déséquilibre contractuel. Le déséquilibre significatif incarnerait dès lors des préoccupations plus morales qu'économiques⁷⁸⁵. Certains auteurs ont distingué, plus récemment, la morale subjective de la « morale objective⁷⁸⁶ » ou « morale sociale⁷⁸⁷ ». La « morale objective » ne cherche pas à satisfaire une attente subjective individuelle, mais poursuit plutôt la satisfaction d'un impératif économique de répartition équitable des droits et obligations de chacun. Ce faisant, le déséquilibre n'incarne pas un comportement subjectif contraire à ce qui est juste ou bon, mais se présente comme un équilibre objectif par référence au contenu du contrat⁷⁸⁸.

266. Le législateur ne se saisit plus aussi volontiers de la notion de moralité contractuelle aujourd'hui qu'hier. Il faut donc rechercher dans le discours politique qui a accompagné la réforme les nouvelles manifestations sémantiques de l'ordre moral. La justice sociale apparaît à cet égard comme une valeur essentielle.

b. La justice sociale et la protection de la partie faible

267. Les valeurs affichées par le Ministère de la Justice à l'heure de la réforme ont unanimement révélé un souci de « justice contractuelle »⁷⁸⁹. Cette justice dans le contrat⁷⁹⁰ s'incarne ici dans le souci de préserver un certain équilibre entre les cocontractants. Le lien entre justice et égalité est issu d'Aristote pour lequel l'homme injuste est « à la fois celui qui viole la loi, celui qui prend plus que son dû et enfin celui qui manque à l'égalité. Le juste,

Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939, p. 60 : « Notre système si tant est qu'il existe, présente un caractère essentiellement objectif ; tout se ramène à une question de chiffre, sans qu'on se préoccupe de la moralité des parties, de l'intention du bénéficiaire de la lésion ».

⁷⁸⁵ V. par exemple la loi du 1^{er} juillet 1996 n° 96-588 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁷⁸⁶ S. Darmaïn, Le contrat moral, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000, spéc. n°24, p. 27.

⁷⁸⁷ *Ibid* ; Dans le même sens, Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, *REI*, 2000, vol. 92, n°1, pp. 81-100.

⁷⁸⁸ L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, Thèse, LGDJ, 2002, n°22, p. 30 : « l'équilibre contractuel concerne le contenu du contrat et non le lien entre les parties au contrat ».

⁷⁸⁹ Texte de présentation du projet d'ordonnance en Conseil des ministres, 25 févr. 2015, p. 2 « Afin de répondre à l'exigence croissante de justice contractuelle, ce premier texte propose de consacrer la notion de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat, de créer un vice du consentement lié à la violence économique, de corriger les déséquilibres du contrat pour protéger la partie la plus faible et de consacrer le devoir général d'information. http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

⁷⁹⁰ L. Cadet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, Théorie générale du procès, PUF coll. Thémis Droit privé, 2^e éd., 2013, n°49 à 51, pp. 209-222.

donc, est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité, et l'injuste ce qui est contraire à la loi et ce qui manque à l'égalité»⁷⁹¹. Ce rapprochement sera repris dans des termes semblables par Saint Thomas d'Aquin⁷⁹² lequel distingue comme Aristote la justice distributive de la justice commutative. Alors que la première désigne la répartition des biens par référence au mérite des individus, la justice commutative postule l'égalité objective des parts qui sont échangées au moyen du contrat⁷⁹³. Aujourd'hui le contrat commutatif ne repose plus sur une égalité arithmétique des cocontractants, mais renvoie à la notion d'équivalence⁷⁹⁴, dont on s'aperçoit qu'elle constitue pour le législateur, un moyen de substituer à l'équivalence voulue une équivalence objective imposée aux parties. Cette équivalence se traduit essentiellement par des mécanismes destinés à corriger le déséquilibre qui s'est révélé à l'occasion de l'exécution du contrat. Dans cette perspective, la justice contractuelle est celle qui veille non pas à l'égalité absolue des cocontractants, mais qui sanctionne le déséquilibre lorsqu'il est flagrant⁷⁹⁵. Le juste « est devenu ce qui cadre avec les postulats et les nécessités économiques, tandis que tout ce qui est antiéconomique apparaît comme injuste ; au conformisme moral a succédé le conformisme économique⁷⁹⁶ ». Cette conception du contrat trouve son expression dans la réforme du droit des contrats, le juste étant incarné par un impératif implicite d'équilibre.

268. Outre la justice sociale, l'ordonnance du 10 février 2016 a été présentée par plusieurs auteurs comme le triomphe du solidarisme contractuel. Ce dernier apparaît comme un fondement théorique pertinent dans la mesure où il synthétise les dimensions morales et sociales de la protection de la partie faible.

⁷⁹¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie J. Vrin, 1987, liv. 5, 1, p. 214 et s.

⁷⁹² Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, *La justice*, question 61, article 2.

⁷⁹³ La référence de Saint Thomas à la notion de juste prix contribue à faire de la justice commutative une justice reposant sur un principe d'égalité objectif.

⁷⁹⁴ Art. 1108 : Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. V. D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Thèse, LGDJ coll. Bibliothèque de droit privé, 1999, n°491, p. 258 : « Il existe donc un principe d'équivalence ou un principe d'égalité des prestations dans l'économie générale du contrat, entendu comme comportant une certaine latitude autorisée par l'aspect subjectif du jugement égalitaire. Son traitement juridique passe par une présomption essentiellement réfragable, présupposant que l'équivalence voulue par les parties est celle à retenir. »

⁷⁹⁵ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* in *Mélanges F. Terré*, Dalloz, Juris-classeur, PUF, 1999, p. 633 : « Ce que l'idée de solidarisme rejette, ce sont les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de forces inégalitaire ou qu'un bouleversement des circonstances économiques. Lorsque le contrat est l'œuvre d'une volonté unilatérale et arbitraire, lorsque l'économie de la loi contractuelle jure avec l'idée même de contrat, il est indécent pour le maître du contrat de brandir l'article 1134, alinéa 1^{er}, comme étendard de son « bon droit. » »

⁷⁹⁶ L. Jossierand, *Un ordre juridique nouveau*, art. préc. p. 43.

c. Le solidarisme contractuel : synthèse des fondements moraux et sociaux de la protection de la partie faible

269. La solidarité contractuelle est le fruit de deux visions du contrat. L'une que l'on pourrait dire morale, et l'autre davantage sociale⁷⁹⁷. Il s'agit dans la première de mettre l'accent sur le comportement des cocontractants en attendant d'eux « un surcroît de loyauté à l'égard de l'autre⁷⁹⁸ ». Cette vision morale n'est pas celle qui traverse l'ordonnance du 10 février 2016 et particulièrement l'article 1171 du Code civil. Nous l'avons dit, rien n'est dit dans l'article 1171 au sujet du comportement adopté par le cocontractant à l'origine du déséquilibre significatif⁷⁹⁹. Le caractère purement objectif de ce déséquilibre exclut donc toute référence à la morale, du moins tel qu'elle est entendue par Ripert⁸⁰⁰. Selon la vision sociale du solidarisme contractuel⁸⁰¹, le contrat est un instrument au service du lien social⁸⁰². Cette vision sociale dont se réclament aujourd'hui la plupart des partisans du solidarisme contractuel⁸⁰³ est en réalité très proche d'une vision utilitariste et économique du contrat⁸⁰⁴.

⁷⁹⁷ V. sur ce point les propos d'Yves Lequette qui distingue deux fondements du solidarisme contractuel, l'un social et l'autre moral, Y. Lequette, Bilan des solidarismes contractuels, in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, pp. 248-249. Dans le même sens, Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? *D.* 2002, 1979, n°16.

⁷⁹⁸ Ph. Stoffel-Munck, art. préc.

⁷⁹⁹ C'est d'ailleurs une différence avec l'article 1143 du C. civ. qui relèverait davantage de ce que l'on appelle la lésion subjective. V. En 1920, Messieurs Guibal et Dupin déposèrent ainsi une proposition de loi à la Chambre des Députés pour compléter l'article 1118 du Code civil comme suit : « La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résulte est énorme et a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté et de l'inexpérience du lésé⁷⁹⁹ ». Bien que cette proposition ne fût pas adoptée, elle témoigne d'une appréhension du déséquilibre contractuel fondée sur l'idée de la sanction d'un comportement immoral. La notion d'exploitation est essentielle dès lors que c'est elle qui justifie la sanction de ce déséquilibre. L'absence de référence à un comportement donné contraint en effet à appréhender le déséquilibre en termes mathématiques, comme le fait l'article 1118 du Code civil.

⁸⁰⁰ G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949, 4^e éd. n°69, au sujet de la lésion « on ne saurait [...] 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 ».

⁸⁰¹ Y. Lequette art. préc. p. 257.

⁸⁰² Ch. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.

⁸⁰³ Les travaux de René Demogue sont présentés comme les travaux fondateurs de la théorie solidariste R. Demogue, *Traité des obligations en général*, T. 6, 1931, n°3 ; L'expression « solidarisme contractuelle » est apparue sous la plume de Ch. Jamin, note sous Civ. 1^{ère} 31 janv. 1995, *D.* 1995, p. 390 ; Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441. V. aussi, D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *Mélanges F. Terré*, Dalloz, Juris-classeur, PUF, 1999, p. 603 ; T. Revet, L'éthique des contrats en droit interne, in *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 208 ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTDciv.* 1997, p. 357.

Certains auteurs⁸⁰⁵ ont souligné à juste titre le paradoxe du solidarisme contractuel consistant à associer l'idée de justice à celle la solidarité contractuelle. La justice en ce qu'elle tend à une recherche de l'équilibre s'oppose, selon ces auteurs, à la solidarité, laquelle suppose le constat d'un déséquilibre⁸⁰⁶. Il s'agirait, sous couvert de solidarisme, de venir sanctionner par une action positive les « déséquilibres contractuels excessifs et abusifs⁸⁰⁷ ». L'échange marchand devrait être distingué à cette fin de l'échange solidaire. Alors que l'échange solidaire poursuit un objectif de redistribution, l'échange marchand tend à assurer l'équilibre des intérêts individuels⁸⁰⁸. Partant, ce que l'on désigne comme la justice contractuelle relèverait davantage de la recherche d'utilité que de la solidarité. « La recherche de l'équilibre contractuel dépasse les considérations morales, elle est plus économique et utilitaire »⁸⁰⁹. Ces deux types d'échanges marchands et solidaires sont en réalité moins caricaturaux que l'on pourrait le croire, et se mêlent volontiers dans les justifications données par les partisans du solidarisme contractuel. La solidarité y est entendue à la fois comme la satisfaction équitable des intérêts de chacun des cocontractants, mais elle consiste encore, dans certains cas, à faire assumer à une partie un surcoût ou une dépense dans le but de permettre à l'autre partie de continuer à exécuter le contrat.

270. Les valeurs placées au fondement des régimes protecteurs se sont multipliées au cours des dernières années et le choix opéré par le législateur français apparaît « ambigu »⁸¹⁰. Les

⁸⁰⁴ J. Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, Arch. Philo. Droit, 1981, t. 26, p. 35 ; J. Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chron. pp. 1 à 10 ; J. Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, REI, 2000, vol. 92, n°1, pp. 81-100.

⁸⁰⁵ M. Mignot, De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? RRJ 2004, n°4, p. 2153, n°7, p. 2159 : « Pour que la solidarité naisse dans une communauté, il faut que celle-ci soit d'une certaine espèce. [...] Or, le contrat crée au mieux une communauté d'avoir, d'intérêts patrimoniaux, beaucoup trop superficielle pour donner naissance à la solidarité. »

⁸⁰⁶ M. Mignot art. préc. n°9 : « Tout mécanisme introduisant la justice commutative dans le contrat est radicalement anti-solidaire, simplement parce qu'il tend à réaliser l'équilibre. »

⁸⁰⁷ D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? Mélanges F. Terré, Dalloz, Juris-classeur, PUF, 1999, n°31, p. 633.

⁸⁰⁸ M. Mignot, art. préc. n°59, pp. 2189-2190.

⁸⁰⁹ H. Ramparany-Ravololomiarana, Le raisonnable en droit des contrats, Thèse, Université de Poitiers, LGDJ, 2009, n°154, p. 214.

⁸¹⁰ D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, RDC 2008, n°3, p. 1030 : « Deux conceptions donc, l'une fondée sur l'idée de contrat d'adhésion et, de manière induite, sur l'idée de supériorité économique, voire d'un droit de classe, celle des professionnels et celle des consommateurs par exemple, et l'autre, fondée sur l'idée d'excès, de déraisonnable et ce indépendamment de la première. On voit bien que le droit français n'a pas choisi entre les deux et s'en tient à une position ambiguë. Les règles prohibant ou poursuivant les clauses abusives et la plupart des hypothèses de règles particulières s'inscrivent dans la première idée, laquelle relève de l'analyse morale traditionnelle du droit des contrats. La jurisprudence Chronopost relève en revanche de la seconde idée, laquelle relève ou bien d'une conception du contrat fondée sur l'attente légitime du contractant ou bien d'une analyse économique du contrat. »

valeurs morales comme le solidarisme contractuel ne permettent pas de décrire le phénomène de manière totalement fidèle. La justification économique de la protection de la partie faible constitue à cet égard un élément explicatif plus pertinent.

2. La justification économique de la protection de la partie faible

271. La protection de la partie faible doit être reliée aux intérêts économiques d'une telle protection. Si la protection accordée peut se justifier par référence à des impératifs moraux ou de justice sociale, l'essor des disciplines « économiques » et son impact sur le droit commun nous obligent à envisager les intérêts économiques attachés à une telle protection. Le droit des pratiques restrictives offre une illustration des intérêts économiques attachés à la protection des cocontractants victimes de déséquilibres contractuels (a), que le Code civil relaie (b).

a. L'exemple du droit des pratiques restrictives de concurrence

272. Plusieurs auteurs ont souligné la place du marché et du droit de la concurrence dans l'édification des nouvelles règles de protection de la partie faible⁸¹¹. Ces disciplines contribuent à l'identification de parties faibles fonctionnelles⁸¹². Cela signifie que la protection qu'elles déploient répond à la nécessité de régulation du marché par la protection des opérateurs économiques vulnérables. Le droit de la distribution s'est à cet égard donné pour objectif de protéger les acteurs les plus faibles en encadrant la puissance des plus forts⁸¹³. La prohibition de la revente à perte dans les années 1960, les règles relatives à l'implantation des grandes surfaces issues de la loi Royer⁸¹⁴ poursuivaient en effet un objectif

⁸¹¹ C. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse, Bruylant Academia, 2004, préface, p. 10 : « Aujourd'hui, ainsi que le souligne Monsieur Bourrier, c'est le marché et la concurrence qui inspirent nos règles de protection de la faiblesse. Il s'agit moins de protéger les individus que de garantir le fonctionnement harmonieux des échanges sur des marchés de plus en plus vastes. » V. aussi, F. De Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Thèse, LGDJ, 2007, n°347, p. 208 qui identifie le fondement de la protection de l'entrepreneur économiquement dépendant à la fois comme « une exigence sociale » et une « utilité économique ». L'auteur de cette thèse propose la création d'un régime particulier de protection des cocontractants intégré et souligne la comptabilité économique d'un tel régime spéc. n°366, p. 216 : « L'élaboration d'un statut de la dépendance économique protecteur de l'entrepreneur intégré apparaît, en définitive, certainement compatible avec le maintien des avantages recherchés par les entreprises qui recourent à l'intégration économique pour développer leur activité et accroître leur rentabilité. »

⁸¹² G. Chantepie, *La lésion*, Thèse, Paris 1, 2005, n°367, p. 268 : « Aux catégories conceptuelles du Code civil, procédant par représentation abstraite, ont succédé des catégories fonctionnelles instrumentalisées par le législateur pour conférer un statut aux contractants. »

⁸¹³ F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°22, p. 27.

⁸¹⁴ Loi no 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

de protection du petit commerce de proximité. Cette protection semble s'être déportée sur les fournisseurs à l'occasion de la loi NRE du 15 mai 2001 et s'est encore intensifiée à l'occasion de la LME du 4 août 2008⁸¹⁵. Le législateur entend en effet assurer la protection de la fonction économique incarnée par les fournisseurs du petit commerce et les petites et moyennes entreprises⁸¹⁶. L'enjeu économique de cette protection est multiple. Le droit de la consommation par essence protecteur poursuit à cet effet un double objectif de régulation du marché de la consommation et de valorisation de la fonction économique du consommateur⁸¹⁷. Cette double finalité est bien connue du droit de la consommation,⁸¹⁸ mais elle se retrouve encore dans le droit des pratiques restrictives⁸¹⁹.

273. « Si l'intensité de la concurrence doit être mesurée sur un plan horizontal entre entreprises de même niveau d'intervention sur le marché pertinent, c'est très souvent dans les relations verticales que se noue, se « construit », la concurrence. Ces relations verticales déterminent effectivement le jeu de la concurrence qui pourra exister sur le marché horizontal [...] la logique concurrentielle ne peut « s'abstraire des exigences de l'équité contractuelle, car le marché repose sur cet instrument juridique qu'est le contrat⁸²⁰ ». Dans cette perspective, le droit de la concurrence peut être appréhendé comme une discipline intégratrice, conciliant

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ V. sur ce point le « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » du 16 avr. 2013, point 4.1 p. 17 : « Une dimension politique qui s'exprime dans la volonté de protéger certaines catégories d'acteurs économiques (le petit commerce, les PME) contre les opérateurs bénéficiant d'un important pouvoir de négociation (la grande distribution essentiellement). »

⁸¹⁷ F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *op. cit.*, n°22, p. 28 ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017, n°15, p. 13.

⁸¹⁸ G. Raymond, *op. cit.*, n°47, p. 41 au sujet de la définition légale du consommateur : « Dans la définition légale, n'apparaît pas du tout l'idée que le consommateur serait la partie faible du contrat. L'idée de protection est certes à l'origine de la constitution du droit de la consommation parce que le consommateur a toujours été considéré comme une personne vulnérable. Il a besoin d'être protégé. La définition légale ne fait que se couler dans le moule général qui guide l'instauration d'une règle de droit, celui de réguler une relation entre les membres d'une société, en l'occurrence ici une relation contractuelle entre un professionnel et un consommateur, qu'elle ne qualifie pas de personne vulnérable. On est dans la même optique que peut l'être le droit commercial quand il protège contre les clauses déséquilibrantes, ou de l'article 1171 du Code civil lorsqu'il admet la présence possible de clauses abusives dans les contrats d'adhésion. »

⁸¹⁹ J. Mestre, Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 686 : « Le droit de la concurrence prend manifestement de nos jours une place toujours croissante dans l'organisation des relations juridiques entre les différents acteurs de la vie économique. Or lui-même poursuit, entre autres, deux objectifs qui peuvent aider les tribunaux dans le souci d'éliminer les clauses abusives. Il veut d'abord protéger la liberté d'entreprendre de chacun ; il facilite ensuite l'égalité entre les compétiteurs, en évitant que certains n'abusent de leur position dominante ou encore de l'état de dépendance économique dans lequel d'autres se trouvent vis-à-vis d'eux. »

⁸²⁰ L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? *RIDE*, 2005, p. 46.

une pluralité d'objectifs⁸²¹ au service de la régulation du marché et des relations commerciales. Appliquée au droit commun des contrats, cette lecture économique fait apparaître l'intérêt d'une protection objective de la partie faible.

b. La protection objective de la partie faible par le droit des contrats

274. Les valeurs placées au fondement du droit commun des contrats ne sont pas, par nature, tournées vers des considérations économiques. La morale, la loyauté et l'équité seraient ainsi des valeurs contractuelles⁸²², tandis que le droit de la concurrence revendiquerait une dimension économique propre aux origines de la discipline. Il est vrai que le Code civil de 1804 était à cet égard relativement indifférent aux contingences du marché. L'ordonnance du 10 février 2016 a cependant introduit dans le droit commun des préoccupations économiques plus précises. Cela s'explique par la nécessité de doter le contrat d'instruments juridiques plus fidèles au contexte dans lequel celui-ci se diffuse. Loin de constituer des disciplines antagonistes, le droit de la concurrence et le droit commun des contrats contribuent au contraire à façonner un droit des contrats contextualisé dans le marché. Le droit des contrats relaie en quelque sorte le droit de la concurrence, « il adopte ses choix et n'hésite pas à s'approprier ses notions »⁸²³. Cela illustre, non pas l'antagonisme des disciplines, mais leur complémentarité. Le droit commun des contrats démontre, par le biais de l'article 1171, sa capacité à remplir son rôle de « protection des intérêts particuliers »⁸²⁴, sans pour cela vider de son intérêt le dispositif spécial de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁸²⁵. Le droit des contrats consacre pour ce faire une nouvelle acception de la partie

⁸²¹ T. Daintith, Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe, *RIDE*, 1991, n° 3, p. 313 : « L'analyse économique du droit n'est pas liée de manière indissoluble à une valeur donnée, comme la maximisation des ressources. Elle peut fonctionner au service de toute une série de valeurs différentes, y compris la solidarité et la liberté. »

⁸²² M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°803, p. 777, parlant du droit des pratiques restrictives : « Ainsi pénétré, le droit des obligations ne risque-t-il pas de céder excessivement aux considérations économiques et de perdre ses assises morales et son soubassement juridique ? »

⁸²³ B. Fages, et J. Mestre, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, in « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 11.

⁸²⁴ M. Chagny, *op. cit.*, n°627, p. 614.

⁸²⁵ M. Chagny, *op. cit.*, n°627, p. 614-615 : « le droit commun est, à notre avis, en mesure d'appréhender les comportements déloyaux de telle façon que s'éloigne le spectre de pratiques attentatoires à la loyauté commerciale, faute de protection spéciale des opérateurs envisagés individuellement [...] Cela étant, nous ne prétendons pas que la sollicitation du droit commun offrira exactement le même niveau de protection qu'une règle spéciale instituant une prohibition *per se* ; c'est là précisément que réside l'attrait du droit des obligations qui, utilisé en combinaison avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, concilie la sauvegarde des intérêts des victimes éventuelles et celles de la liberté des agents économiques. »

faible, dépersonnalisée et objectivée. « L'analyse de la position d'une partie dans le contrat »⁸²⁶ remplace en effet « la faiblesse personnelle résultant des carences de l'individu »⁸²⁷.

275. Dans ce contexte, la partie faible ne renvoie plus seulement à la situation particulière du cocontractant salarié, consommateur, assuré, locataire, mais à une partie faible désignée objectivement comme la victime d'un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion⁸²⁸. Il s'agit de sortir d'une « logique personnaliste »⁸²⁹ de la faiblesse pour se concentrer sur l'origine de celle-ci. Cette logique apparaît en effet être arrivée à ses limites. La sectorisation du droit est telle qu'elle finit par dissoudre toute forme de singularité⁸³⁰. L'excès de catégorie aurait fini par tuer les catégories. Plus exactement, les régimes de protection sectoriels auraient épuisé leur faculté d'adaptation au marché⁸³¹. L'article 1171 du Code civil semble prendre acte — de manière consciente ou non — de l'atteinte de cette limite, en privilégiant un régime de protection dépersonnalisé⁸³².

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ À la différence de ce que proposait l'article 1122-2 de l'avant-projet *Catala*.

⁸²⁹ F. Maume *op. cit.* n°125, p. 78.

⁸³⁰ A. Fortunato, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, Thèse, Université de Lille 2, 2016, n°415, p. 438. Cet auteur identifie la protection des professionnels comme l'objectif du droit des pratiques restrictives de concurrence. Les professionnels seraient, selon les termes de l'auteur, une catégorie de cocontractants « digne de protection par le droit » au même titre que les consommateurs.

⁸³¹ La catégorie de consommateur peut être présentée à cet égard comme une notion trop étriquée, qui ne serait plus à même de refléter la réalité du marché de la consommation. V. sur ce point V. Beaudoin, *Prosumer, Communications*, 2011/1 (n° 88), pp. 131-139 spéc. p. 131 : « Avec la numérisation et la mise en réseau, autrement dit avec l'essor d'Internet, s'est développée l'idée d'un affaiblissement de la frontière entre production et consommation. Cette frontière n'avait cessé, au contraire, de se renforcer tout au long de l'industrialisation de la production des biens et des services : à l'industrie et à la firme était réservée l'activité de production, à l'individu celle de consommation. À l'ère numérique, aurait émergé la figure d'un consommateur actif, partie prenante de la production. Cette transformation est formulée via une grande créativité langagière : les termes prosumer voire produser tendent à rendre compte de la transformation du consommateur en individu actif, à la fois professionnel et pro-ducteur. Dans produser, on manifeste par le passage de consumer à user le changement d'attitude du consommateur. » ; V. aussi, J. Rifkin, *La société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014.

⁸³² Il faut rappeler sur ce point que le ministère de la justice avait, au moment de l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, publié sur son site internet des textes de mise en situation de l'article 1171 du Code civil. L'exemple qui avait alors été donné était le suivant : « Cas concret : j'ai loué un appartement pour mes vacances sur un site de petites annonces, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme, je pourrai demander au juge de supprimer cette clause. » Cet exemple, semble sans le dire explicitement se référer aux plateformes de type *Airbnb*. On peut voir dans cet exemple une manifestation de l'intention du législateur d'appréhender avec l'article 1171 des situations qui échappent précisément aux catégories habituelles de consommateur et de professionnel. <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/archives-2016-j-j-urvoas-12873/reforme-du-droit-des-contrats-30490.html>

276. En cela, il est permis de parler d'objectivation de la partie faible. La partie faible n'étant plus désignée par référence à ses qualités subjectives, mais par référence au critère objectif du contrat d'adhésion⁸³³. Chaque contractant serait en quelque sorte une partie faible « latente » qui attendrait de se révéler par l'effet d'un contrat déséquilibré. C'est là, semble-t-il, l'originalité de ce nouveau dispositif : faire converger les mécanismes ponctuels de protection de la partie faible vers un mécanisme général de protection complémentaire et par certains aspects plus audacieux que les dispositifs de droit spécial. L'on assisterait ainsi à la création d'un « droit commun de la partie faible » que certains auteurs ont appelé de leurs vœux⁸³⁴. Ces auteurs ont souligné les vertus d'une telle création, laquelle contribuerait à clarifier le droit⁸³⁵, à renforcer l'efficacité sociologique du Code civil⁸³⁶ ainsi que l'efficacité économique de la règle de droit⁸³⁷. Il s'agirait donc de parvenir à une définition autonome de la partie faible afin de lui appliquer un régime spécifique de nature à apporter la sécurité juridique que la multiplication des régimes de protection menace. Si ces auteurs retiennent une définition de la partie faible fondée sur la notion d'information⁸³⁸, il nous apparaît, à l'heure de la réécriture des dispositions du Code civil, que le contrat d'adhésion est en mesure de constituer un dénominateur commun pertinent.

⁸³³ G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°38, p. 31 : « le changement le plus profond de l'ordonnance réside sans doute dans un basculement de la philosophie générale en faveur d'une protection de la partie faible, par la consécration d'un droit des contrats inégalitaires. [...] le législateur prend acte d'une inégalité structurelle dans les rapports contractuels. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd., 2017 n°366, p. 326 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, pp. 309-310 pour lesquels l'article 1171 consacre le « divorce » entre « les deux droits communs » à savoir le « droit commun moderne régissant les contrats structurellement déséquilibrés et un droit commun classique continuant de régir le schéma traditionnel d'un rapport égalitaire ». Les auteurs défendent l'idée selon laquelle le Code civil ferait cohabiter deux droits communs, et que, partant « l'introduction de l'article 1171 devrait être l'acte inaugural d'un renouveau du droit commun des contrats véritable, renouant pleinement avec la libre autonomie, le respect des volontés et la responsabilité individuelle. »

⁸³⁴ F. Maume, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse, Université Evry-Val d'Essonne, 2015, n°1138, p. 564 ; Pour une lésion généralisée non fondée sur la qualité des parties G. Chantepie dans sa thèse, La lésion, Thèse, Paris 1, 2005, spéc. N°376, pp. 273-274 ; Pour une critique de l'intégration des mécanismes de protection de la partie faible par le droit commun G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°37, pp. 30-31 : « on peut douter que le droit commun des contrats, applicable aussi bien aux relations entre professionnels, entre professionnels et consommateurs, qu'entre particuliers, soit l'instrument le plus efficace pour traiter, au plus près de la diversité des besoins de protection ressentis, la situation réelle des contractants. » ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 309.

⁸³⁵ F. Maume *op. cit.* n°497, p. 248.

⁸³⁶ F. Maume *op. cit.* n°531, p. 265.

⁸³⁷ F. Maume *op. cit.* n°518, p. 256.

⁸³⁸ Maume *op. cit.* F, l'auteur propose de renoncer à la distinction consommateur/professionnel pour ne retenir qu'une partie faible de droit commun identifiée comme « celle qui démontre manifestement d'une situation d'infériorité informationnelle légitime », n°830, p. 422.

277. Il ne s'agit plus alors de faire converger des mécanismes existants, mais d'intégrer dans des branches du droit *a priori* étrangères à ces questions, un souci de protection contre les déséquilibres contractuels. Alors que le débat a longtemps consisté à opter entre la voie d'une protection fondée sur la qualité des parties⁸³⁹ et une autre sur l'équilibre du contrat⁸⁴⁰, c'est une troisième voie que dessine l'ordonnance du 10 février 2016. La voie d'une justice corrective dépersonnalisée et fondée sur un critère procédural. Le choix n'est plus opéré entre la justice distributive d'une part et celle commutative ou corrective d'autre part, le déséquilibre significatif de droit commun se nourrissant à la fois du souci de restauration de l'équilibre contractuel et de la prise en compte de l'inégalité des parties consécutives à la procédure particulière qui préside à la conclusion du contrat. Ce changement de paradigme conduit à réenvisager les rapports du droit aux personnes des cocontractants pour y intégrer une logique procédurale objective.

278. Le déséquilibre significatif instauré par l'article 1171 se présente donc comme un instrument ambitieux, susceptible d'opérer l'unification tant souhaitée des « parties faibles » qui fleurissent à mesure que le législateur et les praticiens se confrontent aux complexités de marchés favorisant de nouveaux déséquilibres⁸⁴¹. Si cet objectif est tout à fait louable, la généralité des outils mis en place par le projet d'ordonnance fait apparaître les risques d'une telle ambition.

§2. Le risque de perte de lisibilité du dispositif de protection

279. Le déséquilibre significatif de droit commun présente un fort risque d'illisibilité pour deux raisons principales. La première consiste en un morcellement des déséquilibres

⁸³⁹ C'est notamment la voie empruntée par la législation consumériste, celle du droit des assurances ou des baux commerciaux, quoi que les seules qualités des contractants façonnées par ces branches du droit ne suffisent pas à mettre en œuvre les dispositifs de correction du déséquilibre. C'est le cas pour l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

⁸⁴⁰ C'est la voie défendue par G. Chantepie dans sa thèse, *La lésion*, Thèse, Paris 1, 2005 n°373, pp. 272-273. L'auteur mentionne au demeurant la voie procédurale sans s'y attarder : « Le contrat est un instrument de justice qui doit permettre la réalisation d'un échange équilibré, peu important la qualité des contractants. Si l'on intervient en amont, pour éviter la création d'un contrat lésionnaire, chacun des contractants se trouve à même de défendre ses intérêts dans la procédure contractuelle. Si l'on intervient en aval, il n'est plus question de la manière dont le contrat a été conclu, sauf à s'intéresser à la procédure contractuelle. [souligné par nos soins] » ; V. dans le même sens C. Noblot, *La qualité de contractant comme critère légal de protection*, Essai de méthodologie législative, Thèse, LGDJ, 2002, spéc. n°377.

⁸⁴¹ V.-L. Benabou, J. Rochfeld, *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob coll. Corpus, 2015, p. 88. Les auteurs utilisent la notion de partie faible pour désigner les « producteurs de valeur » sur internet et les « infomédiaires ».

significatifs (I), tandis que le second porte plus spécialement sur l'articulation en pratique des articles L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et 1171 du nouveau Code civil (II).

I. Le morcellement des déséquilibres significatifs

280. Le morcellement des déséquilibres significatifs se manifeste par les divergences de lectures qui sont faites de cette notion selon que l'on se place dans le droit des pratiques restrictives ou dans le droit commun (A), et s'explique sans doute par la difficulté de combler le vide juridique laissé par la suppression de la cause (B).

A. Les divergences de lecture de la notion en droit des pratiques restrictives et en droit commun

281. L'article 1171 du Code civil présente par sa généralité un risque de perte de lisibilité quant à la cohérence des objectifs qu'il s'assigne. Conçu comme un mécanisme de contrôle objectif de l'équilibre contractuel, l'article 1171 concerne essentiellement les contrats conclus entre particuliers, mais aussi, et surtout, les contrats conclus entre professionnels. Ces contrats, qu'ils soient civils ou commerciaux, ne témoignent pas des mêmes rapports de force que ceux qui précèdent aux contrats conclus entre des non professionnels. Le Code civil n'a certes jamais été insensible à la question de la protection de la partie faible si bien que pour certains auteurs la différence entre le droit commun et le droit spécial serait davantage, sur ce point, une différence de degré qu'une différence de nature⁸⁴². Pour autant, les déséquilibres contractuels entre professionnels sont habituellement sanctionnés lorsqu'ils témoignent de rapports de forces inégaux propres à certains secteurs de la vie économique⁸⁴³. Le risque serait alors d'assister à un « démantèlement du droit commun »⁸⁴⁴, un « émiettement regrettable du droit »⁸⁴⁵ au profit de dispositions ponctuelles destinées à sanctionner les déséquilibres produits par certains types de relations contractuelles. La matière y perdrait sans

⁸⁴² Ph. Stoffel-Munck, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD com.* 2012, 705, n°16.

⁸⁴³ Les pratiques restrictives de concurrence ont été instaurées pour pallier les déséquilibres contractuels que la puissance économique des distributeurs permettait d'imposer aux fournisseurs.

⁸⁴⁴ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, 2^e éd. 1982, p. 26.

⁸⁴⁵ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°849, p. 815.

aucun doute en lisibilité dans la mesure où cela reviendrait à morceler le droit commun des contrats en autant de situations qu'il existe de déséquilibres contractuels. Alors que le déséquilibre significatif concurrentiel consiste à analyser le déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties à l'aune d'un déséquilibre préexistant entre les cocontractants⁸⁴⁶, l'article 1171 du Code civil repose *a priori* sur une approche finaliste du déséquilibre significatif, en considération du résultat produit. L'indifférence qu'entretient l'article 1171 à l'égard des rapports de force préexistants est en réalité conditionnée par le critère du contrat d'adhésion. Le déséquilibre significatif se présente donc comme un outil objectif contextualisé par la référence au contrat d'adhésion qui vient manifester l'asymétrie des parties dans le processus de négociation. Si ce critère peut apparaître pour certains insuffisant⁸⁴⁷, il nous apparaît cependant pertinent, et contribue à la contextualisation opportune du déséquilibre significatif de droit commun. Le but poursuivi au moyen de cette protection apparaît néanmoins mal identifié⁸⁴⁸ et contribue au phénomène de morcellement envisagé.

282. Si le droit des pratiques restrictives de concurrence assigne à la notion de déséquilibre significatif la protection du bon fonctionnement du marché⁸⁴⁹, l'on ignore encore quel objectif poursuit le déséquilibre significatif de droit commun. Le risque serait alors, selon certains auteurs, que les buts poursuivis par ces différents mécanismes entrent en concurrence, voire en contrariété⁸⁵⁰. S'il est vrai que la protection de la libre concurrence peut consister dans le

⁸⁴⁶ Cf. *supra* n° 171 sur l'analyse du critère de soumission ou tentative de soumission prévu par l'art. L. 442-6, I, 2° du C. com.

⁸⁴⁷ M. Chagny, *op. cit.* mettait en garde dans sa thèse contre les risques d'une transposition du déséquilibre significatif en droit commun « suffisant à écarter une clause sans qu'ait à être établi l'abus de puissance économique à son origine », n°847, p. 815. L'auteur proposait en conséquence que le droit commun privilégie des outils tenant compte à la fois du « caractère raisonnable du contrat à l'aune de son contenu et de la situation des parties », n°859, p. 823. Cela supposerait donc de démontrer à la fois que la stipulation litigieuse prive le contrat de son intérêt et qu'il existe une disparité des rapports de force, que le contrat d'adhésion ne permet pas, selon l'auteur, de caractériser de manière satisfaisante.

⁸⁴⁸ R. Demogue, Les notions fondamentales de droit privé, A. Rousseau, 1911, Chapitre VI, p. 141 et 142 : « Il ne s'agit pas d'établir l'égalité entre patrons et ouvriers, entre industriels et consommateurs, mot ici vide de ses, il ne faut pas rechercher qui doit commander, être maître du marché, il faut établir des règles qui s'adaptent aux buts, que poursuivent, chacun de leur côté, ces personnes envisagées à un point de vue professionnel ou non ». Dans cet optique, la définition des buts poursuivis par les personnes que la loi entend protéger apparaît comme un préalable indispensable à leur efficacité.

⁸⁴⁹ M.-S. Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, p. 2. Avec néanmoins les réserves exprimées par de nombreux auteurs sur ce point, qui considèrent que la protection du marché n'est ici qu'indirecte. Cf. *infra* n°329.

⁸⁵⁰ J. Rochfeld, Du statut du droit contractuel « de protection de partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme, in Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ, 2008, p. 838 ; C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 371 ; V. En matière de contrats d'exploitation de droits d'auteur C. Maréchal, L'incidence de la réforme du droit des

même temps à protéger les concurrents, l'inverse n'est pas toujours vrai, de sorte que ces objectifs peuvent se contredire et qu'il reviendra alors au juge de faire primer un de ces intérêts sur les autres. La difficulté s'agissant de cette disposition réside en partie dans le vide qu'elle tente sans le dire de combler.

B. La difficulté de combler le vide juridique laissé par la suppression de la cause

283. La disparition de la cause laisse un vide juridique que l'article 1171 semble vouloir remplir. Pour autant, la cause et le déséquilibre significatif relèvent de mécanismes et d'objectifs qui ne se confondent pas. Aux inconvénients dénoncés de la cause succéderaient alors ceux d'un déséquilibre significatif dont on ignore tout encore⁸⁵¹. Le déséquilibre significatif présente, comme son nom l'indique, la particularité de s'intéresser à l'équilibre des prestations au moyen d'une analyse attentive des forces en présence, de leur pouvoir de négociation et de leur comportement. La cause pour sa part, ne s'intéresse pas à ces éléments. Elle consiste à s'assurer que le contrat est bien doté d'une contre partie, d'un intérêt pour chaque cocontractant. S'il est exact que ce contrôle revient le plus souvent à s'assurer de l'équilibre relatif de la convention, il apparaît dans certains cas que le déséquilibre ne soit pas convoqué dans cette analyse. Lorsque la cause de l'obligation essentielle du débiteur fait défaut, ça n'est pas un déséquilibre qui est sanctionné, mais l'absence de cette contre partie, condition essentielle de validité du contrat. Cette dernière analyse fait appel, à la différence du déséquilibre significatif, à une appréciation objective et globale du contexte économique dans lequel s'intègre le contrat. Les baux commerciaux qui fleurissent dans les grands centres commerciaux, fournissent à cet égard des illustrations de cette appréciation globale et contextualisée de la contre partie convenue. Certains de ces preneurs peinent aujourd'hui à régler leur loyer en raison de l'absence de passage suffisant. Les « commerces locomotives » qui devaient investir ces centres commerciaux font parfois défaut laissant les preneurs des petits commerces démunis face à l'absence de clientèle. Le problème n'est pas ici celui du déséquilibre entre le preneur et le bailleur, mais davantage celui de l'absence d'utilité

contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur, CCE, juin 2016, étude 11, p. 5 : « La plupart des contrats d'exploitation du droit d'auteur pourraient sûrement être passés au crible de cette disposition [le déséquilibre significatif], qui illustre la convergence entre le droit spécial et le droit commun pour protéger l'auteur, considéré comme une partie faible. »

⁸⁵¹ M. Planiol, « En bien des cas, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue. » Inutilité d'une révision générale du Code civil, in *Le Code civil 1804-1904*, Livre du centenaire, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd. 2004, p. 958.

économique du contrat pour le preneur. La série des arrêts *Points clubs vidéos* illustre cette problématique et témoigne des limites fonctionnelles du déséquilibre significatif. Dès lors que ce mécanisme s'attache à analyser un rapport de force préalable qu'il s'agisse du consommateur et du professionnel ou du fournisseur et du distributeur, le déséquilibre significatif ne permet pas d'apprécier objectivement l'utilité économique du contrat pour l'une des parties. S'il est exact que le déséquilibre significatif témoigne dans certains cas de l'inutilité du contrat pour l'une des parties, son objet consiste essentiellement à sanctionner l'abus par l'un des cocontractants de sa puissance économique pour imposer à l'autre des obligations excessives. Le déséquilibre significatif est donc par essence un outil de police contractuelle, là où la cause pouvait être définie comme une condition de validité du contrat.

284. Alors que le déséquilibre significatif s'intéresse aux rapports entre les deux parties au contrat et à leur puissance économique respective, la cause replaçait le contrat dans son environnement économique afin d'en apprécier l'utilité, et constituait à ce titre un outil de contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Le déséquilibre significatif tel qu'appliqué en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives de concurrence porte en lui la marque de l'abus, de l'exploitation par une partie de sa puissance économique sur une autre partie⁸⁵². Alors que l'équilibre est en droit commun l'équilibre voulu par les parties, il est en revanche la rencontre d'un juste rapport entre deux forces opposées lorsqu'il s'agit du droit de la consommation ou du droit de la concurrence. Partant, le déséquilibre ne sera pas apprécié au regard de l'intention des parties, mais à l'issue d'une analyse de la puissance économique des parties. L'article 1171 de l'ordonnance du 10 février 2016 présente la particularité de vouloir concilier ces deux approches du déséquilibre. Outil de droit commun, le déséquilibre significatif ne peut pour autant faire abstraction de sa fonction de rééquilibrage des forces économiques en présence. Le déséquilibre significatif ne semble pas pouvoir supplanter la notion de cause dans la mesure où il se place sur un autre terrain, celui de l'antagonisme des parties en présence et de leur puissance économique. L'indifférence de la cause eu égard aux cocontractants et à leurs comportements permettait d'appréhender la question du déséquilibre au travers de la notion plus neutre de contrepartie. La difficulté en matière de déséquilibre significatif consistera donc à concilier sa mise en œuvre dans les relations entre particuliers avec sa mise en œuvre dans les contrats conclus entre professionnels.

⁸⁵² M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, p. 187, n°120 : « La notion d'équilibre présuppose la possibilité d'un rapport entre des forces opposées. Elle consiste en un juste rapport. »

II. Les conflits d'application du droit commun et spécial des contrats en matière de déséquilibre significatif

285. La cohabitation des déséquilibres significatifs consuméristes, concurrentiels et de droit commun présente un risque de conflit d'application des normes. Cette difficulté est d'autant plus prégnante que la règle de conflit proposée par le Code ne permet pas de définir avec précision les critères de mise à l'écart de l'une ou l'autre des normes en concurrence. Cette incomplétude de la règle de conflit (A) nous conduira donc à opter pour le principe d'antinomie mis à jour par la doctrine avant de l'appliquer à la situation particulière du déséquilibre significatif (B).

A. L'incomplétude de la règle de conflit proposée

286. Alors que plusieurs auteurs⁸⁵³ déploraient sous l'empire du Code civil de 1804 qu'aucun mode de résolution des conflits entre droit commun et droit spécial des contrats n'ait été mis à jour, le législateur n'a pas entendu répondre à cette attente à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016. Aucune règle ne permet en effet d'apporter une réponse précise et prévisible à la situation pour laquelle une règle de droit commun des contrats et une règle spéciale entreraient en concours pour la résolution d'une situation commune⁸⁵⁴. Cela participe de la « stratification⁸⁵⁵ » de la règle de droit, et nécessite d'identifier une règle de conflit efficace et lisible.

287. L'article 1105 reprenant quasiment mot pour mot l'ancien article 1107, dispose que « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats

⁸⁵³ R. Libchaber, *Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes*, *RTD civ.* 1997, p. 792 s. ; Ch. Goldie Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, LGDJ, 2009, n°324 p. 425.

⁸⁵⁴ Le rapport de la Commission des lois du Sénat avant examen en première lecture indique, p. 22 : « qu'une appréciation au cas par cas devra être assurée, en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial, car une application simultanée du droit commun et du droit spécial, même si elle est formellement possible, n'est pas toujours pertinente et justifiée. En particulier, l'application du droit commun ne peut conduire à dénaturer la cohérence ou méconnaître l'esprit du droit spécial ».

⁸⁵⁵ V. l'illustration offerte par Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n°15-27580, PBRI, obs. J.-B. Seube, *RDC* 1^{er} juin 2017, n°2, p. 274 sur l'incompatibilité des règles de prescription de la loi du 6 juillet 1989 avec celles de l'article L. 37-2 du C. consom.

sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. » Cette disposition exige un rappel de la distinction entre droit commun et droit spécial des contrats⁸⁵⁶. Cette distinction n'est pas aisée et l'article 1107, comme son ancêtre, ne contribue pas davantage à saisir la substance de ces expressions. Si l'on s'en tient à une lecture rigoureuse de 1107, les règles qui forment le droit commun des contrats devraient être identifiées par la place qu'elles occupent dans le Code civil, à savoir le sous-titre premier du Livre III intitulé « Le contrat ». Cette définition spatiale du droit commun présente l'avantage de la sécurité et de la prévisibilité. Elle est d'autant plus pertinente que le reproche⁸⁵⁷ qui était légitimement opposé à cette définition sous l'empire du Code de 1804, à savoir l'absence de prise en compte des règles de droit commun dégagées par la jurisprudence, tend à s'estomper avec la réforme. Les créations prétoriennes ont été pour la plupart codifiées de sorte que les articles 1101 à 1231-7 du Code civil offrent une vision complète et fidèle à la réalité des règles générales applicables à l'ensemble des contrats. Ainsi défini, le droit commun des contrats induit une définition négative du droit spécial qui désignerait toutes les règles applicables aux contrats en dehors des articles 1101 à 1231-7⁸⁵⁸. L'on choisira ici de désigner sous l'expression de droit commun des contrats les « règles générales » visées par l'article 1105, et sous celle de droit spécial des contrats « les règles particulières ».

288. Madame Le Professeur Génicon a proposé dans sa thèse une règle de conflit inspirée d'une lecture stricte de la maxime *specialia generalibus derogant*, et dotée d'une force contraignante⁸⁵⁹. Cette règle de conflit repose sur les trois conditions suivantes. Il faut tout d'abord qu'il y ait opposition d'une norme spéciale à une norme générale, c'est-à-dire d'une règle commune à tous les contrats à une règle particulière à un ou plusieurs contrats. Il faut ensuite que la règle spéciale soit dérogatoire, qu'elle apporte une exception à la règle générale. Et il faut enfin que la règle spéciale ne l'emporte sur la règle générale que dans son

⁸⁵⁶ L'on privilégiera cette expression à celle de droit des contrats spéciaux qui suggère l'existence d'un contrat général.

⁸⁵⁷ Ch. Goldie Génicon, *op. cit.* n°6, p. 9.

⁸⁵⁸ Pour une définition différente, Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 7^e éd. 2014, n°1, p. 3 : « à tout contrat s'applique plusieurs types de règles juridiques. Les unes sont générales, indifférentes à la catégorie à laquelle appartient le contrat : elles constituent la théorie générale des obligations contractuelles [...] D'autres règles dépendent de l'espèce à laquelle appartient le contrat : elles constituent le droit des contrats spéciaux. » Cette définition utilise l'une pour l'autre les notions de droit commun des contrats et de théorie générale des contrats. Nous choisissons volontairement de ne pas reprendre cette définition Cf. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* Thèse, LGDJ, 1997, n°1, pp. 19 à 20.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

strict domaine d'application⁸⁶⁰. La deuxième de ces conditions est la plus difficile en pratique à caractériser. Son auteur précise sur ce point qu'il ne doit pas être fait application de la règle de conflit lorsque la règle spéciale complète, répète ou précise la règle générale, mais la règle générale et la règle spéciale doivent être ici appliquées de manière « combinée ». « On peine à déceler la raison impérieuse qui commanderait l'exclusion du droit commun, lorsque les normes en concours ne sont pas contradictoires, mais constituent seulement deux voies de droit concurrentes pour parvenir à un résultat proche⁸⁶¹. » La règle de conflit proposée repose alors sur une conception stricte de l'adage *specialia generalibus derogant* aux termes de laquelle la règle générale n'est écartée à la condition qu'elle contredise la règle spéciale, « si elles sont incompatibles⁸⁶² ». Ce critère d'incompatibilité a déjà été mobilisé par la jurisprudence⁸⁶³, et a connu récemment un certain regain d'intérêt⁸⁶⁴. À défaut d'une telle contradiction, le demandeur pourra agir sur le fondement conjoint des deux règles⁸⁶⁵. Cette lecture de l'adage est particulièrement heureuse si l'on songe aux règles spéciales destinées à protéger certaines catégories de cocontractants sous réserve du respect de conditions restrictives. Il arrive en effet dans ces hypothèses que la règle générale concurrente offre des conditions de mise en œuvre moins contraignantes, ou un délai de prescription de l'action plus avantageux. Il serait inopportun de considérer que la règle « le spécial déroge au général » soit applicable ici, sans quoi l'objectif même de la législation spéciale s'en trouverait détourné. Le Professeur Génicon utilise la notion d'« antinomie⁸⁶⁶ » pour désigner cette contradiction. Cette antinomie est entendue ici comme un concours de normes pourvues d'un « objet commun » et dont « les directives sont incompatibles⁸⁶⁷ ». Cette règle de conflit présente l'avantage de reposer sur un critère objectif là où certains auteurs privilégiaient une recherche subjective de la volonté du législateur dans les règles en conflit. Cette recherche de

⁸⁶⁰ E. Savaux *op. cit.* spéc. n°367, pp. 470 à 471.

⁸⁶¹ E. Savaux *op. cit.* spéc. n°374, p. 484.

⁸⁶² E. Savaux *op. cit.* spéc. n°382, p. 491.

⁸⁶³ CA Versailles, 1^{ère} ch., 2^e sect. 8 juill. 1994, obs. J. Mestre, *RTD civ.* 1995, 97. « Les contrats spéciaux, régis par des dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats pourvu qu'il n'y ait pas d'incompatibilité entre les dispositions générales et les dispositions particulières. »

⁸⁶⁴ H. Barbier, L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats, *RTD civ.* 2016, 837.

⁸⁶⁵ Le demandeur sollicitera à titre principal l'application de la règle qui lui est la plus favorable, souvent la règle générale, et à titre subsidiaire celle de la règle qui le lui est moins.

⁸⁶⁶ Ch. Perelman, (sous la direction de), *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1965. L'antinomie y est définie comme l'« existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet ».

⁸⁶⁷ Ch. Goldie Génicon *op. cit.* n°393, p. 504.

l'intention subjective mène indiscutablement à une « impasse⁸⁶⁸ » dont il convient de sortir. Ce principe ainsi retenu doit être mis à l'épreuve du cas particulier du déséquilibre significatif.

B. Le principe d'antinomie des règles spéciales et générales appliqué au déséquilibre significatif

289. Le rapport au Président reprend le critère de l'antinomie tel qu'il vient d'être défini. Il y est ainsi indiqué que « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres Codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation. » Le projet de la Chancellerie de 2008 avait opté pour une règle de conflit semblable au terme de laquelle les droits spéciaux ne portant pas atteinte au droit des parties de se prévaloir des règles générales à condition qu'elles n'entrent pas en contradiction⁸⁶⁹. Cette affirmation présente plusieurs défauts. Elle ne reprend pas tout d'abord le vocable de l'article 1105, multipliant ainsi les expressions alors qu'il aurait été plus sage de s'inscrire dans la « grammaire » du Code. Elle sous-entend ensuite par l'utilisation de l'adjectif « certain » que seules certaines règles régissant les contrats spéciaux sont visées par le conflit de règles dont il est fait mention. Enfin, les « autres Codes tels que le Code de commerce ou de la consommation » ne permettent pas de se représenter avec précision la réalité à laquelle renvoient ces autres Codes. Il faut néanmoins chercher à préciser les implications de ce principe sur le déséquilibre significatif.

290. Certains auteurs⁸⁷⁰ ont interrogé à juste titre le sens de la formule de « règles particulières ». Le Professeur Chagny indique à cet égard que cette expression pourrait

⁸⁶⁸ D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives, *RDC* 2016, n°2, p. 358, n°51 : « On observe ensuite l'impasse dans laquelle conduit la recherche de l'intention des auteurs des textes. Il est d'abord difficile de soutenir que le législateur de 2008, en autorisant la sanction des déséquilibres significatifs auxquels un professionnel « soumet ou tente de soumettre » un « partenaire commercial », a entendu fermer toute autre action permettant de sanctionner un déséquilibre : qui songerait à interdire la nullité d'un contrat d'affaires pour défaut de contrepartie réelle et sérieuse ? »

⁸⁶⁹ Art. 4 alinéa 2 du Projet de la Chancellerie de 2008. Ce cumul des textes de droit spécial et de droit commun en l'absence de contradiction est apparu dangereux et a donc été modifié en 2009. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n°33.22, pp. 215-216.

⁸⁷⁰ M. Chagny, *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit des contrats*, *RTD com.* 2016, p. 451.

« correspondre aux droits spécialisés des contrats tandis qu'elle ne viserait pas les véritables droits spéciaux⁸⁷¹ ». Interprété ainsi, l'article 1105 pourrait rester en dehors du champ d'application du droit des pratiques restrictives, celui-ci pouvant être défini comme un « droit sectoriel⁸⁷² » défini comme un « corps de règles qui ne visent pas un contrat spécifique, mais ont vocation à s'appliquer à un nombre indéfini de relations contractuelles »⁸⁷³. La difficulté se posera en pratique lorsque la demande d'un professionnel sera éligible sur le fondement de l'article 1171 du Code civil, ce dernier ayant passé un contrat d'adhésion, et sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. La question qui se poserait alors serait celle de la faculté pour le demandeur d'agir sur le fondement du droit commun et non sur celui des pratiques restrictives. La réponse est loin de s'imposer et le gouvernement lui-même a montré certaines maladresses sur ce point, témoignant de l'incertitude qui entoure la question⁸⁷⁴. Il est en effet difficile dans une telle situation de savoir si les dispositions en question revêtent un caractère contradictoire rendant leur application simultanée impossible. La Commission des lois du Sénat refuse au demeurant catégoriquement d'envisager l'application de l'article 1171 dans « les champs couverts par des droits spéciaux »⁸⁷⁵. Le Rapport au Président semble indiquer pour sa part que les deux articles ayant pour effet de sanctionner de nullité les clauses qui créent un déséquilibre significatif, leur contradiction ne peut être recherchée que dans le domaine des objectifs spécifiques qu'elles s'assignent. Sur ce point, il convient de préciser que deux formes d'antinomies peuvent être défendues. L'une « restrictive, qui cantonne l'antinomie aux contradictions pouvant exister entre le contenu des règles applicables, et une conception extensive, qui qualifie d'antinomie la simple opposition des

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² G. Chantepie, La notion d'équilibre du contrat, *Loyers et Copropriété* n° 10, Octobre 2016, dossier 6, n°18.

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, *JCP* 2016. 391, n°1. Alors que le compte rendu du conseil des ministres du 10 février 2016 donnait une illustration pratique de l'article 1171 dans les termes suivants : « Ainsi, une petite entreprise qui ne peut qu'accepter les conditions générales de son partenaire pourra faire écarter les clauses qui créent un déséquilibre manifestement excessif de leurs droits et obligations », le communiqué de presse du lendemain supprimait cet exemple au profit de celui-ci : « j'ai loué un appartement pour mes vacances sur *Airbnb*, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme, je pourrai demander au juge de supprimer cette clause ». V. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest *op. cit.* spéc. n°33.23, p. 217 : « Il reste que le cumul, s'il n'était pas souhaité, n'est pas expressément écarté par le texte : le sens de la formule « sous réserve » pourrait laisser le champ à une application combinée lorsque les règles du droit général ne sont pas incompatibles avec celles des droits spéciaux. »

⁸⁷⁵ Rapport au nom de la Commission des lois du Sénat avant examen en seconde lecture, p. 23 : « ce dispositif instauré dans le droit commun des contrats n'a pas vocation à s'appliquer dans les champs déjà couverts par des droits spéciaux ». Il faut noter néanmoins que le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale a présenté un amendement précisant que ce dispositif de sanction des clauses abusives ne pouvait pas être cumulé avec les dispositifs analogues prévus aux articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation, lequel a finalement été retiré cf. Rapport *op. cit.* p. 23.

orientations de deux règles applicables au même cas.⁸⁷⁶ »⁸⁷⁷ » C'est la première qui sera retenue ici, la seconde ne permettant pas d'appliquer la règle de conflit de manière satisfaisante.

291. Si l'on reprend ici les critères de la règle de conflit dégagés par le Professeur Génicon, il semble qu'il faille reconnaître l'application combinée des deux règles. En effet, l'antinomie n'est pas caractérisée, les articles du Code civil et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce partageant un objet commun sans que leurs directives soient incompatibles⁸⁷⁸. Leur objet commun consiste dans le traitement d'un déséquilibre significatif, toutefois il est possible de mettre en œuvre ces deux textes de manière alternative⁸⁷⁹ sans que cela « retire [r] tout leur sens aux règles en concours⁸⁸⁰. » La sanction de nullité prévue entre autres par l'article L. 442-6, III du Code de commerce ne contredit pas le réputé non-écrit prévu par l'article 1171 du Code civil⁸⁸¹. Les objectifs de ces deux règles concourent enfin à une même finalité consistant à expurger des contrats les clauses qui créent un déséquilibre significatif pour les cas où l'une des parties se trouve dans une situation d'infériorité qu'elle soit économique et/ou juridique⁸⁸². L'application dans cette hypothèse d'une lecture souple de l'adage *specialia generalibus derogant* serait contreproductive puisqu'elle reviendrait

⁸⁷⁶ Ch. Huberlant, Antinomie et recours aux principes généraux, in Ch. Perelman, (sous la direction de), Les antinomies en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 208.

⁸⁷⁷ Ch. Goldie Génicon *op. cit.* n°384, p. 493.

⁸⁷⁸ H. Barbier, L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats, *RTD civ.* 2016, 837, « L'on ne peut écarter une telle applicabilité sur le fondement de l'adage *specialia generalibus derogant* que si l'on est assuré que ces deux normes ont une même finalité, c'est-à-dire qu'elles protègent des intérêts identiques, et qu'elles sont incompatibles, c'est-à-dire que leur mise en œuvre n'aboutit pas à des solutions contradictoires. La question est ardue mais le débat mérite en toute hypothèse d'être posé en ces termes » ; M. Latina, Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion in Le contrat d'adhésion : Perspectives franco-québécoises, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître : « ces textes ont, littéralement, le même objet, à savoir la lutte contre les clauses abusives. En effet, il est difficile de soutenir que les textes spéciaux et le texte du Code civil n'ont pas le même objet, dès lors que la définition des clauses abusives qu'ils donnent est strictement identique. Enfin, ils ne conduisent pas à des solutions incompatibles puisque si les sanctions du Code civil et du Code du commerce divergent *a priori* : « réputé non écrit » dans l'article 1171 du Code civil et dommages et intérêts dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, elles ne sont en rien antinomiques ».

⁸⁷⁹ H. Barbier, art. préc. spéc. n°386, p. 497.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ Pour un exemple de règles qui se contredisent : Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n° 15-27580, PBRI, obs. J.-B. Seube, *RDC* 1^{er} juin 2017, n°2, p. 724. Il s'agissait de savoir si l'on pouvait appliquer à un bail d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989 le délai de prescription de 2 ans prévu par l'article L. 137-2 du Code de la consommation ou celui de trois ans prévu par l'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989. La Cour de cassation considère que : « le bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989 obéit à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation, de sorte que la prescription édictée par l'article 7-1 de cette loi est seule applicable à l'action en recouvrement des réparations locatives et des loyers impayés ».

⁸⁸² M. Latina, art. préc. au sujet des articles L. 442-6, I, 2° C. com. et 1171 C. civ. « Il n'en reste pas moins que les objectifs poursuivis par le législateur, dans ces textes, ne sont pas différents ».

précisément à priver le « partenaire commercial » du Code de commerce des avantages présentés par l'article 1171⁸⁸³ du Code civil, notamment l'imprescriptibilité du réputé non-écrit⁸⁸⁴, l'absence de démonstration de sa qualité de partenaire commercial dont il a été vu qu'elle n'est pas définitivement fixée par la jurisprudence, ou bien encore l'avantage processuel⁸⁸⁵. Cette distinction processuelle a été mise en avant par le Professeur Behar-Touchais pour justifier l'exclusion des contrats relevant de l'article L. 442-6, I, 2° du champ d'application de l'article 1171. Seules des juridictions spécialisées étant compétentes pour statuer sur le déséquilibre significatif affairiste, l'ordre public procédural s'opposerait à ce qu'une autre juridiction puisse connaître d'une situation relevant du champ d'application de L. 442-6, I, 2°⁸⁸⁶. Cela repose toutefois sur l'idée selon laquelle le juge spécialisé puisse se prévaloir de sa compétence même lorsque le demandeur n'agit pas sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. L'auteur indique alors que seuls les contrats conclus par un professionnel libéral, ceux faisant intervenir un agent commercial et son mandant⁸⁸⁷, et ceux impliquant une SCI ou une association pourraient se voir appliquer l'article 1171 du Code civil⁸⁸⁸. Il faut rappeler néanmoins que plusieurs juridictions ont admis

⁸⁸³ D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives, *RDC* 2016, n°2, p. 358, n°54 : « la justice contractuelle, qui porte à offrir une option à la victime de déséquilibre significatif, afin de la faire bénéficier du régime le plus favorable ».

⁸⁸⁴ Cette solution n'est pas clairement établie mais nous plaçons ici en sa faveur, Cf. *infra* n°519.

⁸⁸⁵ L'art. L. 442-6, I, 2° du Code com. prévoit que seules certaines juridictions peuvent connaître de l'action intentée sur ce fondement ce qui n'est pas le cas de l'article 1171. Cf. Art D. 442-3, D. 442-4 et Annexes 4-2-1 et 4-2-2 de la partie réglementaire du Code de commerce.

⁸⁸⁶ M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, *JCP* 2016. 391, « Il serait étonnant que ce pouvoir juridictionnel exclusif des juges spécialisés n'existe que si l'article L. 442-6, du Code de commerce est invoqué, et non dès lors que l'on est dans le champ d'application de ce texte. Ainsi, le juge non spécialisé n'ayant pas de pouvoir de juger, il ne devrait pas non plus pouvoir juger l'affaire sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. » V. sur ce point les trois arrêts rendus par la Chambre commerciale le 29 mars 2017, n° 15-17.659, 15-24.241 et 15-27.811, *Dalloz actualité*, 27 avr. 2017, obs. L. Dargent ; *RTD civ.* 2017. 722, obs. P. Théry. La Chambre commerciale a opéré ici un revirement de jurisprudence au terme duquel seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par l'annexe. La Chambre commerciale dans un arrêt du 21 mars 2018, FS-P+B+I, n° 16-28.412, *Dalloz actualité*, 4 avr. 2018, obs. F. Mélin, a défini les conditions de son revirement de jurisprudence dans les termes suivants : « « l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la [partie concernée], qui ne pouvait ni connaître ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

⁸⁸⁷ Com. 3 avr. 2013 n° 11-13.527 : *JurisData* n° 2012-006422 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant pour lesquelles la durée de préavis qui doit être respectée est fixée par l'article L. 134 -11 du Code de commerce en fonction du nombre d'années d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁸⁸⁸ V. aussi X. Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, *D.* 2016, p. 2174.

l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce pour des contrats conclus par des avocats⁸⁸⁹ sans compter l'avis de la CEPC indiquant qu'au regard des jurisprudences précitées il convenait de faire application du déséquilibre significatif à un GIE de médecins libéraux⁸⁹⁰. S'agissant des agents commerciaux et de leurs mandants, il ne nous semble pas que l'arrêt du 3 avril 2013 puisse être interprété comme faisant échapper ces relations à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dès lors que la demande portait ici sur la rupture brutale des relations commerciales établies, pour lesquelles l'article L. 134-11 du même Code prévoit un délai de préavis bien précis. Cela n'exclut pas, par principe, l'action d'un agent commercial et son mandant sur le fondement du déséquilibre significatif affairiste. Il faut ajouter enfin, pour ce qui concerne les SCI, que la Troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 4 février 2016⁸⁹¹, que la SCI de promotion immobilière devait être assimilée à un non-professionnel⁸⁹² dans ses rapports à l'égard du contrôleur technique. Cette solution, en ce qu'elle permet à une SCI de se prévaloir du déséquilibre significatif consumériste, démontre les limites d'un cloisonnement étanche des contentieux entre les différents déséquilibres significatifs, fondé sur le critère de la qualité des parties au contrat.

292. Il apparaît donc que l'application de la règle de conflit pertinente fondée sur le principe de l'antinomie tel qu'il vient d'être défini permet d'accueillir la demande combinée des plaideurs sur le fondement du déséquilibre significatif de droit commun comme du déséquilibre significatif concurrentiel⁸⁹³. Partant, les professionnels pourront former une

⁸⁸⁹ Paris, Pôle 5, Chambre 11, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; CA Angers 24 avr. 2012.

⁸⁹⁰ CEPC Avis n°16-3 du 14 janvier 2016, relatif à une demande d'avis portant sur les pratiques contractuelles de deux sociétés en matière d'équipement de publipostage. La Commission y admet l'application de l'article L. 442-6, I, 2° à un GIE de médecins libéraux dans les termes suivants : « Concernant la recevabilité de la demande et l'application des règles du Code de commerce à des médecins libéraux, il convient de remarquer qu'une difficulté existe dans la mesure où le client est un GIE de médecins libéraux, c'est-à-dire d'acteurs qui n'ont pas le statut de commerçants et qui ne peuvent bénéficier de l'application du texte. Nous rappellerons toutefois que l'article L442-6-I, 5° du Code de commerce a été appliqué par le passé à des architectes (arrêt de 2008) ou encore que deux arrêts ont admis l'application de l'article L. 442-6-I, 2° à une société civile de moyens d'avocats (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juin 2013) et à propos de relations entre des avocats (arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 24 avril 2012). Au regard de ces jurisprudences, il paraît donc utile de considérer que pour bénéficier du texte de l'article L. 442-6-I, 2° du Code de commerce, il doit s'agir d'un partenaire commercial. La saisine semble de ce point de vue recevable. »

⁸⁹¹ 3^{ème} civ. 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *RDI* 2016, 290, obs. B. Boubli.

⁸⁹² Au sens de l'art. L. 212-2 C. consom.

⁸⁹³ X. Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, *D.* 2016, p. 2174 : « Les deux textes ne puisent pas à la même source et, faute d'impossibilité logique d'une application concurrente, il n'y a pas lieu de retenir que l'un exclut l'autre. En pratique, les commerçants qui proposent des contrats assortis de conditions générales seront donc bien avisés de considérer que, pour relever potentiellement des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, ils n'échappent pas à l'application des dispositions de l'article 1171 du Code civil. » V. aussi

demande principale sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com, et une demande à titre subsidiaire sur le fondement du droit commun ou l'inverse, selon l'avantage qu'ils tirent prioritairement de l'une ou l'autre de ces règles⁸⁹⁴. La même difficulté ne manquera pas de survenir en pratique s'agissant de l'article 1170 qui pourra venir appuyer, à titre subsidiaire, une demande fondée sur l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, outre le conflit que l'article 1170 soulèvera en matière de conflit de normes avec l'article 1171⁸⁹⁵. Certains auteurs proposent à cette fin d'instaurer un « recours en interprétation *ad hoc*⁸⁹⁶ » permettant aux juges de saisir pour avis la Cour de cassation en cas de question relative à l'interprétation qu'il convient de donner à la réforme, non pas en raison d'une difficulté sérieuse, mais par le caractère nouveau de la question de droit soulevée.

293. Songeant aux difficultés d'interprétation que ne manquerait pas de susciter cette interprétation, certains auteurs proposent d'adopter une voie « médiane » qui consisterait « à appliquer le texte différemment selon que la victime est un profane ou un professionnel⁸⁹⁷ ». Le professionnel qui souhaiterait ainsi agir sur le fondement de l'article 1171 du Code civil pour un contrat d'affaires devrait subordonner sa demande à la démonstration de sa qualité de profane dans le domaine visé par le contrat. L'on retrouverait alors la jurisprudence de l'article L. 212-1 du Code de la consommation appliquée aux professionnels⁸⁹⁸. Il est difficile pour l'heure de prédire l'interprétation que feront les juges de la règle de conflit, et du déséquilibre significatif dans ses aspects concurrentiels et contractuels. Il apparaît néanmoins que l'esprit de ces textes promeuve une lecture dualiste de la notion conciliant protection de la partie faible et promotion de l'efficacité économique du contrat. Une telle interprétation permettrait de faire une application rationnelle des déséquilibres significatifs puisqu'elle

en ce sens Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°369, p. 331 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 301.

⁸⁹⁴ Il faut préciser que certains auteurs ont proposé des règles de conflit différentes sur ce point. V. S. Gaudemet, Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, in *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, CCC 2016. Dossier 5, n°12, qui propose deux interprétations de la lecture combinée des articles L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce et 1171 du Code civil. Aux termes de la première interprétation, la règle de conflit reviendrait à exclure du champ d'application de 1171 les contrats conclus entre professionnels, sans quoi le droit commun deviendrait un « instrument de contournement du droit spécial ». Aux termes de la seconde interprétation, « les dispositions du Code de commerce n'évinceraient pas l'application du droit commun, en l'absence "d'antinomie" entre les deux, les conditions et le régime des deux textes n'étant pas en tous points identiques. »

⁸⁹⁵ S. Gaudemet, art. préc. spéc. n°13 15.

⁸⁹⁶ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°33.25 pp. 218-219.

⁸⁹⁷ D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives, *RDC* 2016, n°2, p. 358, n°56.

⁸⁹⁸ Cf. *supra*, n°327.

viendrait placer, dans le champ d'application de l'article 1171 du Code civil, les relations entre professionnels par ailleurs exclues de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

CONCLUSION DU CHAPITRE

294. Le déséquilibre significatif incarne l'outil privilégié du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Qu'il s'agisse du déséquilibre significatif concurrentiel ou de droit commun, cette notion manifeste l'intérêt du législateur pour un instrument de contrôle de l'équilibre destiné à sanctionner l'exploitation de rapports de force asymétriques. Le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce démontre à cet égard son efficacité dans les rapports contractuels au sein de la grande distribution mais également sur des marchés d'apparition plus récente de type plateforme *B to B*. En dehors de ces domaines, le déséquilibre significatif peine à être caractérisé, les juges privilégiant une appréciation restrictive de la notion de partenaire commercial. Cela revient à exclure du champ d'application *ratione personae* les cocontractants ponctuels, et ceux dont le contrat ne consiste pas à organiser et/ou à développer une activité commerciale. Cela est d'autant plus regrettable qu'il faut ajouter à cela la circonscription étroite du champ d'application *ratione materiae* de cet outil. Plusieurs types de contrats ont été expressément exclus du champ de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Il s'agit principalement des baux commerciaux et des contrats de location financière, pour ce qui concerne la personne du bailleur financier. Ces exclusions sont selon nous contreproductives dans la mesure où elles interviennent dans des relations contractuelles propices aux déséquilibres. L'étude des clauses communément insérées dans certains de ces contrats confirme l'opportunité d'un contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

295. La notion de déséquilibre significatif a pour sa part révélé la stabilisation de plusieurs de ses critères constitutifs au point qu'il soit permis d'en livrer la proposition de définition suivante : le déséquilibre significatif s'entend de l'absence de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie. Les clauses sanctionnées sur le fondement de ce texte, permet par ailleurs de dégager une typologie des clauses abusives dans les rapports entre distributeurs et fournisseur. Sans prétendre identifier une liste de clauses noires à la manière de l'article R. 132-1 du Code de la consommation, il apparaît que le caractère standardisé des contrats conclus dans ce domaine autorise à présumer certaines clauses d'abusives au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. La présomption doit être simple dès lors que le texte exige la démonstration d'une soumission ou tentative de soumission que la seule lecture des clauses litigieuses ne permet

pas d'apprécier. Les décisions rendues démontrent que cette condition s'entend de manière objective comme le pouvoir de négociation permettant à une partie d'imposer à une autre des obligations sans négociation effective. Cette démonstration suppose une contextualisation préalable de la pratique, impliquant d'apprécier la place occupée par chacune des parties sur le marché pertinent. Il appartient ensuite à celui qui se prévaut du déséquilibre de démontrer qu'aucune négociation ne lui a permis de discuter les termes du contrat, ou que la négociation n'était pas effective. L'appréciation de la soumission est donc objectivée par l'analyse des pouvoirs de négociations de l'une et l'autre partie, et rejoint sur ce point l'ambition du déséquilibre significatif de droit commun.

296. La consécration du déséquilibre significatif de droit commun est sans doute la mesure la plus controversée de la réforme du droit des contrats, particulièrement par les milieux professionnels qui s'inquiètent de voir rejaillir ici les inquiétudes qu'avaient suscité en son temps l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Si les articles L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et 1171 du Code civil ont une forme commune, ces dispositions diffèrent en plusieurs points décisifs sur le fond. Cela s'exprime tout d'abord par le champ d'application de l'article 1171 qui subordonne le déséquilibre significatif à la présence d'un contrat d'adhésion. Cela s'illustre ensuite par la nature du déséquilibre appréhendé, puisque l'article 1171, à la différence de son homonyme consumériste, ne s'attache pas au déséquilibre en valeur. Et cela se traduit enfin par une différence d'objectif. Cette fausse « gémellité » produit un phénomène de superposition- empiètement des dispositifs, dans le même temps qu'elle interroge la faculté de l'article 1171 à venir au secours des contrats exclus du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Cela suppose d'admettre néanmoins une interopérabilité des fonctions dévolues à chacun de ces outils qui n'est pas sans poser problème. Le droit des pratiques restrictives et le droit commun des contrats poursuivent à priori des objectifs distincts. Le premier s'attache à préserver la libre concurrence tandis que le second définit les règles de fonctionnement général d'un contrat abstrait et dépersonnalisé. L'étude de l'évolution législative récente du droit de la concurrence, mais également du droit commercial ou du droit des assurances manifeste pourtant une convergence des dispositifs de droit spécial vers un principe général de protection des cocontractants. Cette évolution trahit une approche plus économique du contrat, et plus objective du contrat.

297. La partie faible ne renvoie plus à des catégories de cocontractants données mais à une partie faible désignée objectivement à raison du contenu du contrat auquel elle est partie. Cette conception de la partie faible n'a pas fait disparaître les régimes de protection catégoriels existant mais elle souligne les difficultés de ces régimes à s'adapter au renouvellement des catégories auxquelles ils se rattachent. Le déséquilibre significatif de droit commun incarne à cet égard le renouveau de la protection de la partie faible sans pour cela que ses ambitions se calquent totalement sur celles que s'assignent le droit des pratiques restrictives. Cela questionne la possibilité pour des professionnels d'agir conjointement sur le fondement des articles 1171 du Code civil et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, ou de l'un seulement de ces textes lorsque l'autre – l'article L. 442-6, I, 2° selon toute vraisemblance – est exclu. La règle de conflit proposée par le texte de la réforme ne permettant d'apporter une réponse satisfaisante à cette question, nous nous sommes employés à mettre en œuvre la règle de conflit proposée par Madame le Professeur Génicon. Il apparaît ainsi que le critère d'antinomie ne soit pas rempli dès lors que les articles 1171 du Code civil et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce partagent un objet commun sans que leurs directives soient incompatibles. Cela permet dès lors de revendiquer un usage combiné de ces articles par les professionnels, de sorte que l'un viendrait au secours de l'autre quand les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas rassemblées.

298. Conclusion du Titre 1. Au souci d'équité sur lequel se fondaient les juges pour sanctionner les contrats lésionnaires s'est ajouté depuis plusieurs années un souci d'équilibre contractuel qui revendique aujourd'hui son autonomie. Cet équilibre contractuel se distingue de la notion d'équité dans la mesure où il ne s'agit seulement d'assurer aux parties une juste répartition des ressources, mais d'assurer, en dehors d'elles, l'effectivité de l'opération économique dont le contrat est l'instrument. La conception volontariste du contrat est ainsi marquée par un mouvement d'objectivation qui consiste à faire primer l'utilité du contrat sur la volonté des parties. Le contrat équilibré n'est pas celui qui résulte de l'équilibre qu'ont entendu lui donner les cocontractants, mais d'une recherche objective de son utilité économique, de son efficacité. Il s'agit de revendiquer l'intégration « des valeurs d'efficience économique et de logique marchande⁸⁹⁹ » dans le droit commun des contrats. Les vices du consentement et les ensembles contractuels indivisibles sont particulièrement marqués par cette objectivation et dotent le contrat d'une dimension économique nouvelle. L'entrée du déséquilibre significatif parachève cet objectif, ce dernier empruntant directement au droit de la consommation et au droit des pratiques restrictives un outil de protection sectorielle. La lisibilité du dispositif peut néanmoins sembler douteuse. L'intérêt d'une telle disposition en droit des pratiques restrictives repose en effet sur le lien établi entre l'équilibre entre les droits et les obligations des parties d'une part, et le contexte économique dans lequel se noue la relation d'autre part. C'est en effet dans la conciliation de ces deux aspects que se dessinent les contours d'un outil juridique pertinent. La décontextualisation apparente du déséquilibre significatif de l'article 1171 du Code civil contribuerait ainsi à l'hypertrophie d'une notion « fourre-tout » dont les ambitions sont encore mal identifiées. Il faut en réalité relativiser cette affirmation, dans la mesure où la référence au contrat d'adhésion permet de borner l'usage de cet outil aux rapports de négociation amputés dans leurs effets. Le déséquilibre significatif de droit commun se présente donc comme une règle de police contractuelle, complémentaire du dispositif instauré par son homonyme concurrentiel. Son périmètre d'application et ses conditions de mise en œuvre font deviner un outil à l'ambition plus générale, permettant d'appréhender des contrats par principe exclus du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁹⁰⁰. D'autres outils occupent néanmoins des fonctions plus

⁸⁹⁹ M. Behar-Touchais, *L'ordre concurrentiel et le droit des contrats*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Prioivano, éditions Frison-Roche, 2004, p. 236.

⁹⁰⁰ On songe particulièrement ici à tous les contrats conclus par les professionnels pour les besoins de leur activité qui ne sont éligibles ni sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° car le critère du partenariat commercial y est exclu, mais qui sont également exclus du champ d'application de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ces professionnels ne bénéficiant pas de la protection accordée aux seuls consommateurs et

traditionnelles. Plus exactement, la lecture de l'ordonnance du 10 février 2016 laisse apparaître le spectre de la « cause » tant dans sa dimension objective que subjective.

non professionnels. C'était au demeurant en considération de ces contrats que certains auteurs avaient plaidé en faveur d'un dispositif de protection générale contre les clauses abusives en droit commun V. N. Sauphanor-Brouillaud, *LPA* 2009, n° 31, p. 54 : l'auteur propose d'insérer dans le droit commun des contrats une disposition consacrée aux clauses abusives.

TITRE 2 : LE SPECTRE DE LA « CAUSE »

299. L'ordonnance du 10 février 2016 aura donc marqué la fin de la cause. Fruit d'une opposition acharnée entre les partisans de la cause⁹⁰¹ et ses détracteurs⁹⁰², la cause semble avoir succombé aux critiques qui étaient régulièrement formulées à son encontre. Trop hexagonale⁹⁰³ et trop incertaine pour certains, la cause, s'est retirée au profit d'outils présentés comme étant plus respectueux de la sécurité juridique et plus adaptés à un droit globalisé ou tout du moins européenisé. La lecture de l'ordonnance du 10 février 2016 trahit néanmoins le maintien fonctionnel de cette notion cardinale au travers de dispositifs juridiques ponctuels. Le mot disparaît donc, mais les fonctions de la cause demeurent⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ Il faut signaler ici que les « pro-cause » et les « anti-cause » ne constituent pas des groupes bien fixés. Comme le note fort justement Denis Mazeaud : « beaucoup de ceux qui prêchent pour le maintien de la cause sont ceux-là même qui ont critiqué, et avec quelle virulence, sa rénovation et son exploitation par la Cour de cassation hors du ghetto dogmatique dans lequel cette notion était jusqu'alors confinée, mais il est vrai que ces derniers, détenteurs de la seule vérité qui fut, est et sera, savent eux, et eux seuls, le rôle susceptible d'être assigné à la cause. En revanche, ceux qui ont applaudi les audaces de la Cour de cassation dans ce domaine, ces dernières années, sont ceux-là même qui plaident aujourd'hui pour sa disparition », *D.* 2008. 2675. On choisira donc de lister de manière non exhaustive les auteurs qui se sont prononcés en faveur ou contre le maintien de la cause à l'occasion des discussions relatives aux projets de réforme successifs. V. en faveur du maintien R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, *JCP G* 2008.I.190 ; Th. Génicon, Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots, *RDC* 2015, p. 625 ; Th. Génicon, Défense et illustration de la cause en droit des contrats, *D.* 2015, 1551 ; D. Mazeaud, Droit des contrats, réforme à l'horizon, *D.* 2014, p. 291 ; R. Boffa, Juste cause (et injuste cause), *D.* 2015, p. 335 ; O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, *D.* 2008, p. 2607 ; A. Ghozi A. et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, *D.* 2008, p. 2609.

⁹⁰² X. Lagarde, Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007, p. 240 ; F. Terré, La cause est entendue, *JCP G* 2007, act. 609 ; C. Grimaldi, Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, *D.* 2015, 814 ; L. Aynès, La cause, inutile et dangereuse, *Dr. & patr.* 2014, n° 240, p. 40 ; Ph. Dupichot, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, *Dr. & patr.* 2015, n° 247, p. 32 ; D. Houtcieff, Le contenu du contrat, in Pour une réforme du droit des contrats, *Terré Fr.* (sous la dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, spéc. p. 198.

⁹⁰³ Aucun des projets européens de codification du droit des contrats ne se réfère à la notion de cause. Cette notion était par ailleurs peu répandue dans les systèmes de *common law* sauf sous la forme de la « *valuable consideration* » qui est exclusivement objective, et renvoie à la contrepartie matérielle de l'obligation. V. J.-P. Walton, Cause et « *consideration* » dans le droit anglais des obligations, trad. de H. Capitant, *RTD civ.* 1919, p. 469 et s. H. Capitant, De la cause des obligations, 3e éd., Dalloz, 1927, n° 81 et s., p. 172 et s. ; R. David, Cause et consideration, in Mélanges offerts à J. Maury, t. II, Dalloz et Sirey, 1960, p. 111 et s. ; B. S. Markesinis, La notion de *consideration* dans la *Common Law* : vieux problèmes ; nouvelles théories, *RID comp.* 1983, p. 735 et s. Il ne faut pas manquer de souligner néanmoins que les Codes étrangers inspirés du Code civil de 1804 sont nombreux à avoir intégré la notion de cause c'est le cas Code civil italien dans ses articles 1325, et 1343 à 1345 ; du Code libanais des obligations et des contrats en son article 177, ou encore du Code civil du Québec qui définit la « cause du contrat » comme la « raison qui détermine chacune des parties à le conclure » (article 1410). Le droit allemand et celui des Pays-Bas, en revanche ne connaissent pas la notion de cause.

⁹⁰⁴ Le Rapport au Président de la République parle d'un « abandon formel de la notion de cause » ; V. également les propos de M. François Pillet, rapporteur, examen en séance publique, 1^{re} lecture au Sénat - 17 octobre 2017 : « si la cause est sortie côté jardin, elle est rentrée côté cour ! ».

300. Les deux fonctions de la cause⁹⁰⁵ sont ainsi reprises au moyen de nouvelles notions. Le contrôle de l'existence de la cause se traduit par le contrôle de l'existence d'une contrepartie convenue qui ne soit pas illusoire ou dérisoire, tandis que le recours au contenu permet de s'assurer de la licéité du contrat. Le passage de témoin opère cependant dans des notions plus ponctuelles qui revendiquent un lien de filiation évident avec la cause. C'est le cas de l'obligation essentielle comme du but du contrat qui sont autant d'expressions nouvelles de la cause disparue. Ces instruments se présentent comme des outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans la mesure où il s'agit d'appréhender l'équilibre du contrat non par référence à une volonté subjective qui peinerait à être dévoilée, mais par référence au contenu matériel et objectif du contrat⁹⁰⁶. La consécration d'un contenu licite et certain est à cet égard symptomatique de la nouvelle vision du rapport d'obligation. Le contenu du contrat oblige en effet à s'attacher à une vision globale du contrat dont il convient d'assurer la cohérence. S'agissant du contrôle de la licéité de la cause, celui-ci se spécialise au profit de la sanction des déséquilibres. L'ordre public sanctionne à cette fin les cocontractants qui s'engageraient « excessivement⁹⁰⁷ ». L'étude successive du contrôle de l'existence de la contrepartie (Chapitre 1) et du contrôle de l'équilibre contractuel sous le prisme de la licéité du contrat (Chapitre 2) manifeste la rémanence de la cause disparue. Elle souligne dans le même temps la double dimension de ce contrôle à la fois instrument de justice privée et outil de régulation économique.

⁹⁰⁵ Deux acceptions de la cause permettaient, sous l'empire du Code civil de 1804, d'assurer deux contrôles différents. La cause dite subjective permettait de s'assurer du contrôle de la licéité de la cause, tandis que la cause dite objective permettait de s'assurer de l'existence d'une contrepartie. Sur cette distinction V. notamment, H. Capitant, *De la cause des obligations*, Thèse, Dalloz, 1924 ; L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, Thèse, 1928 ; P. Louis Lucas, *Volonté et cause : Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse, Dijon, 1917 ; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français*, Thèse, Toulouse, 1920 ; R. Marty, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, Thèse, Paris II, 1995 ; Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, Thèse, Paris II, 1993 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse, Paris I, LGDJ, 1999 ; A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, Thèse, PUAM, 2001 ; E. Mouial Bassilana, *Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat*, Thèse, Nice, 2003 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

⁹⁰⁶ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°402, p. 436.

⁹⁰⁷ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°425, p. 475.

Chapitre 1 : Le contrôle de l'existence de la contrepartie

301. Alors que l'avant-projet de réforme *Catala* avait laissé croire un temps au maintien de la cause au rang des conditions de validité du contrat⁹⁰⁸, l'ordonnance du 10 février 2016 a opté pour un parti pris formellement différent. L'article 1128 qui énonce les conditions de validité du contrat ne fait pas mention de la cause, mais seulement du consentement, de la capacité et d'un contenu licite et certain. Est-ce à dire pour autant que la cause aurait fonctionnellement disparu du droit commun des contrats ? Certainement pas. L'article 1169 compris dans la sous-section 3 intitulée « le contenu du contrat » introduit à cet égard la notion de « contrepartie convenue⁹⁰⁹ » dont la signification est intimement liée à celle de la cause⁹¹⁰. L'article 1169 précise pour sa part que la contrepartie convenue lors de la formation du contrat qui est dérisoire ou illusoire entraîne la nullité du contrat. Il s'agit, sans le dire, de viser ici une condition substantielle de validité du contrat, l'absence de contrepartie étant appréciée au moment de la conclusion du contrat, et sanctionnée par la nullité de celui-ci. La cause objective se trouverait ainsi reprise dans ses fonctions au travers de nouveaux outils plus prévisibles et dont la signification serait moins fuyante. La fonction de rééquilibrage des contrats antérieurement assignée à la cause, se trouve ainsi reprise au travers de la notion de contrepartie convenue permettant aux parties de retirer du contrat l'intérêt économique qu'elles en attendent.

302. Ce contrôle objectif de l'équilibre contractuel s'exerce au travers d'une autre déclinaison de la cause disparue. Il s'agit de l'article 1170 qui sanctionne « toute clause qui

⁹⁰⁸ L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription ou avant-projet *Catala* maintenait la cause au rang des conditions de validité du contrat. L'article 1124 disposait ainsi que « la convention est valable quand l'engagement a une cause réelle et licite qui le justifie », tandis que l'article 1125 ajoutait que « l'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire. » V. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 375 s. et particulièrement B. Fages, *Autour de l'objet et de la cause*, *RDC* 2006, p. 37 sur l'avant-projet *Catala*. L'avant-projet *Terré*, en revanche abandonnait la notion de cause ainsi que le premier projet de réforme de la Chancellerie qui remplaçait la cause par la notion d'« intérêt » (article 86 : « Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »).

⁹⁰⁹ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 375 s.

⁹¹⁰ Cette partenté est expressément assumée dans le Rapport au président de la République : « L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité : le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais « un contenu licite et certain » (article 1128). » ; V. également, Ph. Simler, *Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire – Absence de cause* (C. civ., art. 1131 et 1132 anciens), *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 40, déc. 2016 qui utilise la cause objective et la contrepartie convenue comme des synonymes.

prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Alors que l'arrêt *Chronopost*⁹¹¹ et ses suites⁹¹² avaient mis la cause à l'épreuve des clauses limitatives et/ou exonératoires de responsabilité, l'ordonnance du 10 février 2016 y consacre un article et forge pour ce faire la notion hautement mystérieuse d'obligation essentielle. Si la démarche manifeste l'attachement du législateur à l'héritage causaliste⁹¹³, elle incarne dans le même temps la dimension utilitariste et économique du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Le contrat doit être à même d'assurer sa fonction économique, sans qu'il soit possible à l'une des parties de compromettre la réussite de cet objectif par un aménagement de ses obligations de nature à priver l'autre de toute contrepartie. L'article 1170 incarne donc le maintien de la fonction causale d'éradication des conventions déséquilibrées au travers d'un outil ciblé dont la portée dépasse néanmoins les seules clauses d'aménagement de la responsabilité.

303. La contrepartie convenue illusoire ou dérisoire (Section 1), se présente ainsi comme un outil de contrôle de l'équilibre structurel du contrat tandis que la notion jurisprudentielle d'obligation essentielle (Section 2) apparaît comme un outil autonome de sanction des clauses abusives du contrat.

⁹¹¹ Com. 22 oct. 1996, *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

⁹¹² Com. 30 mai 2006, *RTD com.* 2007, 224, note B. Bouloc ; Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007, 654 obs. X. Delpech ; CA Paris, 25e ch., sect. A, 26 nov. 2008 : *JurisData* n° 2008-006565, *JCP G* 2009, I, 123, n° 11, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2009, p. 1010, obs. Th. Génicon ; Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2485, obs. Th. Génicon ; Com. 3 déc. 2013, *RDC* 2014, p. 176, obs. Th. Génicon.

⁹¹³ O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 286 : « il ne s'agit in fine que de la disparition du mot « cause » (la « contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage » n'est tout jamais que la définition traditionnelle que l'on en donne dans les contrats synallagmatiques), le droit français demeurant fondamentalement causaliste. »

Section 1 : La contrepartie illusoire ou dérisoire

304. La contrepartie convenue renvoie à l'équilibre structurel du contrat. Elle désigne sa raison d'être et doit à cette fin être étudiée comme une condition de validité substantielle du contrat. Cette condition de validité couvre pourtant un champ d'application restreint, seuls les contrats à titre onéreux étant visés par l'article 1169 du Code civil⁹¹⁴. La classification des contrats reprend donc son importance, l'exigence d'une contrepartie convenue dans les contrats à titre onéreux (§1), étant écartée pour les contrats à titre gratuit (§2).

§1. La contrepartie convenue dans les contrats à titre onéreux

305. La « contrepartie convenue⁹¹⁵ » vient prendre le relai de la cause objective dont les fonctions sont reprises à l'égard des contrats synallagmatiques (I) comme des contrats unilatéraux (II).

I. Les contrats synallagmatiques

306. Les contrats commutatifs se présentent comme le terrain privilégié de la mise en œuvre de l'article 1169 du Code civil (A), tandis que les contrats aléatoires soulèvent pour leur part des incertitudes quant à leur compatibilité avec la notion de « contrepartie convenue » (B).

A. Les contrats commutatifs

307. Le contrat commutatif est défini par l'ordonnance du 10 février 2016 comme celui dans lequel « chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit⁹¹⁶. » Cette définition, qui reprend en substance celle de l'article 1104 du Code civil anc., fait du contrat commutatif le lieu privilégié de la

⁹¹⁴ Art. 1169 C. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. » Le contrat à titre onéreux est défini par l'article 1107 al. 1 C. civ. De la manière suivante : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. »

⁹¹⁵ J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, n°153.

⁹¹⁶ Art. 1108 al. 1.

mise en œuvre de l'article 1169. Si l'équilibre du contrat commutatif est subjectivement déterminé (1), la notion de contrepartie lui assure un contrôle objectif (2).

1. L'équilibre subjectivement déterminé

308. La définition du contrat commutatif repose sur la notion d'équivalence qu'il convient de distinguer de celle d'équilibre. L'équivalence est ici une équivalence subjective entendue comme celle à laquelle les parties consentent. Le contrat commutatif n'est pas un contrat objectivement équilibré, mais celui par lequel chaque partie accepte de recevoir de l'autre un avantage regardé, par elle, comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. À cet égard, la notion de contrepartie convenue peut sembler confirmer l'attachement du législateur à une acception subjective de l'équilibre. Il apparaît néanmoins que la notion de contrepartie convenue doit être lue à l'aune de l'évolution de la cause (a), dont il serait rapide de déduire qu'elle a conduit à prôner une appréciation subjective de l'équilibre du contrat (b).

a. De la cause objective à la cause subjective

309. La théorie « classique » de la « cause du Code civil⁹¹⁷ » a consisté à faire primer une vision objective de l'équilibre contractuel. Cette dernière faisait en effet correspondre à un type de contrat une cause déterminée⁹¹⁸. La cause de l'engagement du vendeur était ainsi le paiement d'une somme d'argent tandis que celle de l'engagement de l'acheteur résidait dans le transfert de la propriété de la chose. Cette approche « classique » de la cause a néanmoins montré très tôt ses limites lorsque les formes contractuelles ne permettaient pas de

⁹¹⁷ L. Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939. L'auteur oppose la « cause du Code civil » à la « cause impulsive et déterminante ». Alors que la première « est abstraite et s'intègre dans le contrat dont elle est l'un des éléments constitutifs [...] la cause impulsive et déterminante [...] est à la différence de la précédente, un mobile individuel, une notion concrète qui demeure extérieure au contrat et qui est, pour une bonne part une création de notre jurisprudence. »

⁹¹⁸ J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, nouvelle édition Héricourt 1777, Livre I, Titre I, Senction I, IV-IX, spéc. V. qui parle de « sorte » de contrat auquel serait associée une cause ; A. Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, t. X, Des contrats ou des obligations conventionnelles, Paris 1830, n°327, p. 343 : « comme les obligations sont d'une multitude de sortes, les causes qui le font naître varient pareillement » ; C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, T. XXIV, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, 3^{ème} éd., Paris, Durand et Pedone Lauriel ; Hachette et Cie ; Cosse, Marchal et Billard, 1863-1867, n°355, p. 340 : « la cause finale est toujours identiquement la même dans tous les contrats identiques » ; A.-M. Demante, E. Colmet de Santerre, Cours analytique du Code napoléon, continué depuis l'article 980 t. V, art. 1101-1386 : Contrats ou obligations conventionnelles, 2^{ème} éd., E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, Paris, 1883, n°46 bis, p. 56 » identité nécessaire de causes toutes les fois que les contrats sont identiques ».

systématiser ce type de raisonnement, ou bien encore lorsque les parties elles-mêmes décidaient d'une contrepartie autre que celle qui se déduisait du type de contrat par lequel elles étaient liées⁹¹⁹. Une vision dualiste de la cause⁹²⁰ a alors succédé à son acception exclusivement objective. Au côté de la cause objective, s'est ajoutée une cause subjective propre à assurer le contrôle de sa licéité. Cette dualité n'est toutefois pas demeurée aussi étanche et la lecture de la jurisprudence a fait apparaître une « subjectivisation » de la cause dans le contrôle de son existence et plus seulement dans celui de sa licéité⁹²¹. Cette subjectivisation de la cause consistait à s'attacher à « l'intérêt poursuivi par celui qui s'engage⁹²² » pour éradiquer les conventions déséquilibrées. Ce rééquilibrage s'est opéré en dehors des prévisions contractuelles contraignant les juges à rechercher la contrepartie de l'engagement dans les motivations subjectives des parties. Les arrêts *Chronopost*⁹²³ et *Point club vidéo*⁹²⁴ ont incarné à cet égard l'aboutissement de ce mouvement de subjectivation de la cause. La lecture de ces décisions fait pourtant apparaître le caractère éminemment objectif d'un tel contrôle.

⁹¹⁹ J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Thèse, Paris 1, LGDJ, 1999, p. 4 : « Cette définition abstraite et objective, découlant de la nature du contrat passé, n'est pas, il est vrai, restée sans objection. La première est qu'elle ne représente en réalité que l'interprétation la plus vraisemblable des motivations. [...] La seconde objection réside en ce que, si cette définition permet d'assigner une motivation probable à chacune des parties lorsqu'on est confronté à un acte dont la raison se lit dans la structure du contrat, elle n'est plus suffisante lorsque celui-ci ne dit pas sa cause, comme c'est le cas des promesses et des libéralités. » Ainsi que les thèses consacrées à la question H. Capitant, De la cause des obligations, Dalloz, 1927, P. Louis Lucas, Volonté et cause : Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé, Thèse, Dijon, 1917 ; J. Maury, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français, Thèse, Toulouse, 1920 ; R. Marty, De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, Thèse, Paris II, 1995 ; Ph. Reigné, La notion de cause efficiente en droit privé français, Thèse, Paris II, 1993 ; J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Thèse, Paris 1, LGDJ, 1999 ; A. Cermolacce, Cause et exécution du contrat, Thèse, PUAM, 2001 ; E. Mouial Bassilana, Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003.

⁹²⁰ J. Maury, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, *RID comp.* 1951, 485 est le premier à isoler ces deux fonctions de la cause ; On se reportera pour les reste aux principaux manuels et traités antérieurs à la réforme du droit des contrats ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 4^e éd. Tome 2, 2013, n°529, p. 366 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil : Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013, n°337, p. 383 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Lextenso, 7^e éd. 2015, n°621, p. 314 ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd., 2007, p. 426 ; B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, coll. Manuel, 4^{ème} éd., 2013, 159, p. 133 ; S. Bros et C. Larroumet, Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n°482, p. 514.

⁹²¹ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *op. cit.*, p. 400, n° 574.

⁹²² *Ibid.*

⁹²³ Com. 22 oct. 1996, CCC 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

⁹²⁴ Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, D. 1997. 500, obs. Ph. Reigné, V. aussi B. Fages obs. sous Com. 27 mars 2007, *RTD civ.* 2009, 719.

b. Une contrepartie convenue objectivement identifiée

310. Pourtant présentés comme des illustrations d'une recherche subjective de l'équilibre voulu par les parties, les arrêts *Chronopost*⁹²⁵ et *Point club vidéo*⁹²⁶ révèlent en réalité une approche objective de l'équilibre attendu de la convention, de son « économie⁹²⁷ ». La volonté déclarée des parties étant insuffisante pour assurer au contrat une utilité économique, les juges sont allés rechercher ce que certains appellent la volonté interne⁹²⁸, ou volonté objective⁹²⁹ afin de redonner à celle-ci sa rationalité⁹³⁰. L'équilibre contractuel s'appuierait dans cette perspective sur « l'opération économique poursuivie et le résultat escompté⁹³¹ ». Plus respectueuse de la fonction économique du contrat, cette analyse permettrait de passer d'une recherche subjective de l'équilibre contractuel fondée sur les « motifs⁹³² » des parties à une recherche objective concentrée sur l'objectif économique global poursuivi par le contrat⁹³³.

311. La notion de contrepartie convenue semble devoir être lue à l'aune de cet apport. Les promoteurs de cette expression la définissent à ce titre comme l'avantage « attendu et promis, contractuel et concret, à titre de contrepartie de cet engagement⁹³⁴ ». La notion de contrepartie convenue ne consiste pas à se demander ce que les parties auraient voulu au-delà des termes

⁹²⁵ Com. 22 oct. 1996, *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

⁹²⁶ Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, *D.* 1997. 500, obs. Ph. Reigné V. aussi B. Fages obs. sous Com. 27 mars 2007, *RTD civ.* 2009, 719.

⁹²⁷ Civ. 3^{ème}, 3 mars 1993, *JCP* 1994. I. 3744, obs. M. Fabre-Magnan.

⁹²⁸ J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000, p. 382. Pour une référence à « l'économie générale du contrat » en matière d'imprévision A.-S. Choné, obs. sous Com. 29 juin 2010, *LPA* 2010, n° 256 p. 7.

⁹²⁹ P. Lokiec, Le droit des contrats et la protection des attentes, *D.* 2007, p. 321 ; C. Mouly-Guillemaud, Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel, Thèse, LGDJ, 2006, n°118, p. 125.

⁹³⁰ J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude de la théorie générale de l'acte juridique), Thèse, LGDJ, 1971, n°123, p. 211 : « Nous avons déjà démontré combien serait fausse l'idée qui impliquerait qu'une influence objective sur la volonté l'asservirait ou la limiterait nécessairement. Dans la longue succession d'actes juridiques sur un bien ou un droit la volonté ne peut être protégée efficacement que parce que l'objectif lui accord permanence et continuité, bien sûr est-ce au prix d'une rationalisation de cette volonté qui la limite mais ce dépassement que le Droit assure est la condition indispensable de l'action. » ; H. Ramparany-Ravololomiarani, Le raisonnable en droit des contrats, Thèse, Université de Poitiers, LGDJ Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, 2009, n° 156, p. 215 : « « En ce qui concerne la recherche d'équilibre contractuel, le droit positif avait largement opté pour une approche subjective, mais il convient d'admettre que de plus en plus, la Cour de cassation se tourne vers une analyse objective de celle-ci. »

⁹³¹ H. Ramparany-Ravololomiarani, *op. cit.*

⁹³² H. Capitain, *op. cit.*, Le motif est un facteur psychologique qui n'est pas compris dans l'acte de volonté créatur de l'obligation, et par conséquent n'est pas un élément constitutif de l'accord des volontés, tandis que la cause est partie intégrante de cet acte de volonté et par suite du contrat. »

⁹³³ E. Mouial Bassilana, Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003, n°376, p. 176.

⁹³⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *op. cit.*, n°570, p. 397.

de leur accord, mais s'attache à identifier l'équilibre convenu entre elles. Cela implique donc que cet équilibre voulu ait intégré le « champ contractuel⁹³⁵ ». Cette intégration ne se déduit pas de la simple connaissance de l'objectif que s'assigne l'autre partie, il faut encore que les cocontractants en soient convenus⁹³⁶ explicitement ou tacitement. D'où l'intérêt ici de considérer le contrat comme une opération économique dotée d'une utilité objective, déterminée par le juge au moyen de l'analyse du contrat.

312. Il faut donc distinguer l'équilibre du contrat de son contrôle. Si le premier est subjectif, le second tend au contraire à s'objectiver. « Il y a équilibre raisonnable dès lors que les éléments de la matière du contrat sont proportionnés, adaptés à la finalité recherchée sans qu'il soit nécessaire de parvenir à une égalité parfaite des prestations ou des droits et des obligations des parties⁹³⁷. » Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel dessaisit les volontés subjectives au profit d'une analyse économique du contrat entendu comme un objet économique doté d'une rationalité.

313. La pénétration de cette analyse au sein de notre droit est d'autant plus visible que les juges apprécient le « sérieux » ou la « réalité » de cette contrepartie. Il ne suffit pas en effet que la contrepartie existe, il faut encore que celle-ci soit suffisante. À une équivalence subjective succède donc nécessairement un équilibre objectivement contrôlé.

2. L'équilibre objectivement contrôlé

314. L'équilibre objectif du contrat est assuré dans l'ordonnance du 10 février 2016 par la notion de contrepartie convenue, laquelle ne doit être ni dérisoire (a) ni illusoire (b).

⁹³⁵ J. Rochfled, *op. cit.*, n°268, pp. 244-245 : « le contrat étant un accord, seuls peuvent être pris en compte les éléments qui y sont entrés, c'est-à-dire sur lesquels les volontés des parties se sont rencontrées. Le « champ contractuel » synthétise alors l'ensemble de ces éléments et laisse de côté les mobiles, spécifiques à chacune des parties et inconnus de leur partenaire. »

⁹³⁶ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *op. cit.*, n°606, p. 423 : « cette nécessité se déduit de ce que le contrat à titre onéreux est essentiellement l'instrument d'un échange économique, que c'est l'intérêt, l'utilité particulière à satisfaire au moyen du contrat qui détermine chaque partie à s'engager et qu'il faut concilier la prise en compte des mobiles concrets des parties avec la sécurité juridique indispensable. »

⁹³⁷ L. Duong, *op. cit.* n° 158, p. 220.

a. La contrepartie dérisoire

315. L'une des premières difficultés consiste à préciser le sens du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie. Si l'auteur à l'origine de ces notions concède une porosité des termes⁹³⁸, il en propose dans le même temps une distinction fondée sur le critère de l'existence de la contrepartie. Ainsi, la contrepartie dérisoire désigne celle qui existe au moment de la conclusion du contrat, mais qui est manifestement disproportionnée eu égard à l'engagement souscrit en contrepartie, tandis que la contrepartie illusoire est celle qu'il est impossible d'exécuter au moment de la formation du contrat. Alors que la contrepartie dérisoire repose sur le constat d'une contrepartie quasi inexistante, car très faible, la contrepartie illusoire repose pour sa part sur une analyse comparée entre la croyance de celle-ci au moment de la conclusion du contrat et sa réalité⁹³⁹. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 8 février 2005⁹⁴⁰ et publié au Bulletin, a assimilé la contrepartie « dérisoire » à l'absence totale de cause s'agissant d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement d'une durée de sept ans en contrepartie d'un engagement de caution simple à concurrence de 20 % du prêt consenti alors que le fournisseur était lui-même garanti par une caution solidaire. C'est bien le déséquilibre excessif que vient sanctionner ici la Cour de cassation plus que l'absence de contrepartie⁹⁴¹. La contrepartie convenue dérisoire permet ainsi de s'assurer que le contrat présente encore un intérêt économique pour l'une des parties. La contrepartie convenue peut encore venir sanctionner des situations dans lesquelles un contrat fait « double emploi » avec une convention antérieure⁹⁴².

⁹³⁸ J. Ghestin, *op. cit.* n°241 : « Ces deux caractères sont parfois difficiles à distinguer et peuvent d'ailleurs être réunis pour justifier l'annulation d'un même contrat. »

⁹³⁹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°435, p. 375 : « est dérisoire la contrepartie particulièrement faible qui confine à l'inexistence. » ; « est illusoire la contrepartie qui ne serait ni réelle ni sérieuse, dans le prolongement de la fonction classiquement assignée à la cause. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017 n°335, p. 295 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 287 ; A. Hontebeyrie, *Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire*, *RDC* 2015 n°3, p. 757 : « La jurisprudence assimile depuis longtemps la contrepartie dérisoire à l'absence de contrepartie » ; « On peut d'abord, dans une conception stricte, considérer que la contrepartie est illusoire lorsque, quoiqu'apparente au jour du contrat, elle est en réalité dépourvue de toute existence [...] Mais on peut également, dans une conception large, y inclure l'hypothèse dans laquelle la contrepartie existe bel et bien mais ne présente pas l'utilité ou l'efficience escomptée par son bénéficiaire lors de la conclusion du contrat. »

⁹⁴⁰ D. Mazeaud, obs. sous Com. 8 févr. 2005, *RDC* 2005, n°3, p. 684. V. précédemment, D. Mazeaud, obs. sous Com. 14 oct. 1997, *Defrénois*, 1998, n°17, p. 1040.

⁹⁴¹ Y. Picod, *Droit des contrats et droit du marché : entre harmonie et turbulences*, *RDC* 2006, n°4, p. 1330.

⁹⁴² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°403, pp. 438-439.

316. C'est le cas par exemple de la convention dite de *management* qui délègue à une société des obligations⁹⁴³ qui incombent habituellement au directeur général de la société cocontractante en raison de son mandat social⁹⁴⁴. La Cour de cassation a ainsi annulé cette convention au motif « qu'une telle convention constitue une délégation à la seconde société unipersonnelle dont M. X... est le gérant, d'une partie des fonctions de décision, de stratégie et de représentation incombant normalement à ce dernier en sa qualité de directeur général de la première société et qu'elle fait double emploi, à titre onéreux pour cette dernière société, avec lesdites fonctions sociales ». Une solution similaire a été retenue s'agissant de deux conventions de courtage qui avaient été conclues alors que les relations commerciales des cocontractants mis en relation existaient depuis plusieurs années⁹⁴⁵. La Cour de cassation a considéré que la convention de courtage « ne correspondait à aucun service effectif » de sorte que la Cour d'appel en avait exactement déduit que la convention était nulle pour défaut de cause.

317. Cette solution témoigne de la proximité de la notion de contrepartie convenue dérisoire avec le droit des pratiques restrictives, et plus précisément celle de l'article L. 442-6, I, 1°, du code de commerce qui permet d'engager la responsabilité d'un professionnel obtenant ou tentant d'obtenir dans une relation commerciale « un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu »⁹⁴⁶. L'expression « service effectif » utilisée par la Cour de cassation dans cet arrêt semble directement empruntée au droit des pratiques restrictives et manifeste en cela une appréhension commune du déséquilibre.

⁹⁴³ Il s'agissait de prestations de création et développement de filiales à l'étranger, d'organisation et (ou) de participation à des salons professionnels, de définition des stratégies de vente dans les différents pays visés et de recherche de nouveaux clients à l'étranger.

⁹⁴⁴ Ici le contrat avait été sanctionné sur le fondement de l'art. 1131 C. civ. anc. Com. 23 oct. 2012, *D.* 2013, p. 686, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2013, n° 1 p. 112, obs. B. Fages ; Th. Génicon, Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse, *RDC* 2013, n° 4 p. 1321 ; L. Sautonie-Laguionie, G. Wicker, La validité des conventions de management : la cause sans la cause, mais mieux que la cause, *RDC* 2016, n° 4, p. 691 qui soulignent à cet égard qu'« on observera que, malgré la disparition formelle de la cause, la solution pourrait aujourd'hui être reconduite sur le fondement du nouvel article 1169 du Code civil, qui déclare nul le contrat à titre onéreux lorsque « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». En effet, dans un tel cas de figure, la convention de management ne procure à la société aucun avantage puisque la même prestation doit lui être fournie par son dirigeant social, ès qualités de directeur général, ce qui conduit donc à considérer que le service qui lui est fourni en contrepartie du prix qu'elle paye est illusoire. La convention de management est donc nulle en raison de son défaut d'utilité. »

⁹⁴⁵ Com. 24 juin 2014, *AJCA* 2014, 280, obs. J. Dubarry.

⁹⁴⁶ H. Barbier, La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? *RTD civ.* 2014. 884.

318. Un raisonnement semblable avait été mis en œuvre s'agissant de la clause de *golden parachute* qui faisait obligation à l'employeur de verser une indemnité considérable⁹⁴⁷ en cas de départ du salarié. L'employeur se prévalait ici de l'absence de cause de l'engagement. La Cour de cassation⁹⁴⁸ a néanmoins validé la clause litigieuse au motif que cette dernière trouvait sa cause dans les « avantages que la société (...) tirait du recrutement de ce salarié et de l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées. » C'est la même solution qu'a encore retenue la Haute Cour⁹⁴⁹ au sujet d'un contrat de coopération commerciale au terme de duquel le fournisseur s'engageait à verser 2 % du chiffre d'affaires de l'ensemble des produits qu'il vendait au distributeur, en contrepartie de quoi le distributeur s'engageait à effectuer des prestations publicitaires et de promotion. Un lien apparaît s'imposer avec les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce compte tenu des rapports entre distributeur et fournisseur que cet article s'efforce de réguler. Il y a fort à parier, d'ailleurs, que les demandeurs obtiendront plus aisément gain de cause sur le fondement de cet article que sur celui de l'article 1169 du Code civil.

319. C'est en tout cas ce que laisse penser la décision rendue par le tribunal de commerce de Paris le 4 octobre 2017⁹⁵⁰, qui était amenée à se prononcer sur l'application de l'article 1169 dans les circonstances suivantes : un contrat de franchise prévoyait que les commandes des clients seraient traitées par l'intermédiaire du site internet du franchiseur dont l'administration était gérée par une société tierce appartenant au groupe de ce dernier. Les franchisés qui avaient ainsi été contraints de conclure un contrat avec cette société tierce soutenaient que le contrat était nul sur le fondement de l'article 1169 du Code civil, dès lors que les prestations de service prévues dans ce contrat étaient la reprise de celles figurant déjà dans le contrat de franchise. La notion de contrepartie convenue permet ainsi d'exercer un contrôle indirect de « la légitimité d'une opération⁹⁵¹ » entendue comme sa faculté à remplir sa fonction économique à l'égard des deux parties. La cause transfigurée en contrepartie convenue se présente comme « un instrument de contrôle “objectif” de la pertinence et de

⁹⁴⁷ La clause était rédigée ainsi : « dans les cas où, au cours des 24 mois suivant la date d'effet, le président du directoire viendrait à quitter la société, ou un changement de contrôle portant sur plus de 33 % du capital de la société viendrait à survenir, le salarié pourra quitter la société et obtenir une indemnité équivalente au double de la rémunération totale perçue au cours des 12 mois précédant le fait générateur ».

⁹⁴⁸ Soc. 10 avr. 2013, n° 11-25841, obs. Th. Génicon, art. préc.

⁹⁴⁹ Com. 23 avr. 2013, n° 12-16004, obs. Th. Génicon, art. préc.

⁹⁵⁰ T. com. Paris, 19^{ème} ch., 4 oct. 2017, n°2017025630, SARL SL Bois Colombes et a c/ SAS PSD, obs. D. Houtcieff, *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, n°1, p. 32.

⁹⁵¹ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*

l'utilité d'un contrat, quand bien même ce contrôle serait dissimulé, pour donner le change, sous l'apparence d'un contrôle subjectif s'appuyant sur une recherche divinatoire de l'intention des parties ou de l'économie du contrat⁹⁵² ».

320. La Cour de cassation s'efforce donc, sur le fondement de la cause, et désormais sur celui de la contrepartie convenue dérisoire, d'anéantir les conventions qui priveraient une partie de tout intérêt. La notion de contrepartie convenue illusoire est pour sa part plus difficile à cerner.

b. La contrepartie illusoire

321. Le Professeur Ghestin définit la contrepartie illusoire comme celle dont l'exécution est, dès la formation du contrat, impossible⁹⁵³. L'auteur distingue ici deux situations. La première consiste dans l'exécution impossible de la contrepartie lors de la formation du contrat, tandis que la seconde concerne les cas dans lesquels la contrepartie fait double emploi avec l'obligation qui résulte d'une autre convention. Trois situations sont identifiées en ce qui concerne la première catégorie : l'« impossibilité légale ou conventionnelle d'assurer l'exécution de l'engagement, lorsque l'inexistence de la chose sur laquelle devait porter la contrepartie convenue met définitivement obstacle à son exécution et en cas d'impossibilité de disposer du bien cédé qui appartient à un tiers.⁹⁵⁴ » S'agissant de la première hypothèse, il s'agit de la situation dans laquelle l'exécution de la contrepartie est matériellement ou juridiquement impossible. Le bailleur d'un local destiné à l'exploitation de fruits et légumes qui consent une exclusivité au preneur alors que cela lui était interdit par la législation en vigueur à l'époque relève ainsi de cette première hypothèse⁹⁵⁵. En ce qui concerne l'inexistence de la chose sur laquelle devait porter la contrepartie convenue, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a été amenée à juger que le compromis de vente portant sur un fonds de commerce inexistant est nul pour absence de cause⁹⁵⁶. L'impossibilité de disposer du bien cédé qui appartient à un tiers a donné lieu à une jurisprudence plus rare. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 17 mai 1988 a admis la nullité du contrat de

⁹⁵² Th. Génicon, art. préc.

⁹⁵³ J. Ghestin *op. cit.*, n°242 : « La contrepartie convenue est illusoire lorsque, dès la formation du contrat, son exécution est impossible, ou lorsqu'elle fait double emploi avec l'obligation résultant d'un autre contrat. ».

⁹⁵⁴ J. Ghestin, *op. cit.* n°245.

⁹⁵⁵ Com. 5 oct. 1981, Bull. civ. IV, n°340, p. 270 ; *Gaz. Pal.*, 1982, pan. P. 68.

⁹⁵⁶ Com. 5 janv. 1966, Bull. civ., IV, n°6, p. 6. V. aussi Civ. 1^{ère} 22 juill. 1986, Bull. civ., I, n°213, p. 204.

cession d'un contrat de franchise au motif que le cédant ne disposait pas de la qualité lui permettant de transmettre un savoir-faire, de sorte que le cessionnaire ne pouvait pas exploiter licitement ce savoir-faire⁹⁵⁷.

322. La deuxième catégorie décrite par le Professeur Ghestin désigne l'hypothèse dans laquelle l'identité de débiteur et d'objet rend illusoire la contrepartie convenue. Ainsi, le contrat par lequel une entreprise qui adhère à deux institutions de retraites différentes dépendant de l'ARRCO pour la même catégorie de personnel est nul pour contrepartie convenue illusoire dès lors que la contrepartie aux cotisations versées à la première institution se confond avec celle due par l'autre institution⁹⁵⁸. Cette situation témoigne de la proximité des caractères illusoires et dérisoires de la contrepartie convenue dans la mesure où il a été vu que le contrat portant sur des prestations de service déjà assurées au terme d'une convention antérieure était doté d'une contrepartie convenue dérisoire, qui bien qu'existant au moment de la conclusion du contrat, est tellement faible qu'elle ne permet pas au cocontractant qui l'invoque de tirer un avantage du contrat.

323. La définition de la contrepartie convenue illusoire proposée par le Professeur Ghestin pourrait toutefois être étendue aux hypothèses dans lesquelles la contrepartie existe bien au moment de la conclusion du contrat, mais ne présente pas l'utilité qu'en attend son bénéficiaire⁹⁵⁹. Le célèbre arrêt *Point club vidéo*⁹⁶⁰ en fournit une illustration. En l'espèce, l'engagement des époux Y était bien pourvu d'une contrepartie au moment de la conclusion du contrat à savoir la mise à disposition des cassettes vidéo, mais l'objectif des époux Y ne pouvait être atteint, le nombre d'habitants de l'agglomération étant insuffisant pour exploiter un tel commerce. La seule démonstration d'une difficulté d'exécution ne suffit pas, puisqu'il appartient au demandeur de démontrer dans ce cas l'impossibilité de réaliser la location de cassette⁹⁶¹. Il faudra néanmoins s'assurer que les parties ont fait entrer ce motif dans le champ contractuel, explicitement ou tacitement⁹⁶². Le caractère convenu de la contrepartie pourrait,

⁹⁵⁷ Com. 17 mai 1988, pourvoi n°87-10.115. V. aussi, Com. 27 juin 1995, n°93-18.698.

⁹⁵⁸ Soc. 8 avr. 1993, arrêt Inédit, n°1371, P+F.

⁹⁵⁹ A. Hontebeyrie, Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n°3, p. 757.

⁹⁶⁰ Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, *D.* 1997. 500, obs. Ph. Reigné V. aussi B. Fages obs. sous Com. 27 mars 2007, *RTD civ.* 2009, 719.

⁹⁶¹ Com. 27 mars 2007, n° 06-10.452 : *JurisData* n° 2007-038248, *CCC* 2007, comm. 196, obs. L. Leveneur, *D.* 2007, p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008, p. 231, obs. D. Mazeaud.

⁹⁶² V. sur ce point Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453 : *JurisData* n° 2014-005362, *JCP G* 2014, 1116, note J. Ghestin, dans lequel la Cour de cassation prenait soin d'indiquer : « la cour d'appel, appréciant souverainement

pour reprendre la jurisprudence précitée, se déduire d'une recherche de la volonté commune des parties⁹⁶³ sans qu'il soit besoin que celle-ci transparaisse expressément dans le contrat visé. Sur ce point, le commentaire figurant sous l'article 1125 du *Projet Catala*⁹⁶⁴ est particulièrement éclairant. Alors que le commentaire prend soin de préciser que « pour que le caractère contractuel de la cause soit effectif, le motif déterminant de l'une des parties doit non seulement être connu, non seulement avoir été pris en compte par l'autre partie, mais il doit faire partie de la définition contractuelle de l'objet de la contrepartie » ; le texte ajoute un peu plus loin : « la jurisprudence de la Cour de cassation montre que c'est par l'interprétation, très généralement subjective (recherche de la commune intention des parties) et exceptionnellement objective (détermination autoritaire du contenu du contrat), que la contrepartie convenue est d'abord précisée ». Dans le même sens, certains auteurs soulignent que « le fait d'avoir porté à la connaissance de l'autre partie la raison déterminante de son engagement peut autoriser à se prévaloir efficacement d'un accord tacite de celle-ci quant à la satisfaction de cet objectif⁹⁶⁵ ». La contrepartie convenue n'est donc pas exclusivement celle expressément prévue par les parties, mais celle qui se déduit encore de l'économie du contrat⁹⁶⁶. La jurisprudence ayant retenu l'absence de cause lorsque « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible », pourrait donc perdurer cette fois sur le fondement de l'article 1169 de l'ordonnance.

324. Qu'il s'agisse de la contrepartie convenue illusoire ou dérisoire, il s'agit dans les deux cas de sanctionner le déséquilibre contractuel lorsque le contrat ne satisfait plus la réalisation de l'opération contractuelle dont il est le support. Le déséquilibre ne s'apprécie pas à l'aune

la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat ». D'autres décisions ont pour leur part semblé revenir à une acception strictement objective de la cause entendue comme l'obligation contractée par l'autre partie V. en ce sens Com. 9 juin 2009, n° 08-11.420 : *JurisData* n° 2009-048750, *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2009, p. 719, obs. B. Fages : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁹⁶³ Décision préc. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800 : « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible ».

⁹⁶⁴ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

⁹⁶⁵ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *op. cit.*, n°610, p. 426. Les auteurs ajoutent cependant : « Il faut toutefois bien comprendre que cela ne peut être érigé en règle de principe et doit se déduire de l'interprétation de la volonté commune des parties. La connaissance, ou même l'information expresse de l'autre partie, n'est pas suffisante en elle-même. Il faut qu'il puisse s'en déduire, rapprochée d'autres présomptions, une promesse tacite du cocontractant. »

⁹⁶⁶ L'article 1125 du *Projet Catala* est suivi d'une note : « (Note : Le terme «convenue» comprend la référence au contenu du contrat (son économie).) »

de la qualité des parties ou de leur comportement, mais repose exclusivement sur l'économie du contrat, entendue comme sa « fonction économique⁹⁶⁷ ».

c. L'économie du contrat entendue comme la fonction économique de la convention

325. L'expression d'« économie du contrat » est utilisée par la jurisprudence comme par la doctrine depuis de nombreuses années. Cette notion a toutefois concentré l'attention des auteurs à la fin des années 1990 avec la parution d'articles et de thèses qui ont entrepris de définir plus précisément cette notion et d'en systématiser les usages⁹⁶⁸. Le concept d'économie du contrat est intimement lié au droit administratif qui l'utilise depuis longtemps⁹⁶⁹. L'économie du contrat est en effet liée aux conditions de poursuite d'une délégation de service public⁹⁷⁰, au contrôle de légalité des avenants aux contrats de marché public⁹⁷¹ ainsi qu'à la question de l'imprévision⁹⁷².

326. La notion d'économie du contrat est souvent associée à l'idée d'une recherche de la volonté des parties. On parle alors de l'« économie voulue par les parties⁹⁷³ ». Les juges présentent en effet cette économie générale comme le résultat de la recherche attentive de la commune intention des parties. En réalité, cette économie du contrat témoigne davantage de l'attention portée à l'utilité économique du contrat, à sa rationalité⁹⁷⁴. Aucune recherche

⁹⁶⁷ H. Ramparany-Ravololomiarana, *op. cit.* n°159, p. 222. L'auteur défend une acception objective de l'équilibre raisonnable lequel aurait pour vocation exclusive de sanctionner les déséquilibres qui compromettent la poursuite de l'opération contractuelle.

⁹⁶⁸ J. Mestre, L'économie du contrat, *RTD civ.* 1996, 901 ; J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000, p. 382 ; S. Pimont, L'économie du contrat, Thèse, PUAM, 2002 ; E. Houssard, L'économie du contrat, *Rev. jur. de l'Ouest*, 2002/1, p. 7 à 65 ; A. Arzac-Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat, Thèse, Université Clermont I, Université d'Auvergne, 2005, p. 156 ; A. Zelcevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, *JCP* 2001, I, 300, spéc. n° 9.

⁹⁶⁹ CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Leb.* 1916, p. 125 ; V. aussi CE 11 déc. 1957, *Ministre de la défense c. Sieur Berthas*, *Lebon* p. 671 ; CE 14 mars 1962, *Société manufacture des vêtements Paul Boyé*, *Lebon* p. 173 ; CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et société Sogest*, *Lebon* p. 237.

⁹⁷⁰ Art. L. 1411-, b) du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁷¹ Art. 20 du Code de marchés publics.

⁹⁷² Art. 1196 du Projet d'ordonnance. Le droit administratif insiste également sur l'extériorité de l'événement, qui signifie que l'événement doit être extérieur à la partie victime de l'imprévision V. CE, 31 oct. 1944, *Delagueau*, *Leb.* P. 643.

⁹⁷³ Préc. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, V. aussi J. Mestre L'économie du contrat, *RTD civ.* 1996, 901. Pour des arrêts qui dissocient économie du contrat et volonté des parties V. Cass. Civ. 1^{ère}, 24.11.1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1797, pourvoi n° 96-16.570 et Cass. Civ. 3^{ème}, 24.03.1999, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 530, pourvoi n° 97 -17.674.

⁹⁷⁴ A. Arzac-Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat, Thèse, Université Clermont I – Université d'Auvergne, 2005, p. 156. V. aussi S. Pimont, L'économie du contrat, Thèse, PUAM, 2002. Cet auteur proposait

psychologique ne permet de parvenir à la véritable intention des parties. L'analyse économique du contrat permet en revanche de mettre en évidence certains déséquilibres dont on peut légitimement dire qu'ils n'ont pas été voulus par les parties⁹⁷⁵. En cela, la notion d'économie du contrat apparaît comme un mécanisme objectif de contrôle de l'équilibre contractuel plus radical que la notion de contrepartie convenue⁹⁷⁶. L'économie du contrat est apparue comme l'une des manifestations contemporaines de la cause⁹⁷⁷, permettant de dépasser une analyse formelle de la cause objective pour lui préférer une analyse finaliste. Les arrêts rendus sur ce fondement illustrent la capacité de cette notion à appréhender des opérations complexes. La difficulté tient cependant à la référence qu'entretient cette notion à la volonté des parties, laquelle semble plus relever de l'artifice que de la véritable démarche analytique adoptée par les juges. Si certaines décisions ont pu se référer à l'économie du contrat pour désigner le contenu de celui-ci⁹⁷⁸, d'autres⁹⁷⁹ au contraire ont dépassé les prévisions contractuelles pour parvenir à identifier cet « équivalent voulu⁹⁸⁰ ». Il ne s'agit plus alors de s'attacher à la volonté des parties, mais de déterminer objectivement un équilibre

de substituer la notion d'économie à la cause, mettant en avant qu'avec « l'économie du contrat le « contrat-obligation » fait place au « contrat-opération » ; il se dote d'une manière indépendante des obligations qu'il a pour but de produire ; ni cause, ni objet de l'obligation, le contenu de la convention s'entend d'une opération globale concrète. », p. 23-24 ; M. Behar-Touchais, *L'ordre concurrentiel et le droit des contrats*, in « *L'ordre concurrentiel* », Mélanges en l'honneur d'Antoine Prioivano, éditions Frison-Roche, 2004, p. 236.

⁹⁷⁵ S. Pimont, *L'économie du contrat*, Thèse, PUAM, 2002, n°274, p. 183 au sujet de l'objectivité de la notion d'économie du contrat : « « représente sous une forme objective le point de convergence des volontés. Cette opération est une structure ordonnée d'effets de droit apte à réaliser une fonction économique précise ».

⁹⁷⁶ *Ibid.*, spéc. p. 41 : « Le rapport qu'entretient le concept avec l'intention des contractants est trouble. Sous le couvert d'un révélateur de la volonté réelle des parties, l'économie du contrat nous semble davantage exprimer un « devoir être », une volonté normale et, partant, quelque peu fantomatique. A notre sens, c'est donc bien une objectivation que consacre la référence à l'économie du contrat dans le domaine de l'interprétation explicative. » Sur ce point M. Pimont précise encore en parlant de l'économie du contrat : « Désignant une opération économique, elle n'est pas une notion d'ordre psychologique –représentation propre à l'un des contractants-, mais une figuration de ce qui est commun [...] la volonté réelle, interne ou psychologique devient accessoire et s'efface devant une représentation objective et juridique de la volonté commune. », *op. cit.* p. 23-24. V. pour une critique de la thèse de Monsieur Pimont, J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 791 : « Certes, le contenu de la convention peut être déterminé partiellement de façon plus ou moins objective, en l'absence de volonté commune susceptible d'être dégagée ou même, plus rarement, à l'encontre d'une volonté exprimée, afin de réaliser les finalités de justice et d'utilité du contrat. Il n'en reste pas moins que la commune volonté des parties est d'abord ce sur quoi leurs volontés sont tombées d'accord. »

⁹⁷⁷ Pour Ripert et Boulanger la cause représente « le motif déterminant tiré de l'économie du contrat », *Traité de droit civil* (d'après le traité de Planiol), t. II, Obligations et droits réels, Paris, LGDJ, 1957, n°292, p.118. Bénabent pour sa part définit la cause comme « l'avantage ou la fin qu'il [le contractant] recherche d'après l'économie du contrat » *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} éd., Domat droit privé, Montchrestien, 2003, n°180, p. 131.

⁹⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, pourvoi n° 92-13886 ; Com. 3 janv. 1996, pourvoi n° 94-12314, *RJDA* 1996, p. 353, n° 490 ; *RTD civ.* 1996, p. 901, obs. J. Mestre ; Civ. 3^{ème}, 26 mars 1997, pourvoi n° 95-16290.

⁹⁷⁹ *Préc. Civ.* 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800 ; D. Mazeaud, obs. sous Com. 15 févr. 2000, *Defrénois*, 2000, p. 1118. Pour une illustration récente : Com. 28 janv. 2014 n°12-28913 non publié au bulletin.

⁹⁸⁰ J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français*, Thèse, Toulouse, 1920, t. 1, p. 31.

nécessaire⁹⁸¹. La contrepartie convenue présente une proximité fonctionnelle indiscutable avec l'économie du contrat⁹⁸². Cette proximité fonctionnelle signifie-t-elle que la contrepartie convenue absorbe désormais la notion d'économie du contrat ? L'ordonnance du 10 février 2016 a, contrairement au projet du 25 février 2015⁹⁸³, retiré toute référence à l'expression d'« économie du contrat ». Cela ne semble pas pour autant indiquer que le législateur aurait renoncé au maintien de la jurisprudence forgée sur la notion d'économie du contrat. L'article 1169 devrait vraisemblablement encadrer l'identification de cette « économie générale » au moyen de l'exigence du caractère « convenu » de la contrepartie.

327. Il y a fort à parier que la notion de contrepartie convenue devrait permettre de reprendre, pour ce qui concerne l'équilibre des conventions, la jurisprudence qui s'appuyait jusqu'ici sur l'économie du contrat voulue par les parties. S'agissant des contrats aléatoires, leur éviction du champ d'application de l'article 1169 est plus problématique.

B. Les contrats aléatoires

328. Les contrats aléatoires constituent une sous-catégorie de la classification des contrats à titre onéreux. On oppose traditionnellement le contrat commutatif au contrat aléatoire. Alors que le premier permet à chacune des parties de connaître la contrepartie qu'il obtiendra en s'engageant, le second, au contraire, repose sur l'incertitude de cette contrepartie. Le contrat aléatoire repose en effet sur un événement incertain, un aléa, dont dépend le gain ou la perte attendue⁹⁸⁴. Dans ce type de contrat, la cause résidait précisément dans cet aléa⁹⁸⁵. Si ce dernier se révélait inexistant, le contrat était alors dépourvu de cause et pouvait être annulé. L'article 1108 alinéa 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 définit le contrat aléatoire comme celui dans lequel les parties « acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résultent, d'un événement incertain. » Les commentateurs du projet d'ordonnance ont trouvé dans cet article la justification de l'éviction du contrat

⁹⁸¹ M. Behar-Touchais, L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, in « L'ordre concurrentiel », Mélanges en l'honneur d'Antoine Prioivano, éditions Frison-Roche, 2004, p. 243.

⁹⁸² Le projet *Catala* se réfère d'ailleurs à l'économie du contrat pour définir la notion de contrepartie convenue. V. la note figurant sous l'art. 1125 : « (Note : Le terme «convenue» comprend la référence au contenu du contrat (son économie).) »

⁹⁸³ Art. 1229 alinéa 2 et art. 1304-7 alinéa 2 du Projet d'ordonnance du 25 février 2015.

⁹⁸⁴ L. Boyer, Contrats et conventions, *Rép. civ.* 1993, n° 76 à 84.

⁹⁸⁵ L. Boyer, La notion de transaction ; contribution à l'étude des concepts de cause et d'actes déclaratifs, Thèse, Toulouse, 1947, p. 172.

aléatoire du champ d'application de l'article 1167⁹⁸⁶. Néanmoins, nue lecture formelle de cet article ne permet pas d'exclure, par principe, les contrats aléatoires de son champ d'application, l'article s'appliquant aux contrats à titre onéreux dont les contrats aléatoires sont une sous-catégorie. Pour d'autres commentateurs, le contrat aléatoire ne permettrait pas de raisonner en termes de contrepartie au sens de l'article 1169, les parties acceptant l'éventualité d'une contrepartie inexistante. Il conviendrait alors, dans l'hypothèse où l'aléa se révélerait, inexistant de se fonder sur l'erreur et non sur l'absence de contrepartie. L'on peut opposer à cette analyse le fait que le contrat aléatoire n'est pas toujours incertain dans l'existence d'une contrepartie, mais plutôt dans l'étendue de l'obligation mise à la charge de l'une des parties⁹⁸⁷. Le contrat d'assurance, par exemple, ne fait peser d'aléa que sur la personne de l'assureur et n'affecte pas la contrepartie qu'il reçoit au travers de la prime d'assurance, mais seulement l'étendue de son propre engagement. C'est l'existence d'un aléa commun entraînant la possibilité d'un gain pour un cocontractant et d'une perte corrélative pour l'autre qui caractérise en réalité le contrat aléatoire. Ce constat devrait donc conduire à revoir l'analyse qui consiste à rejeter la catégorie des contrats aléatoires du champ d'application de l'article 1169. Le contrat aléatoire permet en effet de raisonner en termes de contrepartie convenue quand bien même l'aléa qui le définit fait peser sur les parties une incertitude sur la possibilité de réaliser une perte ou un gain. S'il est exact que « l'aléa chasse la lésion », il n'en demeure pas moins que les juges s'assurent de l'existence d'une rationalité minimale du contrat, d'un équilibre minimum indispensable à la validité même du contrat. C'est ainsi que les juges ont pu se fonder sur l'absence de cause lorsque le crédientier décède plus de vingt jours après la conclusion du contrat de vente contre paiement d'une rente viagère⁹⁸⁸ afin de dépasser les limites posées par l'article 1975 du Code civil. Dans cette hypothèse, la contrepartie est bien dérisoire dans la mesure où le prix payé par l'acheteur est tellement infime qu'il témoigne de l'absence même d'intérêt au contrat⁹⁸⁹. De nombreuses décisions ont ainsi été rendues par les juges qui ont assimilé l'absence d'aléa à une absence de

⁹⁸⁶ Projet de réforme du droit des obligations, Article 1167 « Quid des contrats aléatoires ? L'article 1167 ne leur est pas applicable. La cause des obligations qu'ils créent est-elle alors devenue indifférente ? Pas du tout. L'existence d'un aléa ne permet pas de raisonner en termes de contrepartie. » *Dalloz*. V. aussi Défense et illustration de la cause en droit des contrats, *D.* 2015, 1551 : « on ne s'explique pas que la disposition phare qu'est l'article 1167 du projet et qui incarne, en réalité, le contrôle objectif de l'utilité minimale du contrat évoqué précédemment ne concerne que les contrats synallagmatiques commutatifs à titre onéreux. On ne peut, sans incohérence politique, refuser d'aller au-delà de ce cas particulier et s'abstenir de porter le même contrôle sur les nombreux contrats qui ne relèvent pas de la logique de l'échange strict : les contrats aléatoires ».

⁹⁸⁷ M. Latina, *Contrat (généralités)*, *Rép. civ.* 2013, n°227.

⁹⁸⁸ F. Cohet-Cordey, Aléa et rente viagère, *AJDI* 2001, 171. V. aussi G. Klein, Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager, *RTD civ.* 1979, p. 13.

⁹⁸⁹ G. Chantepie, *La lésion*, Thèse, Paris 1, 2005, n°62 et 63.

cause lorsque le crédientier était décédé peu de temps après la conclusion du contrat d'une maladie dont il n'était pas atteint lors de la conclusion du contrat⁹⁹⁰, ou lorsque le montant stipulé ne préservait pas le caractère aléatoire du contrat⁹⁹¹. La notion de contrepartie convenue semble dès lors pouvoir se concilier avec celle d'aléa dans la mesure où celui-ci constitue dans les contrats aléatoires la cause « catégorique » de ces engagements⁹⁹². La jurisprudence qui s'est développée sur le fondement de l'article 1131 du Code civil anc. en matière de contrats aléatoires mériterait d'être maintenue sans quoi le fondement de l'erreur proposé par certains auteurs dénaturerait la fonction première de ce vice du consentement. Ce n'est pas la validité du consentement qui pose ici problème, mais bien l'utilité du contrat, sa rationalité. Pour reprendre l'exemple de la rente viagère, le crédit rentier n'a pas commis d'erreur sur les qualités essentielles du bien vendu, mais la contrepartie de son engagement est bien dérisoire au regard du montant de la rente qu'il percevait. Il s'agit là d'un contrôle objectif de l'existence de la contrepartie relativement classique qui mériterait d'être exercé dans le cadre du nouvel article 1169 du Code civil.

329. L'interprétation extensive des articles 1169 et 1007 du Code conduit à envisager également le sort des contrats unilatéraux à titre onéreux dépourvus d'une contrepartie suffisante.

II. Les contrats unilatéraux à titre onéreux

330. Les contrats unilatéraux à titre onéreux ne créent aucune obligation pour le cocontractant de sorte qu'ici la contrepartie n'existe pas. S'agissant des contrats réels que sont le dépôt, le gage ou le prêt, la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur a pu être analysée comme la remise antérieure de la chose⁹⁹³. En matière de contrats ne portant pas sur une chose, là encore les auteurs ont identifié la cause au travers d'un élément extérieur au contrat tel qu'une prestation antérieure, l'extinction d'une dette préexistante ou au contraire un contrat à venir dans le cadre des promesses unilatérales de vente⁹⁹⁴. La définition du

⁹⁹⁰ Y. Dagnone-Labbe, note sous Civ. 1^{ère} 16 avr. 1996, *D.* 1996 p. 584.

⁹⁹¹ Cass. req. 29 déc. 1930, *D.H.* 1931, 53 ; *Gaz. Pal.* 1931, 1, 361 ; Civ. 1^{ère} 8 déc. 1998 *D.* 1999, 521, Note Y. Dagnone-Labbe.

⁹⁹² L. Boyer *op. cit.* La notion de transaction ; contribution à l'étude des concepts de cause et d'actes déclaratifs, p. 172.

⁹⁹³

⁹⁹⁴ J. Rochfeld, *La cause, Rép. civ.* 2012, n°26.

contrat onéreux telle qu'elle est donnée par l'article 1107 semble donc englober, sous une terminologie large, les contrats synallagmatiques et unilatéraux à titre onéreux. Cette définition de la contrepartie convenue semble donc s'affranchir de la distinction antérieurement admise entre cause objective et cause subjective pour lui préférer une notion unitaire.

§2. La contrepartie convenue dans les contrats à titre gratuit

331. Les contrats à titre gratuit se prêtant difficilement au raisonnement causal, le législateur a pris soin d'exclure cette catégorie de contrats du champ d'application de l'article 1169 du Code civil. Cette inadaptation de la contrepartie convenue aux contrats à titre gratuit (I), trouve cependant un palliatif dans la consécration de l'erreur sur les motifs d'une libéralité (II).

I. L'inadaptation de la contrepartie convenue

332. Les contrats à titre gratuit sont donc exclus de cette disposition et l'on peut s'en réjouir. L'article 1107 alinéa 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 définit les contrats à titre gratuit comme ceux dans lesquels « l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. » La cause en matière de libéralités a suscité de nombreuses démonstrations doctrinales qui ont consisté à mettre en évidence l'autre face de la pièce, le négatif de la contrepartie : l'intention libérale⁹⁹⁵. La volonté de ne pas avoir de contrepartie a été mise en évidence comme la cause de ces contrats à titre gratuit. Ne pas vouloir de contrepartie serait encore en vouloir une. Selon certains auteurs, la cause devrait au contraire s'attacher ici aux mobiles, aux ressorts plus lointains de la volonté⁹⁹⁶. Pour d'autres auteurs enfin, la contrepartie serait à rechercher du côté d'un « intérêt moral⁹⁹⁷ » résultant de la relation entretenue avec le disposant, la personne de celui-ci jouant un rôle déterminant⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ J.-J. Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, 1955, LGDJ, préf. Maury, n° 143, pp. 159-160.

⁹⁹⁶ J. Hamel, La notion de cause dans les libéralités, Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition, 1920, thèse, Paris, p.62.

⁹⁹⁷ M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 3^e éd. 2013, p. 431.

⁹⁹⁸ J. Rochfeld, art. préc. n°102 à 104 ; E. Mouial Bassilana, Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003, n°395, p. 188.

Pour autant, cet intérêt ne s'entend pas comme en matière de contrats à titre onéreux, de la volonté consciente dans la mesure où le cocontractant n'entend pas lier son engagement à l'existence de cet intérêt. Cette contrepartie étant imprévisible dans son contenu et dans sa survenance⁹⁹⁹, la cause telle qu'elle se présente en matière de contrats à titre onéreux, s'adapte difficilement aux contrats à titre gratuit. Le contrôle de l'existence de la cause en matière de libéralités « n'a pas pour but d'assurer la réalité et la survenance d'une contrepartie ni de changer cette dernière en élément obligatoire. Son objet tient en la vérification de l'intervention de la libéralité selon des prémisses exactes, lui permettant de développer ses effets, c'est-à-dire en la vérification de la présence des éléments ouvrant à la poursuite de la réciprocité : le contrôle s'attache à l'existence, la réalité et la pérennité de la relation du bénéficiaire et du disposant¹⁰⁰⁰ ». Le nombre extrêmement faible de décisions rendues sur le fondement de la cause en matière de libéralités témoigne en effet de l'inadaptation de cette notion, et partant de celle de contrepartie convenue pour répondre à la spécificité de ce type de contrats. Les juges se sont ainsi attachés à rechercher la réalité du lien unissant les parties, introduisant dans ce contrôle une analyse de la psychologie des parties qui tendrait à faire de l'erreur un fondement plus adéquat¹⁰⁰¹. En matière de donation, lorsque la relation personnelle en considération de laquelle le contrat a été conclu se révèle inexistante, certains juges ont fait application de l'absence de cause ou d'une erreur sur la cause¹⁰⁰². L'erreur sur les qualités de la personne apparaît comme un fondement plus opportun pour prononcer la nullité du contrat, dès lors que le donateur a bien conclu en considération de la personne du donataire. Une seconde hypothèse a permis de mettre en application la notion de cause en matière de libéralités. Il s'agit des cas dans lesquels le testateur, pensant ne pas avoir d'héritiers, lègue sa fortune avant de découvrir l'existence d'héritiers¹⁰⁰³. La disparition de la cause postérieurement à la conclusion du contrat peut toutefois être remise en question dans la mesure où il s'agit dans la plupart des cas d'une croyance erronée sur les qualités du disposant ou du bénéficiaire. S'agissant des liens affectifs qui peuvent unir le donateur au donataire, la disparition de la cause postérieurement à la conclusion du contrat soumet ce dernier à la plus grande insécurité juridique, une distension des liens suffisant dans ce cas à justifier la caducité

⁹⁹⁹ J. Rochfeld, art. préc.

¹⁰⁰⁰ J. Rochfeld, art. préc. n°107.

¹⁰⁰¹ I. Najjar, Les libéralités, *Rép. civ.* 2011, n°182.

¹⁰⁰² Req. 7 juill. 1931, *DH* 1931. 445.

¹⁰⁰³ Paris, 9 févr. 1867, *DP* 1867. 2. 195. - 2 mars 1938, *Gaz. Pal.* 1938. 1. 886.

du contrat¹⁰⁰⁴. Selon le Professeur Voirin, la disparition de la cause en matière de contrats à titre gratuits révocables, s'analyse en réalité comme la révocation même de la libéralité. Ainsi, lorsque les sentiments du disposant à l'égard du gratifié changent, le don ou le legs est alors révoqué tacitement, et non caduc ou résolu¹⁰⁰⁵. Il revient alors au juge de distinguer le but du contrat des mobiles du disposant. Cette tâche est particulièrement incertaine lorsque le disposant n'a pas fait entrer les justifications de son engagement dans le champ contractuel. Aussi, la mise à l'écart des contrats à titre gratuit du champ d'application du futur article 1167 contribue à une clarification de l'usage de la cause dans ce domaine. La recherche de l'existence d'une contrepartie tombait ici dans l'écueil qu'entend précisément éviter la réforme, à savoir la recherche des intentions subjectives des parties, laquelle suppose une analyse psychologique sans lien avec la cause objective. Les contrats à titre gratuit ne sont pas pour autant dépourvus de tout dispositif juridique de contrôle objectif de leur équilibre. L'erreur sur les motifs prévue à l'article 1135 du Code civil offre à cet égard un outil de contrôle indirect de l'équilibre de ces conventions.

II. L'erreur sur les motifs

333. L'ordonnance du 10 février 2016 est venue consacrer au terme d'un article 1135 alinéa 2 « l'erreur sur le motif d'une libéralité ». La jurisprudence existante en matière d'absence de cause ou de disparition de la cause en matière de libéralité trouve ici un outil destiné à en assurer le maintien au travers d'une nouvelle notion¹⁰⁰⁶. Cet article vient à la suite des articles 1132 à 1134 distinguant l'erreur sur les qualités essentielles de l'erreur sur les simples motifs. Il peut donc paraître étrange, à première lecture, que l'article 1135 alinéa 2 consacre une erreur sur les motifs qui ne soit pas indifférente. Le Projet *Catala* en faveur du maintien de la cause avait pour sa part fait le choix de consacrer textuellement la

¹⁰⁰⁴ Pour une application plus récente s'agissant de relations entre époux : Civ. 1re, 14 mai 1985, *RTD civ.* 1986. 397, obs. Patarin et Civ. 1re, 22 oct. 2008, no 06-20.286, inédit, *JCP* 2009. I. 140, n° 19, obs. Storck.

¹⁰⁰⁵ P. Voirin, Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament, in *Études à la mémoire de H. Capitant*, 1939, pp. 898 : « Le revirement est même à tel point justifié qu'il est permis de se demander si l'évolution, qui a desséché la cause d'une libéralité révocable *ad nutum*, n'opère pas par elle-même et *ipso facto* révocation du don ou du legs, lequel serait alors révoqué tacitement. Il faut bien comprendre en effet, qu'en pareil cas, la mise à néant de la libéralité se place sous le signe de la révocation, non de la résolution ou de la caducité. » L'auteur déplore l'appréciation qualitative de la cause dans les libéralités, lesquelles ne se prêtent selon lui, qu'artificiellement à la notion de cause.

¹⁰⁰⁶ J.-F. Hamelin, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/14/lerreur-sur-les-motifs/> ; G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°318, pp. 258-259 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 196.

jurisprudence fondée sur la cause en matière de libéralités au travers de son article 1125-4 lequel prévoyait que « Les libéralités sont dépourvues de cause réelle en l'absence du motif sans lequel leur auteur n'aurait pas disposé ». La notion de motif renvoie aux mobiles lointains des parties qui n'ont pas, en principe, intégré le champ contractuel¹⁰⁰⁷. La difficulté consiste en matière de libéralités à distinguer les motifs déterminants des motifs plus lointains. Si les juges ont pu, au travers de cette analyse assimiler le motif déterminant à la cause du legs ou de la donation, la jurisprudence est rare et peine à faire ressortir sa cohérence. De plus, comme cela a été dit plus haut, l'étude des décisions rendues tend à faire de l'erreur un outil plus cohérent pour sanctionner les libéralités qui ont été consenties à la suite d'une croyance erronée tant sur la personne du bénéficiaire que sur celle du disposant.

334. S'agissant de ce qui a pu être sanctionné comme une erreur sur la cause au moment de la conclusion du contrat, il convient de préciser que certaines libéralités ne présentent pas de motif déterminant ou en présentent un tellement large qu'il est impossible d'en apprécier la réalité. L'intention libérale entendue comme la volonté de gratifier quelqu'un dans un but général de reconnaissance ne peut pas faire l'objet d'une analyse causale. Rien dans cette hypothèse ne permet en effet d'identifier un motif déterminant. Ce dernier se manifeste au travers d'une relation spécifique au bénéficiaire ou dans un fait précis. C'est ainsi que le père qui pense être le père naturel d'un enfant se trompe sur la cause de son engagement lorsqu'il se révèle n'avoir aucun lien de filiation avec ce dernier¹⁰⁰⁸. Plus récemment, l'erreur sur la cause a été retenue s'agissant d'un père qui avait consenti un legs à l'une de ses deux filles afin, selon ses termes, de « permettre un rééquilibrage des biens donnés à chacune ». À la suite de son décès, la fille qui n'était pas légataire a sollicité la nullité du contrat en invoquant l'absence de déséquilibre dans les biens donnés par son père à elle-même ainsi qu'à sa sœur¹⁰⁰⁹. La Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier lequel avait débouté la demanderesse de sa demande, au motif qu'« en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de Mme Y... qui soutenait qu'Alain X... avait pris les dispositions testamentaires des 24 août, 9 septembre et 13 décembre 2005, lesquelles anéantissaient les

¹⁰⁰⁷ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse, Paris 1, LGDJ, 1999, Pour une définition des mobiles, p. 244 : « Ces derniers sont le plus souvent définis comme une raison subjective qui reste personnelle à chacun des contractants et varie en fonction des individus. Certains auteurs ajoutent, en outre, à cette première distinction, celle temporelle d'un mobile qui serait antérieur à la conclusion du contrat et d'une cause qui en serait, elle, concomitante. »

¹⁰⁰⁸ Req. Préc. 7 juill. 1931, *DH* 1931. 445 ; V. aussi Paris, 9 févr. 1867, *DP* 1867. 2. 195, pour un testateur qui pense à tort ne pas avoir d'enfant.

¹⁰⁰⁹ M. Grimaldi, obs. sous Civ. 1^{ère}, 29 janv. 2014, *RTD civ.* 2014, 426.

dispositions testamentaires du 12 juillet 1985, dans la croyance erronée d'un déséquilibre des biens donnés à chacune de ses filles à son bénéfice, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ». Ces quelques exemples illustrent l'inadaptation de l'erreur sur la cause ou fausse cause lorsqu'il s'agit de sanctionner de nullité des libéralités. Le testateur s'est bien trompé sur les qualités essentielles de son engagement ou de la personne avec laquelle il a conclu. Partant, si celui-ci démontre que ces qualités ont intégré le champ contractuel et qu'elles ont été déterminantes de son consentement, le juge pourra prononcer la nullité du legs sur le fondement du nouvel article 1132 du Code civil.

335. S'agissant des libéralités où la cause disparaît postérieurement à la conclusion du contrat la question s'est posée de savoir si le juge pouvait en tenir compte pour prononcer la caducité du contrat. Par un arrêt du 15 décembre 2010, la Première Chambre civile a refusé de prononcer la caducité d'un legs dont la cause avait disparu suite à la conclusion du contrat¹⁰¹⁰. Deux parents avaient institué légataires universels deux de leurs quatre enfants pour compenser les donations antérieures faites aux deux autres enfants. Ces derniers étaient en effet donataires d'un fonds de commerce d'une valeur de 600 000 F. Les parties avaient décidé par la suite de résoudre cette donation et de restituer les biens aux donateurs. Les parents décèdent sans avoir retouché au testament de sorte que les deux enfants, ex-donataires, sollicitent la caducité du legs au motif que leur cause a disparu. La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bastia laquelle avait prononcé la nullité du legs, au motif qu'« en statuant ainsi alors qu'il appartient exclusivement au testateur, capable, de tirer les conséquences de la disparition prétendue de la cause qui l'a déterminé à disposer, la cour d'appel a ajouté aux cas légaux de caducité du testament, violant ainsi par fausse application les textes susvisés ». Cette solution semble marquer un mouvement de recul, s'agissant du legs, à l'égard d'une jurisprudence¹⁰¹¹ et d'une doctrine¹⁰¹² qui avait pu se montrer favorable à la caducité des libéralités dont la cause disparaît. Cette solution apparaît justifiée dans la mesure où, le legs étant révocable ou annulable à tout moment par le

¹⁰¹⁰ M. Grimaldi, obs. sous Civ. 1^{ère} 15 déc. 2010, *RDT civ.* 2011, 165.

¹⁰¹¹ Nîmes, 17 févr. 1840, Douai, 30 janv. 1843, - Angers, 26 janv. 1860, - Rennes, 11 avr. 1905, *DP* 1906. 2. 257, note Planiol. – Civ. 1^{ère} 14 mai 1985, *RTD civ.* 1986, 399. – Civ. 1^{ère} 22 oct. 2008, *JCP* 2009, I, 140, n°19, obs. Storck.

¹⁰¹² P. Voirin, Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament, in *Études à la mémoire de H. Capitant*, 1939, p. 895 : « la cause est [...] le soutien nécessaire des effets de l'obligation », de sorte que « la défaillance de la cause survenant paralyse, suspend ou éteint l'obligation ».

testateur, il appartient à ce dernier de modifier ses volontés si les éléments qui l'ont poussé à conclure viennent à disparaître.

336. La difficulté s'agissant des donations réside dans l'incertitude qu'elle fait peser sur le donataire. Cela requiert d'identifier une cause suffisamment objective pour qu'elle ne soumette pas le bénéficiaire aux fluctuations des relations qu'il entretient avec le donateur et qui ont déterminé ce dernier dans sa volonté de conclure. Il faut en effet que la relation, l'acte ou le fait qui justifie la donation, ne soient pas totalement dépendants de la volonté du donateur sans quoi l'insécurité juridique serait alors trop importante.

337. L'erreur telle qu'elle figure à l'article 1135 alinéa 2 de l'ordonnance n'apparaît pas comme l'outil adéquat pour sanctionner les libéralités dont la cause a disparu. L'article 1186 du Projet d'ordonnance pourrait constituer le nouveau fondement textuel d'une action en caducité du contrat. Certains auteurs¹⁰¹³ défendent en effet la caducité des libéralités pour rupture du lien lorsque celle-ci fait suite à la survenance d'un « événement [s] ne dépendant pas de la volonté du disposant ». L'article 1186 propose cependant une définition de la caducité qui semble difficilement compatible avec les situations susvisées. Cette sanction est définie comme faisant suite à la disparition de l'un des « éléments essentiels » du contrat. Cette dernière expression rend difficilement possible la sanction de la disparition du lien unissant le donateur au donataire sur ce fondement. Certains commentateurs de l'ordonnance proposent pour leur part la suppression de l'alinéa 2 de l'article 1135 et le remplacement de l'erreur sur les motifs d'une libéralité par l'intégration d'une condition suspensive ou résolutoire¹⁰¹⁴. De la même manière, l'exploitation des outils juridiques déjà existants pourrait permettre aux parties de sécuriser les libéralités en recourant à des charges. Si la donation est par principe irrévocable, le Code civil¹⁰¹⁵ prévoit toutefois trois causes de révocation, dont l'inexécution des charges. Les charges peuvent être stipulées dans l'intérêt du disposant comme dans celui du bénéficiaire. L'adjonction de charges à une libéralité présente

¹⁰¹³ J. Rochfeld, art. préc. Cause, n°109 : « Il n'en demeure pas moins que, à l'égard des libéralités véritables et sur le fondement d'une définition de la caducité embrassant la survenance d'événements ne dépendant pas de la volonté du disposant, l'idée de caducité pour rupture du lien ne devrait pas être rejetée. »

¹⁰¹⁴ J.-F. Hamelin, art. préc. <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/14/erreur-sur-les-motifs/> qui propose la réécriture suivante de l'alinéa 2 : « Néanmoins, un tel motif peut être érigé, par l'accord des parties, en condition suspensive ou résolutoire. »

¹⁰¹⁵ Art. 953 C. civ.

l'avantage d'exprimer explicitement la cause de l'engagement du disposant et de s'assurer que l'inexécution de celle-ci soit bien sanctionnée.

338. L'ordonnance du 10 février 2016, en écartant la notion de contrepartie convenue du champ des contrats à titre gratuit, intègre la notion d'erreur sur les motifs d'une libéralité, dont il a été démontré qu'elle s'adaptait difficilement aux enjeux de la contrepartie en la matière. S'il est possible de parler d'erreur sur la personne ou sur la prestation, l'erreur sur les motifs qui présente une proximité avec l'erreur sur la cause participe à un éclatement de la notion d'erreur et ne permet pas d'assurer aux parties une sécurité juridique suffisante. Il serait donc opportun de retirer toute référence à l'erreur sur les motifs pour privilégier une exploitation du droit existant en matière de libéralités, en intégrant des charges ou des conditions aux contrats conclus entre les parties.

339. Alors que la contrepartie convenue figurant à l'article 1169 du Code civil consiste à s'assurer de l'équilibre structurel du contrat, l'article 1170 reprend la fonction causale de contrôle objectif de l'équilibre contractuel, de manière plus ciblée, au travers de la notion prétorienne d'obligation essentielle.

Section 2 : L'obligation essentielle du débiteur

340. L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré dans un article 1170 la notion jurisprudentielle d'obligation essentielle du débiteur afin de sanctionner la clause qui priverait cette dernière de sa substance. Fruit d'une activité jurisprudentielle aussi riche que controversée, l'obligation essentielle devrait occuper une place de premier ordre aux côtés des articles 1169 et 1171 qui semblent former à eux seuls une sous-section sur le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. L'obligation essentielle du débiteur présente donc une proximité fonctionnelle avec la contrepartie convenue (§1), et apparaît plus généralement comme un outil ciblé de correction des déséquilibres contractuels (§2).

§1. L'obligation essentielle du débiteur et la contrepartie convenue

341. L'obligation essentielle du débiteur figure dans le Code civil à la suite de l'article 1169 relatif à la contrepartie convenue et invite en conséquence à s'interroger sur les liens éventuels que peuvent entretenir ces deux notions¹⁰¹⁶. Le Projet *Catala* avait, sous un vocable différent, mais substantiellement identique, sanctionné dans un article 1125 alinéa 2, toute clause inconciliable avec la réalité de la cause, l'alinéa 1 du même article consacrant la notion de contrepartie convenue illusoire ou dérisoire¹⁰¹⁷. Contrepartie convenue, obligation essentielle et cause semblent donc mériter un rapprochement fonctionnel¹⁰¹⁸. Le rayonnement de ces outils semble néanmoins différer. Alors que le premier ambitionne d'assurer l'équilibre du contrat, le second se limite à éradiquer les clauses qui compromettent cet équilibre. La notion d'obligation essentielle se révèle plurielle (I), et conduit à distinguer ses fonctions de celle de la contrepartie convenue (II).

I. Une notion plurielle

342. L'absence de définition légale ou jurisprudentielle de l'obligation essentielle a conduit les auteurs à s'interroger sur les critères de cette obligation. L'un des critères proposés consiste à distinguer l'obligation objectivement essentielle (A), de l'obligation subjectivement essentielle (B).

¹⁰¹⁶ V. en ce sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°336, p. 297 qui consacrent un paragraphe à l'article 1170 du Code civil dans un 1^o intitulé « La notion d'absence de cause (ou de contrepartie) suivant les types de contrats ».

¹⁰¹⁷ Art. 1125 : « L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire.

Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause. » Le Projet *Terré* prévoyait lui aussi dans un article 64 un mécanisme comparable à celui de l'article 1170 : « Toute clause inconciliable avec l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite ».

¹⁰¹⁸ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°305, p. 292 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 188 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, *op. cit.*

A. L'obligation objectivement essentielle

343. L'obligation essentielle du débiteur, aussi appelée obligation fondamentale, a été mise en évidence pour la première fois dans un arrêt de la Chambre des requêtes rendu le 19 janvier 1863¹⁰¹⁹ assimilant l'obligation essentielle à l'« essence » du contrat. Cette expression¹⁰²⁰ devait donner lieu, quelques années plus tard, à celle plus contemporaine d'« obligation essentielle » dans le célèbre arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996¹⁰²¹. Bien que cette obligation ne soit pas légalement définie, plusieurs auteurs ont essayé d'en dessiner les contours, faisant apparaître à cette occasion son caractère éminemment objectif.

344. Loin d'appartenir aux parties, l'obligation essentielle est au contraire celle qui leur échappe, sur laquelle leur prise est limitée¹⁰²². Cette obligation fondamentale se distingue alors des obligations « annexes¹⁰²³ » qui ne relèvent pas de l'essence du contrat et ne constituent que des accessoires de l'obligation « fondamentale »¹⁰²⁴. De nombreux auteurs ont proposé des critères d'identification de l'obligation essentielle. Le Professeur Philippe Jestaz distingue dans cette perspective les obligations fondamentales par nature, des obligations fondamentales par la volonté des parties¹⁰²⁵. Alors que les premières désigneraient les obligations qui sont de l'essence même d'un contrat, les secondes renverraient à des

¹⁰¹⁹ Req. 19 janv. 1863, *D.* 1863, I, 248. Il s'agissait d'un contrat de bail stipulant que le locataire s'interdisait toute action quelconque contre le bailleur pour quelque cause que ce soit. La Cour avait annulé la clause litigieuse au motif qu'un « contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter. Il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée à l'entretenir pendant toute la durée du bail ».

¹⁰²⁰ T. com. Paris, 14 avr. 1972, GP 1972-2-750.

¹⁰²¹ Com. 22 oct. 1996, *CCC*, 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

¹⁰²² Ph. Jestaz, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, *in* Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz Sirey 1985, p. 282 : « Ce qui caractérise l'obligation fondamentale c'est que la convention des parties peut en restreindre un peu l'étendue, mais non la priver de tout contenu. » Pour une définition similaire, Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse, Université Aix-Marseille, 1981, p. 209, n°173 : « L'obligation fondamentale ne peut être définie dans l'absolu, il convient de dégager des critères permettant de déterminer très efficacement la notion. Les parties font ce qu'elles peuvent dans un contrat, mais seulement jusqu'à un certain point ; le point à partir duquel l'engagement est vidé de toute substance, tel étant le cas lorsque le créancier ne peut en obtenir l'exécution. »

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ Ph. Delebecque, *op. cit.* spéc. p. 284 : « En écartant la clause, le juge a l'air de tenir pour essentielle une obligation annexe : en réalité, il fait respecter l'obligation fondamentale sous le couvert de l'obligation annexe. » ; N. Gras, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand, 2014, n°71, p. 67 qui élucide le sens de l'obligation fondamentale en recourant à la théorie de la cause : « L'analyse de la validité des clauses aménageant les obligations se trouve renforcée, en ce sens que les éléments essentiels pris en considération ne sont autres que les prestations qui se servent mutuellement de contrepartie ».

¹⁰²⁵ *Ibid.*

obligations « annexes » que les parties auraient élevé au rang d'obligations essentielles¹⁰²⁶. Les obligations qui sont de l'essence du contrat seraient donc objectivement essentielles tandis que les obligations « annexes » le seraient subjectivement ces dernières ayant été essentialisées par la volonté des parties.

345. Le Professeur Grimaldi a pour sa part proposé une nomenclature des essentielles inspirée des *essentialia* de Pothier¹⁰²⁷. L'auteur distingue ainsi au sein des « obligations objectivement essentielles¹⁰²⁸ » les obligations essentielles qualifiantes des obligations essentielles statutaires¹⁰²⁹. Alors que les premières permettent précisément de qualifier le contrat, de le rattacher à une catégorie donnée, les secondes désignent les obligations qui se rattachent au régime juridique du contrat. La première permet ainsi d'identifier le contrat tandis que la seconde permettrait d'en déterminer le contenu. Cependant, toute obligation essentielle qualifiante est nécessairement une obligation essentielle statutaire. Ainsi, dans le contrat de vente les obligations de transférer la propriété de la chose et de payer le prix sont des obligations qualifiantes, mais également statutaires dans la mesure où la loi en impose le respect au même titre que l'obligation statutaire du vendeur de garantie des vices cachés. La difficulté vient alors de ce que l'obligation statutaire est objectivement identifiable lorsqu'elle se rattache à un contrat nommé. Dans l'arrêt de la Chambre des requêtes du 19 janvier 1863, l'obligation du bailleur de faire jouir le preneur du bien loué est définie comme une obligation essentielle du contrat de bail. Cette obligation de l'essence du contrat est à la fois une obligation qualifiante et statutaire à laquelle les parties ne peuvent déroger conformément à l'article 1709 du Code civil.

346. Ces obligations objectivement essentielles s'infèrent en conséquence de la nature du contrat, de son type, et présentent alors les mêmes limites que celles existaient du temps de la cause. Qu'en est-il en effet des contrats innommés ? Sont-ils dépourvus d'obligations

¹⁰²⁶ Dans le même sens, le Professeur Delebecque distingue l'obligation fondamentale de l'obligation essentielle : « Il y a dans tout contrat une obligation fondamentale, alors qu'il peut y avoir plusieurs obligations essentielles, dont, si le contrat est synallagmatique, l'obligation monétaire », *RDC* 2015, n°3, p. 759.

¹⁰²⁷ M. Bugnet, Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, T. II Éloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes. H. Plon, Coss et Marchal, 1861 *in* Traité des obligations, Première partie, § 111, n°5. « Des trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat ». Ce dernier distingue en effet les choses qui sont de l'essence du contrat, de celles qui sont de sa nature et celles qui sont purement accidentelles. La notion d'obligation essentielle figurait déjà dans la classification romaine des obligations V. P.-F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8^e éd., 1929, p.567, note 2.

¹⁰²⁸ C. Grimaldi, Les clauses portant sur une obligation essentielle, *RDC* 2008, n°4 p. 1095.

¹⁰²⁹ C. Grimaldi art. préc.

objectivement essentielles ? Selon le Professeur Grimaldi « seuls les contrats nommés comportent des obligations objectivement essentielles¹⁰³⁰ ». L'abstraction de l'obligation objectivement essentielle implique en effet de raisonner à partir de conventions nommées dont la seule dénomination suffit à connaître les obligations « fondamentales »¹⁰³¹ des parties. Restent alors les obligations subjectivement essentielles qui correspondent aux obligations dont l'essentialisation est présentée comme la conséquence d'un choix délibéré des parties.

B. L'obligation subjectivement essentielle

347. Il a été vu précédemment que les contrats nommés sont dotés d'obligations objectivement essentielles qualifiantes et statutaires. Partant de ce constat, l'obligation objectivement essentielle semble *a priori* étrangère aux contrats innommés. Sur ce point, le Professeur Grimaldi propose de présumer de manière irréfragable que l'obligation objectivement essentielle l'est aussi subjectivement. Cette présomption est logique dans la mesure où les obligations objectivement essentielles sont, comme nous l'avons dit précédemment, celles qui s'imposent aux parties, sans que ces dernières ne puissent exercer un pouvoir dessus. Cela signifie en conséquence que l'obligation essentielle d'une partie ne pourra pas faire l'objet d'une clause tendant à nier son caractère déterminant, cette clause étant subjectivement essentielle pour son cocontractant. Inversement, la clause qui n'est pas objectivement essentielle ne l'est pas subjectivement. Cette présomption est toutefois simple, les parties pouvant convenir de donner un caractère essentiel à une obligation subjectivement essentielle. Cette « essentialisation¹⁰³² » d'une obligation consiste alors à conférer un caractère essentiel à une obligation qui ne l'est pas objectivement. Cette « essentialisation » peut être explicite ou implicite. Explicite, elle consiste à introduire une clause en ce sens. C'est le cas par exemple des ventes qui poursuivent un objectif de défiscalisation¹⁰³³. Implicite, elle se déduit alors du comportement des parties ou de certains éléments du contrat.

348. La recherche implicite de la volonté des parties d'« essentialiser » une obligation n'est cependant pas une tâche aisée. Aussi, les juges s'attachent le plus souvent à étudier le contrat

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ Ph. Jestaz, art. préc.

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ P. Dienier, note sous T. com. Basse-Terre, 17 mars 1993, *D.* 1993. 449.

dans sa dimension économique¹⁰³⁴. L'analyse du prix peut ainsi traduire l'importance que les parties ont entendu donner à l'obligation sur laquelle il porte¹⁰³⁵. L'obligation subjectivement essentielle tendrait donc à s'objectiver pour admettre une analyse économique du contrat. Cette tendance correspond à la définition contemporaine qu'ont pu donner certains auteurs de l'obligation essentielle aussi appelée obligation fondamentale. Il s'agit selon Geneviève Viney¹⁰³⁶, de « l'obligation nécessaire à la réalisation économique normalement poursuivie au moyen du type contractuel utilisé », ou pour Ruth Sefton-Green¹⁰³⁷ d'« une obligation nécessaire pour sauvegarder un certain équilibre dans le contrat [...] un outil judiciaire, correcteur d'injustice contractuelle. » Une fois encore, l'analyse pragmatique apparaît comme une méthode pertinente et plus sûre lorsqu'il s'agit d'identifier ce qui, dans le contrat, est nécessaire à son efficacité. L'importance anormale du prix payé pour le service rendu permet ainsi de reconnaître dans l'obligation qu'il sanctionne un caractère essentiel. Inversement, le service qui serait rendu accessoirement à la fourniture d'un service principal sans augmentation du prix devrait selon toute vraisemblance être appréhendé comme une obligation non essentielle. Ces considérations d'ordre économique se présentent sous des formes plus subtiles. Ainsi, l'analyse de la faculté pour les parties de recourir à l'assurance est-elle notamment apparue comme un critère de nature à écarter une clause limitative de garantie permettant à un vendeur de semis de carottes d'échapper à son obligation de réparation du préjudice en cas de vice caché des graines¹⁰³⁸. Si les décisions rendues ne se réfèrent pas explicitement à la notion d'obligation essentielle, elles témoignent de la prise en compte par les juges de l'économie du contrat entendue comme la faculté pour le demandeur non seulement d'assurer aux graines le rendement nécessaire à leur activité agricole, mais également la faculté de bénéficier d'une assurance permettant d'assurer de tels risques¹⁰³⁹.

349. Ainsi présentée, l'obligation essentielle se définit comme l'obligation déterminée objectivement et/ou subjectivement, qui constitue la raison d'être du contrat, et qui détermine

¹⁰³⁴ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.* n°336, pp. 297-298 ; G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* p. 361 au sujet de la substance de l'obligation essentielle laquelle renvoient, selon eux à la « donnée économique mise en œuvre juridiquement par le contrat ».

¹⁰³⁵ Req. 21 janv. 1807, S 1807, 1, 138 ; Com. 7 juin 1952, D. 1952, 651 ; Com. 25 mars 1963, D. 1964, 17 note Rodière ; Lyon, 24 janv. 1929, S 1929, 2, 95 ; TI Paris, 6^e arrt., 6 déc. 1972, D. 1973, 323, note A.D.

¹⁰³⁶ G. Viney, les conditions de la responsabilité, 2^e éd. LGDJ 1998, n°489, P. 385.

¹⁰³⁷ R. Sefton-Green, La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise, LGDJ, 2000, p. 307, n°536.

¹⁰³⁸ CA Toulouse, 1^{er} déc. 2009, n° 08/02612 ; Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} déc. 2011, n°10-19.402, Inédit, la société vendeuse avait assuré à son cocontractant agriculteur un taux de faculté germinative des semences compris entre 85 % et 95 % qui s'était réalisé inexact en pratique.

¹⁰³⁹ Ph. Delebecque, Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, *LPA* 5 mai 2000, n°90, p. 22.

l'équilibre fondamental du contrat. Cette notion permet d'assurer au contrat sa rationalité économique et se présente à cet égard comme une forme de dérivé de la contrepartie convenue.

II. La proximité fonctionnelle avec la contrepartie convenue

350. La notion d'obligation essentielle présente une proximité fonctionnelle avec la contrepartie convenue en ce qu'elle tend à identifier ce qui dans le contrat occupe une place nécessaire à la réussite de l'opération économique dont il est le support. Organisée autour de la distinction entre contrats typiques et atypiques (A), l'obligation essentielle est, à l'image de la contrepartie convenue, le fruit d'une méthode d'identification objective (B).

A. Contrats typiques et contrats atypiques

351. La distinction qui a été établie entre obligation objectivement et subjectivement essentielle n'est pas sans rappeler celle que l'on pouvait faire de la cause objective et subjective¹⁰⁴⁰. La cause objective, ou cause de l'obligation, s'entendait en effet pour le bailleur du paiement des loyers et pour le preneur de la mise à disposition des lieux. Ces deux obligations objectivement essentielles qualifiantes et statutaires étaient également la cause objective de l'obligation de chacune des parties. Comme pour l'obligation objectivement essentielle, la cause objective se définissait par référence à un type de contrat, que l'on pourrait définir comme un contrat nommé ou réglementé. La cause était dite « subjective » lorsqu'elle s'attachait à apprécier la licéité et la moralité du contrat, mais encore, dans la théorie moderne, lorsqu'elle s'attachait aux mobiles entrés dans le champ contractuel pour en apprécier l'existence. En ce sens, la cause subjective, telle qu'elle avait pu être mise en évidence recoupe la notion d'obligation subjectivement essentielle ou obligation déterminante. C'est l'analyse retenue par le Professeur Delebecque pour lequel la notion de

¹⁰⁴⁰ *Ibid* « Cette jurisprudence sur l'obligation fondamentale n'est au fond qu'une application particulière de la théorie de la cause ». V. aussi, Ph. Jestaz, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey 1985, p. 294 : « Du moins retiendra-t-on que dans tous les exemples cités, la fourniture d'une prestation annexe, mais importante [...], a implicitement ou explicitement déterminé un sacrifice financier supplémentaire de la part du créancier. Cette prestation, que dès lors le débiteur ne peut plus refuser d'assumer, porte en droit français le nom de cause et d'ailleurs la plupart des arrêts cités se fondent sur l'idée de contrepartie ».

cause fonde l'obligation fondamentale¹⁰⁴¹. L'auteur distingue ainsi la cause contrepartie de la cause catégorique. Alors que la première est utilisée comme critère de l'obligation fondamentale dans la théorie générale des contrats, la seconde l'est pour la théorie des contrats spéciaux. C'est également pour remédier à la rigidité de la cause entendue comme la contrepartie propre à un type de contrat que le Professeur Rochfeld a proposé de distinguer la cause typique de la cause atypique¹⁰⁴². Alors que la cause typique s'impose aux cocontractants qui ont fait le choix de recourir à un type de contrat¹⁰⁴³ donné, le juge devra, lorsque les parties ont eu recours à un contrat dont la forme ne correspond à aucun type identifié comme le leur permet l'article 1105 du Code civil, ou qu'elles ont adjoint à un contrat type une finalité particulière, s'assurer que les contreparties attendues correspondent aux attentes définies par les parties ou du moins qu'elles assurent au contrat sa rationalité. Cette distinction entre contrat typique et atypique présente l'avantage de dépasser l'opposition traditionnelle entre contrat nommé et innommé pour lui préférer une approche plus pragmatique des modèles contractuels¹⁰⁴⁴. Ainsi, le contrat de franchise, bien qu'innommé, relève d'un modèle contractuel doté d'une contrepartie typique déterminé par la loi¹⁰⁴⁵ et la

¹⁰⁴¹ Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse, Université Aix-Marseille, 1981, n°166 et s. p. 200 à 211.

¹⁰⁴² J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Thèse, Paris 1, 1997, p. 256 : « En définitive, il faut admettre, à l'issue de ces développements, qu'une cause atypique puisse être directement reconnue lors du contrôle de l'existence de la cause et cesser de la « refouler » [...] celle-ci n'interviendrait que dans le domaine où les parties mettent à profit l'autonomie que leur reconnaît le droit pour créer des contrats inédits et quitter irrémédiablement la définition typique de la cause. En outre, elle permettrait d'écarter les moyens indirects de reconnaissance de cette cause individuellement définie, moyens qui entraînent la déformation de toutes les notions utilisées. [...] Les contrats typiques avec finalité adjointe seraient soumis au principe d'une insertion expresse des mobiles [...] Les contrats totalement atypiques, en revanche, admettraient une délimitation téléologique, en fonction des intérêts en jeu et de leur finalité globale ».

¹⁰⁴³ *Ibid.* spéc. p. 42 : « Le type [...] renferme l'idée de l'entrée de la volonté dans un moule préexistant, d'une modélisation *a priori*, c'est-à-dire lors de la formation de l'acte. Par conséquent, il n'induit pas seulement la nomination du contrat et sa catégorisation, mais propose un modèle, un cadre rigide où la volonté peut se couler, et qui fera référence lors de son appréhension par le droit. » ; J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, t. I, Livre I, nouvelle édition par De Héricourt, 1777, Titre I, Sect. I, IV à IX. Pour une classification des contrats en 4 espèces.

¹⁰⁴⁴ J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Thèse, Paris 1, 1997. L'auteur distingue nettement les contrats nommés des contrats types : « En premier lieu, le contrat type se distingue donc du contrat nommé parce qu'il fournit pas tant un cadre de qualification *a posteriori* qu'un modèle *a priori* dans lequel peut se couler la volonté. [...] La qualification n'intervient, quant à elle, que comme un constat de configuration d'un contrat, mais ne comprend pas cette idée de référence par choix, ou contrainte, à un modèle préexistant et à ses effets. [...] Ils le sont d'autant moins en second lieu, que dans la tradition française, la nomination dépend de la loi ou du règlement. Or, le type embrasse, lui, tout cadre contractuel préexistant suffisamment connu pour proposer aux volontés un modèle. »

¹⁰⁴⁵ Loi Doubin du 31 décembre 1989, règlement (CEE) no 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, règlement (CE) no 2790/1999 du 22 décembre 1999 et règlement (UE) no 330/2010 du 20 avril 2010.

jurisprudence¹⁰⁴⁶. Le droit européen des pratiques anticoncurrentielles apporte sur ce point un éclairage important. Les lignes directrices accompagnant le règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010¹⁰⁴⁷ et le règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999¹⁰⁴⁸, distinguent en effet les obligations essentielles de ce mode de distribution des obligations accessoires. La concession de signes distinctifs et d'un savoir-faire relève à ce titre de la catégorie des obligations essentielles dès lors que ces dernières ne portent pas atteinte en soi à la concurrence. Les clauses relatives à ces obligations échappent en conséquence à l'application de l'article 101, 1° du TFUE sur les ententes¹⁰⁴⁹. La clause d'exclusivité territoriale est en revanche admissible à condition qu'elle soit économiquement justifiée au sens de l'article 101, 3° du TFUE. Les lignes directrices accompagnant le règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 mettent en évidence trois obligations essentielles du contrat de franchise à savoir la fourniture d'une marque et/ou de signes distinctifs, la transmission d'un savoir-faire, et une assistance technique et commerciale¹⁰⁵⁰. Ces trois obligations déjà consacrées par le règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988¹⁰⁵¹ et avant lui, le célèbre arrêt *Pronuptia*¹⁰⁵², ont également été reprises par la jurisprudence interne, laquelle rappelle régulièrement la réunion de ces trois obligations au titre des conditions requises pour la qualification du contrat de franchise¹⁰⁵³. La clause

¹⁰⁴⁶ CA Paris, 28 avr. 1978, BT 1978, p. 277 ; CA Colmar, 10 juin 1982, D. 1982, jur., p. 553, note J.-J. Burst ; CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia* ; (Com. 10 mai 1994, no 92-15.834 ; Com. 14 sept. 2010, no 09-17.079, Contrats, conc., consom. 2010, comm. 270

¹⁰⁴⁷ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 45, JOUE 19 mai 2010, n° C 130.

¹⁰⁴⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 44, JOCE 13 oct. 2000, n° C 291.

¹⁰⁴⁹ V. sur ce point, CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE, p. 353.

¹⁰⁵⁰ Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 19 mai 2010, n° C 130, p. 39 : « Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchiseur, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. »

¹⁰⁵¹ Art. premier, 3°, b : « accord de franchise », un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchiseur, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés ; il doit comprendre au moins les obligations suivantes : l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, la communication par le franchiseur au franchiseur de savoir-faire et la fourniture continue par le franchiseur au franchiseur d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ».

¹⁰⁵² CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE, p. 353.

¹⁰⁵³ Com. 26 mars 1996, n° 94-14.853, CCC 1996, comm. n° 98, obs. L. Leveneur ; Com. 27 janv. 1998, n° 95-13.600, Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 4, n° 213, obs. P. Storrer.

d'exclusivité territoriale est en revanche sans incidence sur la qualification du contrat de sorte qu'il s'agit ici d'une obligation accessoire¹⁰⁵⁴.

352. La pratique du monde des affaires sollicite depuis longtemps des montages contractuels inédits que la jurisprudence peine à raccrocher à des catégories de contrats nommés ou du moins réglementés¹⁰⁵⁵. Les conventions dites de *management*¹⁰⁵⁶ ou de *management fees*¹⁰⁵⁷, par lesquelles une partie confie à une autre des prestations de création et de développement de filiales à l'étranger ainsi que la mise en œuvre de stratégies de ventes ont été sanctionnées par la Chambre commerciale lorsqu'elles étaient conclues par une société avec son gérant, dès lors qu'elles faisaient double emploi avec les fonctions sociales de ce dernier. Ces conventions sont notamment utilisées dans le cadre de montages « *Leveraged Buy Out* », ou « reprise d'entreprise à effet de levier », reposant sur l'interposition entre le repreneur et la « cible » d'une holding de reprise qui, bien souvent, ouvre son capital à des fonds de capital investissement et, systématiquement, s'endette pour prendre le contrôle de cette dernière. La holding détient ainsi les parts ou les actions de la société reprise et rembourse au moyen des dividendes de cette dernière son emprunt. Cette même holding peut également fournir des prestations de services appelées *management fees* correspondant le plus souvent à des services administratifs, et une participation active à la direction de la société cible. Ce contrat contraint alors les juges à identifier la finalité de l'opération envisagée, et partant les obligations subjectivement essentielles. La Cour de cassation sanctionne ainsi les conventions de management par lesquelles la société prestataire fournit des services faisant double emploi avec la mission légale du directeur général pour absence de cause¹⁰⁵⁸, et ce

¹⁰⁵⁴ Com. 28 janv. 1980, n° 78-13.619, *JCP G* 1981, II, n° 19533, note J. Azéma ; O. Gast, La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise ? *LPA* 29 juill. 1987, p. 29 ; Com. 19 nov. 2002, n° 01-13.492, *D.* 2003, p. 2427, obs. D. Ferrier.

¹⁰⁵⁵ Th. Génicon, Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse, *RDC* 2013, n°4 p. 1321.

¹⁰⁵⁶ Com. 23 oct. 2012, n° 11-23376, PB : *D.* 2013, p. 686, note D. Mazeaud. V. aussi. Com. 14 sept. 2010, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, n°12, p. 960, obs. P. Le Cannu : « qu'ayant relevé que cette convention définissait son objet en des termes dont il résultait qu'elle faisait double emploi avec l'exercice par M. X de ses fonctions de directeur général, et retenu qu'elle revenait ainsi à rémunérer la société Samo gestion pour des prestations qui étaient accomplies par M. X au titre de ses fonctions sociales, l'arrêt en a déduit à bon droit, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la quatrième branche et sans avoir à faire la recherche non demandée visée par la troisième branche, que ladite convention était dépourvue de cause ». V. contr. pour une convention de prestation de services portant sur l'optimisation de certaines tâches ainsi que la dynamisation de la politique commerciale de la société qui était mise en œuvre ici non pas par le dirigeant de la société, mais à une société prestataire chargée de la direction générale de la société Com. 24 nov. 2015, n° 14-19685, F-D, *Gaz. Pal.* 2016, n°5, p. 59, obs. J.-M. Moulin ; *BJS* mars 2016, n° 114t0, p. 137, note P. Le Cannu.

¹⁰⁵⁷ A. Reygrobelle, Les conventions de *management fees* : où en est-on ? *BJS*, 2018, n°117, p. 120.

¹⁰⁵⁸ Com. 14 sept. 2010, *BJS*, 2010, n°12, p. 960, obs. P. Le Cannu.

quand bien même la rémunération du directeur aurait été diminuée pour tenir compte de cette convention¹⁰⁵⁹. Cela suppose donc de déterminer avec précision les obligations subjectivement essentielles de ce type de convention. Dans ces hypothèses, l'obligation essentielle est le fruit d'une analyse pragmatique du contrat dont il convient de retracer les différentes étapes jurisprudentielles.

B. L'identification objective de l'obligation subjectivement essentielle

353. L'obligation subjectivement essentielle comme la contrepartie convenue associent deux notions *a priori* antagonistes que sont la volonté des parties et l'analyse objective du contrat. La jurisprudence semble s'être nourrie de ces deux approches pour mettre en évidence l'obligation essentielle du contrat. L'interprétation du contrat occupe ici une place de premier choix. La recherche de la commune intention des parties¹⁰⁶⁰ apparaît en effet comme l'outil privilégié lorsqu'il s'agit d'identifier l'obligation subjectivement essentielle. L'analyse psychologique de la volonté des parties précède ici celle, plus objective, qui consiste à identifier l'obligation objectivement essentielle. Toutefois, l'appréciation souveraine des juges repose, en l'absence d'éléments de nature à faire jaillir cette volonté de manière satisfaisante, sur la référence à une rationalité nécessaire. Il s'agit donc d'interpréter cette volonté eu égard à ce qui est nécessaire pour que le contrat présente la rationalité qu'on en attend. En cela, l'on peut considérer que l'obligation subjectivement essentielle réside dans la délivrance de la contrepartie convenue¹⁰⁶¹. Le célèbre arrêt *Chronopost*¹⁰⁶² rendu au visa de l'article 1131 du Code civil anc. témoigne de la parenté fonctionnelle des deux notions¹⁰⁶³. La cause prend dans cet arrêt la forme de l'obligation essentielle du débiteur laquelle consistait

¹⁰⁵⁹ Com. 23 oct. 2012, n° 11-23376, PB : *D.* 2013, p. 686, note D. Mazeaud.

¹⁰⁶⁰ Art. 1188 C. civ.

¹⁰⁶¹ X. Delpech, obs. sous Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007, 654 : « L'obligation essentielle, c'est la délivrance de la contrepartie convenue (désignée dans l'arrêt comme l'« objet final » des contrats), ce qui correspond à la définition moderne de la cause assez communément admise en doctrine (J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, n° 149 s.), à savoir ici la délivrance du logiciel initialement commandé dans le délai stipulé. »

¹⁰⁶² L. Leveneur, note sous Com. 22 oct. 1996, *CCC* 1997, comm. n°24. V. aussi, Com. 13 juin 2006, *D.* 2006, 1680 obs. X. Delpech.

¹⁰⁶³ Le rapport au président de la République précise ainsi que le législateur a voulu, au travers de l'art. 1170 du C. civ., consacrer la jurisprudence *Chronopost* de 1996 : « L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite *Chronopost* de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité ».

en l'espèce à livrer des plis dans un délai déterminé. Quelques années plus tard¹⁰⁶⁴, la Chambre commerciale réaffirmait sur le fondement de l'article 1131, que l'obligation de la société *Chronopost* d'acheminer les montres à leur destinataire constituait une obligation essentielle. C'est le même raisonnement qui conduisait, à la fin des années 1990, la Cour de cassation à sanctionner les clauses de réclamation de la victime ou *claims made* contenues dans les contrats d'assurance. Il s'agissait, par ces clauses, de subordonner la garantie de l'assureur à la réclamation de la victime entre la date de souscription du contrat et celle de sa résiliation. Plusieurs arrêts¹⁰⁶⁵ étaient alors rendus au visa des articles 1131 du Code civil anc. et L. 124-1 du Code des assurances, réputant non écrites ces clauses ayant pour effet de priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable. La Cour de cassation avait par la suite étendu cette sanction à toutes les clauses tendant à réduire la garantie de l'assureur à une durée inférieure à celle de la responsabilité de l'assuré¹⁰⁶⁶, avant que le législateur finisse par encadrer lui-même les conditions de validité des clauses de réclamation¹⁰⁶⁷.

354. Plus récemment, la Cour de cassation a pu considérer que le contrat de louage de coffre-fort¹⁰⁶⁸ souscrit par un particulier auprès d'un établissement bancaire contenait une obligation de surveillance de moyens contraignant ce dernier à rapporter la preuve que toutes les diligences avaient été prises pour en contrôler l'accès par un tiers. La troisième Chambre civile a encore jugé que la clause de plafonnement de l'indemnisation au double des honoraires perçus contenue dans la convention de contrôle technique passée entre une SCI, promoteur immobilier, et une société de contrôle technique portant sur la solidité des ouvrages et des équipements « contredis [ait] la portée de l'obligation essentielle du

¹⁰⁶⁴ Com. 30 mai 2006, *RTD com.* 2007, 224, note B. Bouloc.

¹⁰⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1990, n° 88-12.863 (7 arrêts) : *JurisData* n° 1990-003525 ; *Bull. civ.* 1990, I, n° 303 ; *JCP G* 1991, II, 21656, note J. Bigot ; *RTD civ.* 1991, p. 325, obs. J. Mestre.

¹⁰⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1997, n° 94-17.061, n° 94-20.060 : *JurisData* n° 1997-005773 ; *JCP G* 1998, II, 10018, note P. Sargos. Plus récemment, Com. 14 déc. 2010, n° 08-21.606, n° 10-10.738 : *JurisData* n° 2010-023871 ; *Bull. civ.* 2010, IV, n° 200 et Cass. 3^{ème} civ., 26 nov. 2015, n° 14-25.761, P+B : *JurisData* n° 2015-026362.

¹⁰⁶⁷ Art. 124-5 Code assur.

¹⁰⁶⁸ Com. 9 févr. 2016, 14-23006, Publié au bulletin : « Qu'en statuant ainsi, alors que la banque qui met un coffre-fort à la disposition d'un client est tenue d'une obligation de surveillance qui lui impose d'établir qu'elle a accompli toutes les diligences utiles pour en contrôler l'accès par un tiers, fût-il muni d'une clé, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé » ; V. aussi Civ. 3^{ème}, 14 avr. 2010, 09-11.975, Publié au bulletin : Le contrat d'assurance responsabilité obligatoire souscrit par le constructeur de maisons individuelles intègre nécessairement la réalisation de fondations, et partant, leur éventuelle reprise.

contrôleur technique». ¹⁰⁶⁹ Il convient toutefois de noter que les magistrats semblent extrêmement réticents lorsqu'il s'agit de mettre en échec une clause limitative ou évasive de responsabilité dans des contrats conclus entre professionnels. Ces derniers ont en effet beaucoup de difficultés dans cette hypothèse à reconnaître une obligation essentielle qu'elle le soit objectivement ou subjectivement, et privilégient alors des mécanismes détournés, tels que le recours à la notion de non-professionnel ¹⁰⁷⁰ au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, qui présente l'avantage de déplacer la question sur le terrain, plus solide sur ce point, du droit de la consommation. Cette identification de l'obligation subjectivement essentielle présente la particularité d'être mise en œuvre *a posteriori* ¹⁰⁷¹. Cela contribue à faire de celle-ci un outil objectif de contrôle de l'équilibre contractuel. C'est au regard des effets produits par l'inexécution de l'obligation litigieuse que le juge se prononce sur le caractère essentiel de celle-ci ¹⁰⁷². Partant, il est difficile de définir la méthode d'analyse retenue par les juges dans l'identification de cette obligation. Si le visa de l'article 1131 pouvait laisser envisager une superposition de la cause objective et de l'obligation essentielle, l'ordonnance du 10 février 2016 est venue rebattre les cartes sur ce point. Alors que l'Avant-projet *Catala* avait fait le choix d'associer les obligations essentielles à l'objet du contrat ¹⁰⁷³, le projet de réforme de la Chancellerie de 2008 disposait pour sa part que « la clause vidant le

¹⁰⁶⁹ Civ. 3^{ème} 4 févr. 2016, n°14-29347, Publié au bulletin : « Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu, à bon droit, que la clause ayant pour objet de fixer, une fois la faute contractuelle de la société Qualiconsult établie, le maximum de dommages-intérêts que le maître d'ouvrage pourrait recevoir en fonction des honoraires perçus, s'analysait en une clause de plafonnement d'indemnisation et, contredisant la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes, constituait une clause abusive, qui devait être déclarée nulle et de nul effet, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. » Les juges ont considéré ici que le promoteur immobilier devait être appréhendé comme un non professionnel au sens du Code de la consommation.

¹⁰⁷⁰ Civ. 3^{ème} 4 févr. 2016, n°14-29347. L'article R. 132-1, 6° du Code de la consommation range dans la liste des clauses noires la clause ayant pour objet ou pour effet de « Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

¹⁰⁷¹ Y.-M. Laithier, L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *RDC* 2010, n°3, p. 1091 : « les juges ne recherchent guère ce qui fait l'essence d'un type de contrat donné. Peut-être que leur démarche consiste plus simplement à comparer, une fois que l'inexécution a eu lieu, la clause avec l'ampleur du dommage subi pour en déduire qu'elle mérite d'être appliquée ou, au contraire, qu'elle mérite d'être écartée d'une façon ou d'une autre. En d'autres termes, la référence à l'obligation essentielle ne serait rien de plus qu'une manière plus ou moins savante d'exprimer une limite à la liberté contractuelle ».

¹⁰⁷² M. Burgard, L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat, *LPA* 2010, n°189, p. 7 : « Tout se passe comme si le juge effectuait un raisonnement inversé en se concentrant sur l'objectif à atteindre — sanctionner la partie la plus faible — et, par la suite, dans un second temps, en s'interrogeant sur la manière d'y parvenir : ici, par le biais de la notion d'obligation essentielle ». Dans le même sens, D. Houtcieff : *JCP G* 2007, 11, 10145, sous : Com. 5 juin 2007, n°06-14832 « Non seulement le prétendu minimum contractuel irréductible n'est identifiable qu'*a posteriori*, alors qu'il devrait pouvoir se définir au seuil de l'engagement, mais il paraît moins procéder d'une objectivation des volontés que de velléités protectrices d'une partie ».

¹⁰⁷³ Art. 1121 alinéa 3.

contrat de tout son intérêt est réputée non écrite¹⁰⁷⁴». L'article 1170 du Code civil figurant dans la sous-section 3 de la section 2 relative à « La validité du contrat » est associé quant à lui à la notion de contenu du contrat. La spécificité de l'obligation essentielle tient en effet à son absence formelle dans le champ contractuel. L'obligation essentielle n'est explicitement mobilisée qu'à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. L'une des interprétations possibles consisterait à considérer que l'obligation essentielle est l'une des manifestations de l'absence de contenu du contrat au stade de son exécution, tandis que l'absence d'un contenu certain au stade de la conclusion du contrat relèverait de l'article 1128, 3° du Code civil. Il semble en effet que l'obligation essentielle ne soit révélée que par la nécessité d'invalidier la clause qui la prive de substance.¹⁰⁷⁵ L'étude de ses finalités fait donc apparaître l'obligation essentielle comme un outil autonome de contrôle objectif de l'équilibre contractuel qui se distingue de la notion de contrepartie convenue.

§2. L'obligation essentielle : un outil ciblé de contrôle de l'équilibre contractuel

355. L'obligation essentielle permet de réputer non écrite la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Pour comprendre les rouages d'un tel mécanisme, il convient d'identifier les clauses susceptibles de tomber sous le coup de l'article 1170 (I) avant de s'interroger sur la pertinence d'un tel dispositif (II).

I. Les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur

356. L'article 1170 du Code civil sanctionne la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. La jurisprudence écarte ainsi la clause limitative ou exonératoire de responsabilité lorsque les juges caractérisent un manquement à une obligation essentielle (A), et que la clause revient à priver l'obligation essentielle de sa substance (B).

¹⁰⁷⁴ Art. 87. Dans cette version du Projet la notion d'intérêt venait remplacer celle de cause.

¹⁰⁷⁵ V. en ce sens, R. Sefton-Green, La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise, LGDJ, 2000, p. 333 : « À l'instar de la théorie de la *fundamental breach*, la notion d'obligation fondamentale en droit français apparaît principalement comme une technique correctrice relevant de la justice contractuelle au moment de l'exécution du contrat. Parler de la cause comme son fondement nous fait glisser vers la conception de la cause selon Henri Capitant, mais aussi porte à une confusion plus profonde. [...] On a déplacé le centre de gravité de l'importance de l'obligation vers l'effet global de l'inexécution de celle-ci sur le contrat. Cette analyse correspond parfaitement à l'origine historique de la théorie, celle de *deviation*. C'était l'existence de la violation qui comptait, celle-ci perturbant toutes les prévisions contractuelles, et non l'importance de l'obligation. »

A. Le manquement à l'obligation essentielle

357. Après avoir longtemps été rattachée à la notion de faute lourde, la constatation d'un manquement à une obligation essentielle semblait, depuis un arrêt du 23 février 1994¹⁰⁷⁶, suffire à écarter la clause limitative de responsabilité¹⁰⁷⁷. Il s'agissait en l'espèce de l'exploitant d'un parc de stationnement souterrain dans lequel plusieurs véhicules avaient été endommagés à la suite d'une inondation provoquée par des pluies torrentielles. Les propriétaires des véhicules avaient alors sollicité une indemnisation, tandis que l'exploitant du parc de stationnement se prévalait d'une clause exonératoire de responsabilité figurant sur les tickets d'accès. Alors que la Cour d'appel avait retenu la responsabilité de l'exploitant au motif que ce dernier avait commis une faute lourde, la première Chambre civile qualifiait ces motifs de surabondants indiquant que « la SMTU avait manqué à son obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement pour lui permettre de laisser sa voiture en stationnement, la cour d'appel a exactement retenu que sa responsabilité contractuelle était engagée envers les propriétaires des véhicules endommagés ». Cette décision devait marquer un virage décisif dans la mesure où les juges faisaient porter leur analyse, non plus sur le poids de la faute, comme cela était le cas jusqu'alors, mais sur celui de l'obligation assumée par le débiteur. Le Professeur Viney notait alors la difficulté éprouvée par le commentateur s'agissant des critères retenus par les juges pour mettre en évidence cette obligation essentielle. La recherche de la commune intention des parties était selon cet auteur doublée de « considérations objectives tirées de la justice et de l'utilité sociale¹⁰⁷⁸ ». Le Professeur Ghestin ajoutait sur ce point que « dire qu'une obligation est essentielle signifie, soit qu'elle a été tenue pour telle dans la commune intention des parties, de telle sorte que leur accord ne serait pas conclu en son absence, soit encore qu'elle était objectivement nécessaire¹⁰⁷⁹ ». Bien que cette décision ait pu laisser croire à la disparition de la faute lourde, la Cour de cassation maintenait cette notion s'agissant toutefois des hypothèses pour lesquelles la loi ou un règlement déterminent un plafond de

¹⁰⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 23 févr. 1994, *JCP G* 1994, I, 3809, obs. G. Viney.

¹⁰⁷⁷ Ph. Delebecque, Les clauses de responsabilité, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, p. 179 : « Selon les hypothèses, ces clauses déclarent le débiteur non responsable en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse, de retard, ou lorsque survient un événement déterminé, ou encore, elles se bornent à limiter le montant de la réparation ».

¹⁰⁷⁸ G. Viney obs. préc.

¹⁰⁷⁹ J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, n°290, p. 202.

responsabilité au travers d'un contrat type¹⁰⁸⁰. Il s'agissait ici d'un des nombreux arrêts opposant la société *Chronopost* à des clients mécontents. Les transports intérieurs de marchandises par voie terrestre reposent sur des contrats types établis par décrets. L'une des clauses du contrat qui était ici soumise aux magistrats stipulait que l'indemnisation pour retard dans la livraison « ne peut excéder le prix du transport ». En présence de ce plafond légal, les magistrats ont estimé que seule « une faute lourde caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat type établi annexé au décret ». La hiérarchie entre le contrat et un texte réglementaire empêchait en effet la Cour de cassation de juger que ce dernier privait de contrepartie l'obligation du client de la société Chronopost. En l'absence de plafond légal ou réglementaire, la seule violation d'une obligation essentielle suffisait à faire obstacle à la mise en œuvre de la clause litigieuse¹⁰⁸¹.

358. L'arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010 venait toutefois durcir cette position en affirmant que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur¹⁰⁸². » Alors que la faute lourde repose sur une démonstration périlleuse, l'« avantage du recours à l'obligation essentielle est qu'elle autorise un contrôle objectif des clauses, qui vient en complément de celle fondée sur la faute qualifiée¹⁰⁸³ ». La faute lourde et le dol n'ont pas pour autant disparu. Le comportement du débiteur peut en effet conduire à la mise à l'écart de la clause limitative de réparation lorsqu'il commet une faute lourde ou dolosive. Cette dernière est caractérisée lorsque le débiteur refuse délibérément d'exécuter ses obligations contractuelles sans qu'il soit nécessaire que ce dernier

¹⁰⁸⁰ Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2005, note J.-P. Tosi : « si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret »

¹⁰⁸¹ Pour une illustration en matière de contrat de transport en dehors des contrats-types : Com. 5 juin 2007, n° 06-14.832, Sté Thales communication c/ Sté Extand, *JCP G* 2007, II, 10145, note D. Houtcieff. Il convient de noter par ailleurs que l'article L. 133-8 du Code de commerce substitue la faute inexcusable à la faute lourde pour les contrats de transport : « Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ».

¹⁰⁸² Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2485, obs. Th. Génicon.

¹⁰⁸³ Y.-M. Laithier, L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *RDC* 2010, n°3, p. 1091.

ait eu l'intention de nuire à son créancier¹⁰⁸⁴. Elle n'exige pas la preuve d'un manquement à une obligation essentielle¹⁰⁸⁵. En ce qui concerne la faute lourde, celle-ci est définie par la jurisprudence¹⁰⁸⁶ comme celle « caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle ». Sa définition a fait l'objet de longues hésitations opposant les partisans d'une faute lourde objective, entendue comme la manifestation du manquement à une obligation essentielle, aux partisans d'une faute lourde subjective portant sur le comportement du débiteur. La première solution a définitivement été balayée par l'arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010¹⁰⁸⁷, tandis que la seconde semble avoir gagné du terrain là où la faute lourde était le plus souvent invoquée, c'est-à-dire dans le domaine des contrats de transport routier de marchandises. L'article L. 133-8 du Code de commerce lui substitue en effet la faute inexcusable définie comme « la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ».

359. Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le seul manquement à une obligation essentielle ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Encore faut-il que la clause ait pour effet de priver cette obligation de sa substance. Il ne s'agit plus en effet d'appréhender la clause au travers de l'inexécution contractuelle du débiteur, mais plutôt au travers du contenu contractuel. Il convient ainsi de se concentrer sur les effets de la clause si l'on souhaite en neutraliser l'application. Une difficulté demeure toutefois lorsqu'il s'agit de déterminer les contours de l'expression utilisée par l'article 1170 de l'ordonnance du 10 février 2016 : « priver l'obligation essentielle de sa substance ».

B. La clause ayant pour effet de priver de sa substance l'obligation essentielle

360. L'expression retenue par l'article 1170 du Code civil soulève deux interrogations. La première porte sur le sens qu'il convient de donner à la notion de « substance » de l'obligation

¹⁰⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1969, n°67-11387, *D.* 1969, p. 601, note J. Mazeaud ; Com. 19 janv. 1993, n°91-11805, *Bull. civ. IV*, n°24 ; Cass. 1^{ère} civ. 22 oct. 1975, n°74-13217, *Bull. civ. I*, n°290, *D.* 1976, p. 151, note J. Mazeaud.

¹⁰⁸⁵ Com. 4 mars 2008, n°07-11790, *RDC* 2008, n°3, p. 750 obs. G. Viney.

¹⁰⁸⁶ Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2005, p. 1864, obs. J.-P. Tosi.

¹⁰⁸⁷ Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2485, obs. Th. Génicon.

essentielle (1), tandis que la seconde nécessite de s'attarder sur les effets produits pas la clause (2).

1. La substance de l'obligation essentielle

361. Les expressions utilisées par les juges en matière de clauses limitatives de responsabilité témoignaient jusqu'ici d'une certaine hétérogénéité. L'arrêt *Chronopost* sanctionnait en effet la clause limitative de responsabilité qui « contredit [t] la portée de l'engagement pris », tandis que l'arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010¹⁰⁸⁸ réputait non écrite pour sa part la clause « qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Le législateur a donc saisi l'opportunité de la réforme du droit des contrats pour fixer le vocable une fois pour toutes¹⁰⁸⁹. Doit ainsi être réputée non écrite « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Présenté comme « une disposition redondante et dépassée¹⁰⁹⁰ » par certains, cet article témoigne des difficultés conceptuelles auxquelles se heurte le contrôle des clauses relatives à la responsabilité. La notion n'est pas étrangère au droit des contrats, loin s'en faut. Mais ses usages permettent difficilement d'en livrer une définition univoque. L'erreur substantielle, aujourd'hui renommée en erreur sur les « qualités essentielles », désignait ainsi l'erreur portant à la fois sur les qualités physico-chimiques et la matière de la chose, mais également, sur toutes les qualités en considération desquelles les parties se sont engagées¹⁰⁹¹. La notion de substance a également été utilisée de manière remarquable dans le célèbre arrêt *Les Maréchaux* du 10 juillet 2007¹⁰⁹² dans lequel la Cour de cassation avait affirmé « que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Le raisonnement mené par l'article 1170 du Code civil peut être transposé à la situation visée dans l'arrêt *Les Maréchaux*, l'obligation essentielle étant ici

¹⁰⁸⁸ Com 29 juin 2010, n°09-11841, Bull. IV, n°115, *D.* 2010, 2481, obs. D. Mazeaud. V. également Com. 18 déc. 2007, *D.* 2007, p. 154, obs. X. Delpech qui refusait de sanctionner la clause limitative de responsabilité qui « n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité ».

¹⁰⁸⁹ M. Mekki, Contrats et obligations - Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170), *JCP N.* n° 46, 18 nov. 2016, act. 1227.

¹⁰⁹⁰ M. Leveneur-Azémar, Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, Thèse, Paris 2, 2016, n°459, p. 298.

¹⁰⁹¹ Cf. *supra* n°32-34.

¹⁰⁹² Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007 p. 2839. Plus récemment, Civ. 3^{ème} 26 mars 2013, n°12-14.870, F-D, Sté Trans-Lys c/ Sté 2ts Brévière ; Cass. 3e civ., 15 déc. 2016, n° 15-22844 obs. J.-B. Seube, *RDC* 1^{er} mars 2017, n°1, p. 69.

celle du débiteur¹⁰⁹³, et la prérogative contractuelle désignant alors la mise en œuvre de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité¹⁰⁹⁴.

362. Pour certains auteurs, la notion de substance renverrait à la « donnée économique mise en œuvre juridiquement par le contrat¹⁰⁹⁵ ». Elle est pour d'autres « le cœur du contrat », « sa raison d'être », son « noyau dur¹⁰⁹⁶ ». Dans cette perspective, substance et obligation essentielle seraient en quelque sorte synonymes, l'obligation essentielle renvoyant à la substance du contrat. Faut-il considérer qu'il s'agirait ici de l'objet de la prestation et de son prix ? Oui mais pas uniquement. La substance de l'obligation ne semble pas pouvoir faire l'objet d'une définition *a priori*¹⁰⁹⁷. C'est plutôt par l'effet de la clause incriminée que l'obligation essentielle et partant sa substance, se trouveraient révélées.

2. Les effets produits par la clause

363. L'analyse des effets produits par la clause met en évidence les critères objectifs retenus par les juges dans cette analyse (a) et encourage une typologie des clauses susceptibles de vider de leur substance l'obligation essentielle du débiteur (b).

a. Les critères objectifs retenus par les juges dans l'analyse des effets

364. Alors que certains arrêts semblaient admettre l'éviction de la clause limitative de responsabilité de manière automatique lorsque le débiteur avait manqué à son obligation

¹⁰⁹³ Com. 18 déc. 2007, *D.* 2007, p. 154, obs. X. Delpech : « la directive a pour destinataire l'auteur de l'engagement : ce dernier ne peut stipuler dans le contrat une clause qui porte atteinte à la substance même de son obligation essentielle. Le concept de « substance de l'obligation » semble donc potentiellement faire l'objet de multiples applications et semble promis à un bel avenir. »

¹⁰⁹⁴ Ph. Delebecque, *Prérogative contractuelle et obligation essentielle*, *RDC* 2011, n°2, p. 681. L'auteur opère un parallèle entre l'arrêt *Les Maréchaux* et l'arrêt *Faurecia*, présentant les clauses de responsabilité comme des prérogatives contractuelles par lesquelles les parties déterminent leurs pouvoirs contractuels.

¹⁰⁹⁵ G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, p. 361.

¹⁰⁹⁶ M. Mekki, art. préc. L'expression est également utilisée par Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille, 1981, spéc. n° 132.

¹⁰⁹⁷ O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 293 : « La mise en évidence d'« une » obligation essentielle est souvent une vue de l'esprit, portée par une analyse doctrinale très abstraite des engagements : en réalité, le contrat est généralement composite et éclate en un myriade d'obligations plus ou moins détachables les unes des autres, seule la trame de prestations parallèles et successives finissant par constituer, par agglomération, un noyau central. »

essentielle¹⁰⁹⁸, l'article 1170 privilégie pour sa part l'analyse des effets produits par la mise en œuvre de la clause, pour mieux la neutraliser. Sur ce point, la Cour de cassation semble admettre qu'une clause limitative de responsabilité ne prive pas nécessairement l'obligation essentielle de sa substance¹⁰⁹⁹. L'appréciation de cette privation semble, au regard des décisions rendues, se faire *in concreto*, au cas par cas¹¹⁰⁰. Cette analyse s'appuie sur des éléments objectifs tels que le montant de l'indemnisation due, l'économie générale du contrat¹¹⁰¹ ou encore la répartition des risques¹¹⁰². C'est ainsi que dans un arrêt du 23 mai 2013¹¹⁰³, la troisième Chambre civile a confirmé la validité d'une clause exonératoire de responsabilité contenue dans un bail commercial en indiquant « que seule doit être réputée non écrite une clause limitative de réparation contredisant la portée d'une obligation essentielle du débiteur [...] la clause 17 du contrat de bail, prévoyant la renonciation par le preneur de tous recours en responsabilité contre le bailleur, ses filiales et leurs assureurs, n'exonérait le bailleur que pour les seuls désordres affectant les lieux loués et pour lesquels le

¹⁰⁹⁸ X. Delpech, obs. sous Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007, 654 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait, d'abord, constaté que la société Oracle s'était engagée à livrer la version V 12 du progiciel, objectif final des contrats passés en septembre 1999 et qu'elle n'avait exécuté cette obligation de livraison ni en 1999 ni plus tard sans justifier d'un cas de force majeure, puis relevé qu'il n'avait jamais été convenu d'un autre déploiement que celui de la version V 12, ce dont il résulte un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁰⁹⁹ Com. 18 déc. 2007, *D.* 2007, p. 154, obs. X. Delpech ; Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, obs. D. Mazeaud ; V. aussi plus récemment : CA Amiens, Chambre civile 1, 30 oct. 2015, N° 14/01525 pour une clause limitative de réparation dans un contrat d'assurance automobile prévoyant que l'indemnité due au titre du sinistre vol est réduite de moitié en cas de pièces justificatives manquantes : « La Cour constate que les dispositions de l'article 3.3 des conditions générales du contrat d'assurance automobile liant la société NOVELIA et M. Bernard Deroch constituent une clause limitative de réparation librement acceptée par M. Deroch lors de la souscription du contrat d'assurance, rédigée en termes clairs et précis, et considère, comme le premier juge, qu'elle est opposable à l'assuré, dans la mesure en effet où elle ne contredit pas la portée de l'obligation essentielle de l'assureur, le contrat conservant ainsi sa substance ».

¹¹⁰⁰ Com. 4 mars 2008, n°06-18.893, dans cet arrêt la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir expliqué « en quoi la clause litigieuse comportant une limite financière n'avait pas pour conséquence tant par son objet que par son effet de contredire la portée de cette obligation de réparer et de réviser, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». V. aussi, Com. 8 avr. 2015, n°13-28001, pour un commissionnaire de transport qui avait été condamné à indemniser le commettant et son assureur du préjudice subi du fait de la détérioration des marchandises, alors que le contrat contenait une clause limitative de responsabilité. La Cour de cassation a considéré « qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi la clause litigieuse ôtait toute portée à une obligation essentielle de la société Daher, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹¹⁰¹ Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, obs. D. Mazeud : « pour refuser, contrairement à ce que suggérerait le pourvoi, de réputer non écrite la clause limitative de réparation prévue en cas de manquement du débiteur à son obligation essentielle, la Cour, en se retranchant derrière les constatations des juges du fond, paraît procéder en deux temps. Dans un premier temps, elle se livre à un examen spécifique de la clause appréhendée isolément. [...] Dans un second temps, la licéité de la clause est appréciée à l'aune de l'économie générale du contrat, à savoir non plus isolément mais en contemplation de son environnement contractuel ».

¹¹⁰² *Ibid.* « que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire ».

¹¹⁰³ 3^e civ. 23 mai 2013, n°12-11.652, Inédit.

preneur pouvait être couvert par une assurance, la cour d'appel a pu, sans dénaturation, déduire de ces seuls motifs que la société Pharmacie du Géant Casino ne pouvait prétendre à aucune indemnisation de la part de son bailleur pour les dommages résultant de l'exécution des travaux». Celle solution mobilise donc le critère assurantiel pour mettre en échec l'argumentation du preneur qui estimait, en l'espèce, que la clause exonératoire de responsabilité du bailleur privait son obligation de jouissance paisible des lieux de tout effet. Ainsi, lorsque le preneur est assuré au titre des dommages dont il entend demander réparation au bailleur, la clause qui aurait pour effet d'exonérer le bailleur de son obligation essentielle ne pourrait pas être mise en échec, en raison de l'indemnisation par l'assureur, du dommage dont se prévaut le preneur¹¹⁰⁴.

365. Dans le même esprit, le contrat de construction du Tunnel sous la Manche comportait une clause excluant la réparation de « toute perte de jouissance (partielle ou totale) des travaux, manque à gagner, perte de profit ou perte de contrat » résultant d'une faute quelconque du constructeur¹¹⁰⁵. Le constructeur s'en était alors expliqué en indiquant qu'en l'absence de cette clause, les primes d'assurance qu'il aurait eu à supporter auraient été telles que le marché n'aurait pas pu être conclu. La question du coût des primes d'assurance et de l'assurabilité même du risque n'est donc pas sans conséquence dans l'analyse des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Cela revient toutefois à donner au contrat d'assurance un impact décisif sur la mise en œuvre du contrat de bail, et à considérer que le créancier n'est pas tenu par l'exécution personnelle de son obligation essentielle. Une telle analyse semble pourtant illustrer la démarche actuelle des magistrats lorsque ces derniers sont confrontés à la question des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats conclus entre professionnels.

¹¹⁰⁴ Le critère assurantiel est utilisé par les juges anglais qui s'appuient, lorsqu'ils sont confrontés à des clauses de ce type à l'existence d'une assurance. Il a ainsi été jugé qu'est déraisonnable la clause qui limita la réparation à 100 000 £ alors que le débiteur est couvert à hauteur de 50 millions de £. V. J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 2010, p. 204 et la note de bas de page n°248 : *St Albans City & DC v International Computers Ltd* [1995] FSR 686, aff'd [1996], 4 All ER 481, 491. See also *Salvage Association v CAP Financial Services Ltd* [1995] FSR 654.

¹¹⁰⁵ Ph. Malinvaud, De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité, in *L'avenir du droit, Mélanges Fr. Terré*, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 690 : « On retrouve des clauses du même type dans des contrats beaucoup plus modestes de sous-traitance où le sous-traitant cherche à se protéger contre des risques consécutifs aux éventuels défauts de ses fournitures, et pour lesquels il ne trouverait aucun assureur. »

366. Au-delà de la répartition des risques, d'autres critères objectifs sont mobilisés par les juges lorsqu'il s'agit de valider des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Il s'agit notamment du caractère proportionné de la clause et de la rédaction dans des termes clairs de celle-ci¹¹⁰⁶. La Cour d'appel d'Angers a ainsi validé, dans un arrêt du 2 décembre 2014¹¹⁰⁷, la clause limitative de responsabilité rédigée dans les termes suivants : « Pour tous les dommages imputables à une prestation associée (notamment l'entreposage, la logistique, les systèmes d'information...) et toutes pertes et avaries et toutes conséquences pouvant en résulter, dans le cas où la responsabilité propre du prestataire serait engagée, elle est strictement limitée à la valeur nette de la marchandise déclarée mensuellement avec un plafond de 14,00 euros par kilogramme de poids brut de marchandise concernée, manquante ou non relivrée, sans pouvoir excéder 2 300,00 euros par tonne avec un maximum de 100 000,00 euros par événements, toutes causes confondues. Les préjudices indirects et/ou immatériels ne sont pas indemnisables ». Cette clause, qui porte bien, selon la Cour d'appel, sur une obligation essentielle du dépositaire¹¹⁰⁸, doit cependant être validée, et ce pour deux raisons. La première tient à ce que celle-ci était apparente puisqu'elle figurait au verso de chaque facture mensuelle, et rédigée en termes clairs, et la seconde à ce que le prix payé par le créancier ne permet pas de retenir une disproportion avec le plafond de garantie invoquée par le dépositaire. La lisibilité de la clause et son caractère apparent constituent ainsi des indices objectifs d'un maintien de la substance de l'obligation essentielle. Le juge s'assure par ce moyen que la clause a été librement consentie en vérifiant qu'elle était bien lisible et compréhensible pour le créancier, rejoignant ici la nécessité d'un consentement libre et éclairé. Plus encore, la disproportion entre le prix payé pour le service et le plafond de garantie invoqué par le débiteur de l'obligation essentielle constitue, au contraire, un indice de la privation de la substance de cette même obligation. L'article 1170 du Code civil ne devrait donc pas ouvrir la voie à une neutralisation de l'ensemble des clauses portant sur une obligation essentielle, mais devrait plutôt encourager la référence à des critères objectifs permettant d'apprécier l'effet produit par de telles clauses. Dans cette perspective,

¹¹⁰⁶ Y.-M. Laithier, L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *RDC* 2010, n°3, p. 1091 : « Les juges s'assurent que la clause a bien été acceptée par celui à qui on l'oppose, en vérifiant notamment qu'elle était lisible. Cette règle n'évoluera pas car elle découle de la nécessité d'un consentement éclairé, donc d'une condition essentielle à la formation du contrat. On peut y voir une exigence découlant de la « justice procédurale », c'est-à-dire relevant du processus de conclusion du contrat, mais cette observation est plus didactique qu'utile. »

¹¹⁰⁷ CA Angers, Ch. commerciale, Section A, 2 déc. 2014, n°13/00373 Numéro JurisData : 2014-032694.

¹¹⁰⁸ L'obligation d'apporter à la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent, Art. 1927 C. civ.anc.

l'assurabilité du risque, son coût, le caractère apparent de la clause et sa disproportion avec le montant du prix payé par le créancier de l'obligation essentielle devraient permettre de distinguer les clauses qui portent sur une obligation essentielle de celles qui ont pour effet de priver cette dernière de sa substance. Les parties et leur Conseil auront donc intérêt à préciser ces éléments lors de la rédaction de leurs futurs contrats.

b. La typologie des clauses susceptibles de vider de leur substance l'obligation essentielle du débiteur

367. La généralité de la formulation de l'article 1170 témoigne d'un champ d'application large. Si les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité entrent naturellement dans le champ d'application de cette disposition (α), d'autres clauses semblent pouvoir y trouver leur place en dehors de celles allégeant la responsabilité du débiteur (β).

α . Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité

368. Ces clauses désignent celles par lesquelles une partie limite ou exclut sa responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle¹¹⁰⁹. La clause limitative de réparation aussi appelée clauses limitatives de responsabilité¹¹¹⁰ « a pour objet de limiter à l'avance la réparation due par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation contractuelle¹¹¹¹ », tandis que la clause exonératoire de responsabilité « vise à supprimer l'obligation de réparer le dommage né de l'inexécution d'une obligation¹¹¹² ». Elles sont en quelque sorte la cible naturelle de l'article 1170 puisque ce sont elles qui ont initié les solutions jurisprudentielles en faveur de la neutralisation de ces clauses par le juge lorsqu'elles avaient pour effet de contredire ou de priver l'obligation essentielle du débiteur de sa substance. Plus globalement, certains auteurs ont souligné un mouvement de recul du principe de validité de ces clauses en

¹¹⁰⁹ J. Mestre, J.-Ch. Roda, Les principales clauses des contrats d'affaires, *Lextenso* 2011, p. 585 : « Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité ont pour objet de limiter, voire d'écarter la responsabilité encourue en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse ou d'exécution tardive d'un contrat. »

¹¹¹⁰ On utilise les expressions l'une pour l'autre mais ces deux expressions ne renvoient en réalité pas à la même situation Cf. M. Leveneur-Azémar, Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, Thèse, Paris 2, 2016, n°13 : « une clause limitative de réparation modifierait le montant de l'indemnisation, tandis qu'une clause limitative de responsabilité viendrait jouer sur l'obligation même de réparer le préjudice ». L'on adoptera ici une conception large de la responsabilité entendue comme un synonyme de réparation.

¹¹¹¹ M. Leveneur-Azémar, *op. cit.* n°11 à 14 pp. 8-12.

¹¹¹² *Ibid.*

raison de la prise en compte croissante des déséquilibres entre cocontractants¹¹¹³. On considère habituellement que la clause exonératoire de responsabilité est réputée non écrite lorsqu'elle porte sur une obligation essentielle, tandis que la clause limitative de responsabilité qui porte sur une obligation essentielle sera valable « lorsque la clause vise un type d'inexécution à l'exclusion des autres, ou bien lorsque la limitation de responsabilité n'est pas dérisoire par rapport à la valeur du préjudice réparable¹¹¹⁴ ». C'est en effet la solution qu'a consacrée l'arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010¹¹¹⁵. Initié par l'arrêt Chronopost de 1996¹¹¹⁶, le contrôle de l'atteinte à l'obligation essentielle du débiteur dans les clauses relatives à la responsabilité a connu plusieurs rebondissements¹¹¹⁷ jusqu'à l'arrêt *Faurecia II*¹¹¹⁸. La Chambre commerciale affirme ainsi depuis 2010 que la clause limitative de responsabilité n'est pas sanctionnée par le simple fait qu'elle porte sur une obligation essentielle du débiteur. Il faut encore qu'elle en contredise la portée. Certains auteurs proposent toutefois d'écarter cette distinction pour sanctionner indifféremment les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité lorsqu'elles portent sur une obligation essentielle¹¹¹⁹. Les décisions retenant le caractère abusif d'une clause dans un contrat conclu entre professionnels, au motif qu'elle porterait sur une obligation essentielle sont très rares en pratique et témoignent de la réticence des juges en la matière. La plupart des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité soumises aux juges sont validées par ces derniers lorsqu'elles sont contenues dans des contrats conclus entre professionnels¹¹²⁰. La Cour de cassation¹¹²¹ a récemment écarté la clause exonératoire de responsabilité contenue

¹¹¹³ M. Leveneur-Azémar, *op. cit.* spéc. p. 79.

¹¹¹⁴ Y.-M. Laithier, L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *RDC* 2010, n°3, p. 1091.

¹¹¹⁵ Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, obs. D. Mazeaud.

¹¹¹⁶ Com. 22 oct. 1996, *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n°24, L. Leveneur.

¹¹¹⁷ Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007, 654, obs. X. Delpêche ; Com. com. 18 déc. 2007, *D.* 2007, p. 154 obs. X. Delpech.

¹¹¹⁸ Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, obs. D. Mazeaud

¹¹¹⁹ C. Grimaldi, Les clauses portant sur une obligation essentielle, *RDC* 2008, n°4 p. 1095 : « La question de savoir si une clause peut grever une obligation déterminante ne se pose, en définitive, qu'à l'égard des clauses (élusive ou limitative) de responsabilité. Et nous devons y apporter une réponse négative. L'obligation déterminante est celle sans laquelle une partie n'aurait pas contracté puisqu'elle est déterminante de son consentement. Dès lors, l'inexécution de celle-ci ne devrait pouvoir être compensée que par l'allocation de dommages-intérêts équivalents à ce qui était promis et non à des dommages-intérêts inférieurs, voire inexistant. [...] Nous ne distinguons pas le sort des clauses élusives de celui des clauses limitatives de responsabilité. En effet, dès lors qu'une clause limite le droit du créancier à obtenir l'équivalent de la prestation promise, objet de l'obligation essentielle, elle doit être écartée. »

¹¹²⁰ Pour les clauses limitatives de responsabilité : Com. 18 déc. 2007, *D.* 2007, p. 154 obs. X. Delpech ; Com. 4 mars 2008, n°06-18.893 ; Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, obs. D. Mazeaud ; CA Angers, Ch. commerciale, Section A, 2 déc. 2014, n°13/00373 Numéro JurisData : 2014-032694 ; Com. 8 avr. 2015, n°13-28001 Non publié au Bulletin. Pour les clauses exonératoires : 3^e civ. 23 mai 2013, n°12-11.652, Inédit.

¹¹²¹ 3^e civ. 17 mars 2016, n°14-24979.

dans un bail commercial aux termes de laquelle : « si les prédécesseurs ou le preneur lui-même ont avant le présent bail modifié ou détérioré les conduits ou appareils de chauffage, le bailleur n'en sera pas responsable et le preneur ou sa compagnie d'assurance ou toute autre personne ne pourront opposer cet état antérieur s'il existe, le preneur devant, avant son entrée en jouissance dans les locaux, remettre ou faire remettre en parfait état et conformément aux règlements tous les conduits et appareils de chauffage. » À la suite d'un incendie qui avait pris naissance dans le conduit d'évacuation du grill à charbon de bois installé en 1998 par le précédent locataire, la société preneuse a assigné son bailleur en indemnisation de son préjudice. L'expertise judiciaire a permis de préciser que l'incendie provenait de la pose du conduit d'extraction du grill dans un faux-plafond sans trappes de visite, rendant impossible un ramonage efficace et de l'encrassement de ce conduit par l'accumulation des résidus de combustion. La Cour d'appel¹¹²² et la Cour de cassation à sa suite ont estimé que les bailleurs informés des plans, travaux et devis avaient à l'époque donné leur accord pour l'installation du grill sans vérifier sa conformité avec les règles de sécurité. Partant, les bailleurs avaient mis à la disposition de la société demanderesse, des locaux non conformes à l'activité de café-restaurant, et avaient manqué à leur obligation essentielle de délivrance, la clause sur laquelle elle portait étant inefficace. L'obligation essentielle sanctionnée ici est celle qui consiste, pour le bailleur, à assurer la jouissance paisible du local commercial.

369. Cette décision semble toutefois marginale, et certains auteurs¹¹²³ militent en faveur d'un contrôle des clauses relatives à la responsabilité non sur le fondement de l'article 1170 du Code civil, présenté comme inadapté, mais sur celui de l'article 1171. Selon ces auteurs, ce contrôle se concentre de plus en plus sur l'équilibre du contrat et non sur l'identification de l'obligation essentielle¹¹²⁴. Le contrôle opéré aux termes de l'arrêt *Faurecia II* reviendrait en effet à concentrer l'attention des juges non pas sur l'obligation essentielle, mais sur le déséquilibre flagrant. « Grâce à ce glissement du contrôle de la contradiction à celui du déséquilibre contractuel, la notion d'obligation essentielle, qualifiée d'“imprévisible et fluctuante”, ou encore de “vaporeuse et incertaine”, est évincée¹¹²⁵ ». À cette fin, la notion de déséquilibre apparaît comme la plus à même de mener ce contrôle. Plus précisément, il s'agira de rechercher si la clause limitative ou exonératoire de responsabilité « entraîne une négation

¹¹²² CA Poitiers, 15 nov. 2011, Chambre civile 2, n° 695, 10/04004.

¹¹²³ M. Leveneur-Azémar, *op. cit.* n°450, 451 pp. 291-292.

¹¹²⁴ M. Leveneur -Azémar, *op. cit.* date le début de ce mouvement à l'arrêt *Faurecia II*.

¹¹²⁵ M. Leveneur -Azémar, *op. cit.* n°450, p. 291.

totale du droit d'agir en réparation contre le débiteur défaillant¹¹²⁶ ». Ainsi les clauses exonératoires de responsabilité ou celles limitatives fixant une réparation dérisoire du préjudice pourraient-elles tomber sous le coup de l'article 1171 du Code civil. Ces auteurs assimilent donc la clause limitative de responsabilité dérisoire à une clause exonératoire. En dehors de ces dernières, il conviendra d'écarter l'article 1171 du Code civil en présence d'une clause limitative de responsabilité dès lors qu'elle ne présente pas « de véritable risque de déséquilibre¹¹²⁷ ».

370. Les clauses limitatives de responsabilité qui ne fixent pas un montant de réparation dérisoire devraient donc échapper à la sanctionner de l'article 1170, tandis que les clauses exonératoires, en ce compris les clauses limitatives dérisoires, devraient être analysées comme privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Nous ne pensons pas, à la différence des auteurs dont il a été fait mention, que le contrôle opéré sur le fondement de l'article 1170 doive être délaissé au profit d'un contrôle du déséquilibre significatif. S'il est vrai que la proximité de ces deux dispositions donne à voir un effet d'inclusion réciproque, la bonne articulation de ces articles suppose d'identifier leurs champs d'application respectifs. À cette fin, le contrôle des clauses exonératoires et limitatives de responsabilité devra être exercé à l'aune de l'article 1170. Il appartiendra alors au juge de s'attacher à l'identification de l'obligation essentielle avant de rechercher si la substance de cette dernière est privée par l'effet d'une exonération totale de responsabilité ou par l'effet d'un plafond d'indemnisation dérisoire. D'autres clauses, en dehors de ces dernières, présentent encore un intérêt au regard de l'article 1170 du Code civil.

β. Les clauses abusives en dehors des clauses relatives à la responsabilité

371. Il existe en dehors des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité une multitude de clauses dont l'effet consiste à priver l'obligation essentielle du débiteur de sa substance et dont la présente étude n'entend pas rendre compte de manière exhaustive¹¹²⁸. Certaines d'entre elles méritent toutefois une attention particulière en raison de leur présence

¹¹²⁶ M. Leveneur-Azémar, *op. cit.* n°452, p. 293.

¹¹²⁷ M. Leveneur-Azémar, *op. cit.* n°454, p. 295.

¹¹²⁸ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°336, p. 298. Ces auteurs donnent l'exemple des clauses relatives à la prescription, les clauses indemnitaires, les clauses de non-garantie, les clauses de répartition des risques, les clauses de réclamation, les clauses de couverture, les clauses de divisibilité, clauses probatoires etc.

dans les contrats conclus entre professionnels. Il s'agit notamment des clauses de non-obligation, des clauses de renonciation à recours et enfin des clauses compromissaires.

- **Les clauses de non-obligation**

372. Les clauses de non-obligation, à la différence des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, désignent celles par lesquelles une partie s'arroge le droit de ne pas exécuter une de ses obligations¹¹²⁹. Il n'est pas nécessaire alors de constater une inexécution contractuelle comme pour les clauses limitatives ou exonératoires. Si l'obligation en question est essentielle, cette clause sera alors réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170. La clause pénale doit, elle aussi, être distinguée des clauses limitatives et exonératoires en raison de son caractère comminatoire. Elle a pour but en effet d'assurer l'exécution du contrat¹¹³⁰. Son caractère comminatoire « résultera soit du montant très élevé de la peine, soit de la forme de la peine¹¹³¹. » L'ordonnance du 10 février 2016 la consacre aux termes d'un article 1231-5¹¹³² et semble mettre définitivement un terme au débat doctrinal portant sur la différence entre la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire¹¹³³, dans la mesure où les anciens articles 1226 et 1152 semblent avoir fusionné au profit d'une disposition unique. Les clauses pénales seront donc exclues du champ d'application de l'article 1170 du Code civil. D'autres clauses permettent pour leur part de venir limiter les voies de recours ordinairement

¹¹²⁹ N. Gras, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand, 2014, n°65, p. 62 : « En cas d'inexécution, la clause de non obligation décharge complètement le contractant qui, dès la formation du contrat, a fait part de son non-engagement sur ce point, alors que la clause de non-responsabilité le décharge seulement de sa responsabilité ».

¹¹³⁰ Bigot de Préameneu, *in* Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. XIII, p. 261 : « La fin qu'on se propose par une clause pénale est d'assurer l'exécution de l'obligation principale ».

¹¹³¹ D. Mazeaud, La notion de clause pénale, Thèse, LGDJ, 1992, p. 75, n°128.

¹¹³² Art. 1231-5 : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. « Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

¹¹³³ D. Mazeaud, La notion de clause pénale, Thèse, LGDJ, 1992, p. 75, n°269 : « À dire vrai, la seule ressemblance qui existe toujours entre ces clauses est purement formelle. [...] En réalité, la clause pénale a pour but, pour fonction, pour cause, l'exécution de l'obligation principale et originelle. Elle est conclue pour garantir cette exécution. Elle a donc un caractère comminatoire irréductible et cela quel que soit son montant. Quant à elle, la clause d'indemnisation forfaitaire a pour finalité la simple évaluation conventionnelle de la réparation. » Notons que malgré certains arrêts isolés la Cour de cassation ne semblait pas reprendre cette distinction à son compte ces dernières années, V. pour illustration Civ. 3^e, 21 mai 2008, pourvoi n° 07-12848, *RDC* 2008, n°4, p. 1257 obs. J.-B. Seube.

offertes aux cocontractants et soulèvent à ce titre la question de leur compatibilité avec l'article 1170.

- **Les clauses de renonciation à recours**

373. Les clauses qui pourraient avoir pour effet de priver l'une des parties de la faculté de faire sanctionner une inexécution contractuelle devraient, elles aussi, pouvoir tomber sous le coup de l'article 1170 lorsque l'obligation visée par cette interdiction de recours est essentielle¹¹³⁴. Une obligation essentielle est en effet vidée de sa substance lorsqu'il est impossible pour son débiteur de voir sanctionner le manquement de son créancier à cette dernière. Ces clauses de « renonciation à recours¹¹³⁵ » ou clauses de non-contestation se présentent comme des clauses exonératoires de responsabilité, mais présentent la particularité d'être formulées, non pas en faveur du débiteur, comme cela est le cas en matière de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, mais comme des déclarations du créancier lui-même. Si ces clauses peuvent en théorie porter sur n'importe quelle obligation contractuelle, « en pratique toutefois, certaines obligations présentent un caractère tellement essentiel qu'il paraît difficilement concevable d'admettre la validité de la renonciation à agir en justice sur leur fondement.¹¹³⁶ » La validité de ces clauses « ne s'apprécie pas tellement au regard des conditions postulées par les exigences tenant à la renonciation, qu'au regard du ou des recours eux-mêmes auxquels la ou les parties intéressées renoncent.¹¹³⁷ » S'interrogeant sur la question de savoir si « certains droits ne sont pas, malgré tout, rebelles à une renonciation¹¹³⁸ », le Professeur Delebecque estime que la liberté contractuelle ne permet pas de faire échec à la clause de renonciation d'une action en nullité, en résolution judiciaire¹¹³⁹,

¹¹³⁴ Pour une illustration en matière de consommation Civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009 : *RDC* 2009, n°4, p. 1426 obs. D. Fenouillet. Ici la clause autorisait un établissement d'enseignement à conserver les sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou exécuter le contrat.

¹¹³⁵ Ph. Delebecque, Les renonciations à recours, *in* Études offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz Litec, 2006, p. 563 à 575. Pour l'auteur, la clause de non-recours ne serait qu'une forme de clause de non-responsabilité. V. aussi, J. Mestre, J.-Ch. Roda, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso 2011, p. 697 : « De façon générale, les clauses de non-recours expriment une renonciation au droit d'agir en justice sur le fondement ou à l'occasion du contrat. Elles permettent au débiteur de limiter les actions en justice auxquelles il pourrait être exposé en cas d'inexécution de ses obligations, ou lui permettent de s'interdire lui-même de se retourner contre ses co-débiteurs, qu'il s'engage ainsi à garantir – cas de la clause par laquelle une partie déclare « faire son affaire personnelle » de telle ou telle situation ».

¹¹³⁶ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* p. 699.

¹¹³⁷ Ph. Delebecque, *op. cit.* spéc. p. 566.

¹¹³⁸ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* spéc. p. 569.

¹¹³⁹ Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203, FS-P+B, *Gaz. Pal.* 12 janv. 2012, p. 17, obs. D. Houtcieff : « Le demandeur au pourvoi suggérait d'ériger le caractère « essentiel » de l'obligation en obstacle à la validité de la

en dommages et intérêts, ou encore en garantie hors les cas où un texte impératif l'interdit¹¹⁴⁰. L'auteur n'est pas favorable, en effet, à la transposition de la jurisprudence sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité aux clauses de renonciation¹¹⁴¹. Nous ne partageons pas cette analyse dans la mesure où le texte de l'article 1170 ne distingue pas entre les clauses allégeant la responsabilité et les autres. Il apparaît donc possible, comme en matière de clauses limitatives et exonératoires, de distinguer selon que la clause a pour effet de priver le créancier de tous recours ou seulement de certains. Alors qu'il serait opportun de réputer non écrite la clause lorsque l'obligation sur laquelle le créancier se fonde pour agir est une obligation essentielle¹¹⁴², la clause pourrait être valable lorsqu'elle ne vise qu'un type de recours permettant ainsi au créancier qui s'appuie sur une obligation essentielle, d'en exercer un autre. La clause de renonciation à une action en résolution judiciaire serait donc valable dès lors qu'elle préserve le droit du créancier à solliciter l'exécution forcée du contrat, la mise en œuvre de la clause résolutoire ou bien encore l'action en dommages et intérêts. La clause par laquelle le créancier renoncerait à exercer un recours en exécution forcée du contrat ou en résolution paraît néanmoins devoir être sanctionnée dès lors qu'elle a pour effet de contredire l'obligation essentielle d'exécuter son engagement¹¹⁴³. Il faut ajouter que certains contrats

clause litigieuse. Ce critère formel a justement été écarté par la Cour de cassation. Sans revenir ici sur les difficultés d'identification de la notion d'« obligation essentielle » dans certaines circonstances, la solution proposée par le vendeur porte en elle deux effets pervers : l'incohérence et l'illusion. L'incohérence d'abord, parce que le prononcé de la résolution dépend de l'importance de l'inexécution, laquelle ne découle pas toujours du type d'obligation violée. Il aurait donc fallu faire le départ entre le manquement d'une suffisante gravité caractérisé par l'inexécution (totale ou partielle ?) d'une obligation essentielle et le manquement d'une suffisante gravité caractérisé différemment, afin de déterminer si la clause est valable ou non. Ce système ne repose sur aucune justification rationnelle (la clause de renonciation à la résolution judiciaire n'est pas une clause allégeant les obligations) et entraîne de surcroît une complexité pratique inutile. L'illusion ensuite, parce qu'il n'est pas rare, en fait, que la violation d'une obligation essentielle permette aux juges du fond de retenir la gravité suffisante du manquement. Dès lors, le principe de validité de la clause de renonciation à la résolution judiciaire aurait été d'emblée vidé de sa substance, en ne s'appliquant que dans les cas, nettement moins nombreux, où le prononcé de la résolution est justifié malgré l'exécution des obligations essentielles. » V. Précédemment Com. 7 mars 1984 : Bull. civ. 1984, IV, n° 93 ; *JCP G* 1985, II, 20407, note Ph. Delebecque.

¹¹⁴⁰ Pour exemple Art. 1792-5 du C. civ.

¹¹⁴¹ Ph. Delebecque, *op. cit.* spéc. p. 575, l'auteur propose toutefois de « distinguer selon que l'engagement porte sur des questions entrant partiellement dans la sphère de diligence du débiteur (*e.g.* dans une cession de créance, les litiges pouvant émaner du cédé) ou sur des questions entrant totalement dans cette sphère (*e.g.* dans un contrat de bail, les grosses réparations incombant au bailleur).

¹¹⁴² Pour un exemple de clause contenue dans un contrat de bail : « Le PRENEUR s'interdit de réclamer au bailleur tout dommage et intérêt au cas où de l'eau ou de l'humidité se produirait dans les locaux loués et qui pourrait lui occasionner un préjudice quelconque étant bien stipulé qu'il déclare faire son affaire personnelle pour les infiltrations d'eau qui se produisent ou pourront se produire tant dans les locaux loués que dans la cave consentie à titre gratuit. » L'on peut considérer ici que la clause tend à limiter les recours du preneur portant sur l'obligation essentielle de son bailleur de lui assurer une jouissance paisible du local commercial. Cette clause est toutefois valide dans la mesure où elle se limite à interdire au preneur de réclamer des dommages et intérêt, et non tout recours.

¹¹⁴³ Ph. Delebecque, Les renonciations à recours, in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz Litec, 2006, n°14, p. 571 : « Du reste, certains droits peuvent être considérés comme inhérents à telle ou telle situation

d'affaires instaurent des clauses de non-recours portant sur une obligation essentielle, mais dans cette hypothèse le cocontractant qui s'exonère de son obligation donne mandat à son créancier d'exercer en son nom et place les actions qu'il est en mesure d'exercer à l'encontre de son propre cocontractant. C'est le cas du crédit-bail dans lequel sont quasi systématiquement retenues des clauses de non-recours du preneur envers le crédit bailleur dans l'hypothèse où celui-ci manquerait à son obligation de garantir une jouissance paisible du bien, mais où ce dernier donne dans le même temps mandat à son preneur pour exercer en son nom et place les actions en délivrance et en garantie à l'encontre de son fournisseur¹¹⁴⁴.

374. Un dernier type de clause et non des moindres en pratique nous invite à s'interroger sur sa compatibilité avec les dispositions de l'article 1170. Il s'agit des clauses compromissaires.

- **Les clauses compromissaires**

375. Les clauses compromissaires¹¹⁴⁵ soulèvent à leur tour la question de leur éventuel caractère abusif sur le fondement de l'article 1170 du Code civil¹¹⁴⁶. C'est le cas notamment lorsque ces clauses constituent un obstacle financier à la résolution du litige. Ce sont sans doute ces considérations qui ont poussé le gouvernement à déposer devant l'Assemblée nationale dans le cadre du projet de loi pour la croissance et l'activité n° 2447, un amendement en date du 8 janvier 2015 tendant à voir déclarer non écrite la clause

contractuelle ou même à l'existence d'une relation contractuelle. C'est ce qui nous fait douter de la validité des renonciations à toute action en exécution forcée, lorsque celle-ci est possible, car il s'agit de l'action contractuelle par essence. [...] C'est aussi ce qui nous avait conduit à émettre des réserves à l'égard des clauses portant renonciation à toute action en résolution dans un contrat synallagmatique. » V. sur ce point Cass. Req. 19 janv. 1863, *D.P.* 1863, 1 p. 248 au sujet d'une clause emportant renonciation tant à l'exécution qu'à la résolution du contrat. La Chambre des requêtes avait qualifié cette clause de « clause insolite [...] en opposition manifeste avec le principe de tout contrat. »

¹¹⁴⁴ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* p. 699. V. Com. 24 mai 1994, n°92-18953, *CCC* 1994, com. 192 L. Leveneur.

¹¹⁴⁵ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* spéc. p. 285 : « La clause compromissoire a pour objet de soustraire à la justice étatique tout ou partie des différends qui pourraient survenir à propos du contrat dans lequel elle est insérée, pour les soumettre à l'arbitrage. »

¹¹⁴⁶ M. De Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013. V. aussi en matière de consommation, l'art. R. 132-2, 10° du Code de la consommation qui fait figurer au rang des clauses grises la clause ayant pour objet ou pour effet de : « Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. »

compromissoire figurant dans une convention d'affiliation¹¹⁴⁷. Bien que l'amendement en question ait été abandonné avant toute discussion, il témoigne de ce que les clauses compromissaires peuvent avoir pour effet de vider le contrat de sa substance lorsque les parties se distinguent par la disparité de leur puissance économique.

376. Si cette clause est parfaitement valable lorsqu'elle figure dans un contrat conclu entre professionnels « il est entendu que, économiquement et socialement sans doute, le poids d'une telle clause est éminemment plus lourd pour le franchisé que pour le franchiseur¹¹⁴⁸ » pour ne prendre que cet exemple. Cet avis n'est pas partagé par tous les auteurs dont certains insistent sur les dangers d'un contrôle des clauses compromissaires, dont le critère reposerait sur l'adhésion des parties au contrat¹¹⁴⁹. Les clauses processuelles dont relève la clause compromissoire sont ainsi appréhendées comme « ne faisant pas partie de l'économie du contrat¹¹⁵⁰ » à la différence des « clauses contractuelles substantielles¹¹⁵¹ ». Cette séparabilité¹¹⁵² de la clause compromissoire et des clauses processuelles en générale est la conséquence de la survivance nécessaire de ces dernières lorsqu'un différend survient relativement au contrat. L'article 1447 alinéa 1 du Code de procédure civile dispose ainsi que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. » Cela conduit à appréhender la clause compromissoire comme « une entité supérieure¹¹⁵³ » et non comme « une simple clause¹¹⁵⁴ ». Il faudrait alors dissocier dans la convention d'arbitrage la prestation caractéristique, recourir à l'arbitrage, des clauses contractuelles venant préciser cette prestation. La première clause ne pourrait

¹¹⁴⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2447/CSCRACTIV/SPE1637.asp> L'amendement a été retiré avant discussion devant l'Assemblée nationale.

¹¹⁴⁸ CEPC, Avis n°04-06 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaire du 1^{er} janvier 2009. V. pour une approche plus nuancée de la faiblesse du franchisé soumis à une clause compromissoire M. De Fontmichel, *op. cit.* n°365, p. 211.

¹¹⁴⁹ M. De Fontmichel, *op. cit.* n°366, p. 211

¹¹⁵⁰ De Fontmichel, *op. cit.* n°368, p. 212 ; S. Pierre-Maurice, Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices, in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross, Presses Universitaires de Nancy, p. 243 ; J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000, p. 382.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² Pour la consécration de l'autonomie de la clause d'arbitrage internationale par rapport au contrat principal Civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP* 1963, II, 13405, obs. B. Goldman ; Pour la reconnaissance du même principe end droit interne Civ. 2^e 4. Avr. 200, *Barbot c/ Bouygues Bâtiment*, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (1^{ère} esp.), note P. Didier et Com. 9 avr. 2002, *Toulousy c/ Philan*, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (2^{ème} esp.), note P. Didier ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2013, n°603, p. 506 et n°75, pp. 84-85 ; Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, 1969, n°87, pp. 103-104.

¹¹⁵³ De Fontmichel *op. cit.* n° 373, p. 214. Pour une interprétation contraire, V. J. Billemont, La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, Université Lille 2, 2009, n°427.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

jamais être atteinte par un contrôle judiciaire du type de celui prévu par l'article 1170 ou 1171, tandis que les autres pourraient, elles, révéler un déséquilibre contractuel sanctionnable¹¹⁵⁵. Le juge devrait notamment s'assurer que les modalités de l'arbitrage, telles que le lieu, le coût n'ont pas eu pour effet de créer un déséquilibre contractuel au détriment d'une partie¹¹⁵⁶. Cette solution tendrait en conséquence à faire relever la clause compromissoire davantage de l'article 1171 que de l'article 1170 du Code civil¹¹⁵⁷. Cette solution permet de préserver les spécificités de la clause compromissoire en assurant le respect du droit au recours à la justice privée dans les contrats d'affaires tout en maintenant un contrôle des déséquilibres que peuvent produire les modalités de mise en œuvre de ce droit.

377. L'adaptabilité de l'article 1170 aux déséquilibres susceptibles de survenir à l'occasion de l'exécution d'une clause compromissoire révèle la proximité de cet article et de l'article 1171, questionnant en cela la pertinence de ce mécanisme dans les relations d'affaires.

II. La pertinence du dispositif

378. La pertinence du mécanisme instauré par l'article 1170 peut être débattue au regard de celui instauré par l'article 1171 portant sur les clauses créant un déséquilibre significatif (A), comme au regard du contexte des relations d'affaires dans lequel il tend à se diffuser (B).

A. La cohabitation des articles 1170 et 1171 du Code civil

379. À ce stade de la réflexion, la question de la distinction entre les clauses abusives au sens de l'article 1170 et celles qui le sont aux termes de l'article 1171 du Code civil se pose nécessairement. Existe-t-il une différence de nature entre les clauses qui privent de substance l'obligation essentielle du débiteur et celles qui créent un déséquilibre significatif

¹¹⁵⁵ De Fontmichel, *op. cit.* n°391, p. 221.

¹¹⁵⁶ *Ibid.* : « Ainsi, une modalité désignant le lieu d'un arbitrage éloigné de la partie professionnel faible ou un coût prohibitif pour un professionnel en situation d'impécuniosité pourraient être sanctionnés en préservant toutefois l'arbitrage comme for pour trancher le litige. »

¹¹⁵⁷ De Fontmichel, *op. cit.* n°404, p. 27 : « La notion de déséquilibre née d'une convention d'arbitrage peut se rapprocher de celle du déséquilibre significatif retenu en matière de clauses abusives. »

entre les droits et obligations des parties ? La confusion des dispositifs (1), révèle en réalité une hiérarchie implicite entre les dispositifs (2).

1. La confusion des dispositifs

380. La confusion des dispositifs en droit commun des contrats (a) comme en droit des pratiques restrictives (b) révèle la parenté des dispositifs

a. La confusion des dispositifs dans le droit commun des contrats

381. La distinction entre le dispositif prévu à l'article 1170 et celui figurant à l'article suivant du Code civil n'est pas évidente. Pour certains auteurs¹¹⁵⁸ elle n'aurait pas lieu d'être, dans la mesure où la clause qui contredit l'obligation essentielle se confond avec celle qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties¹¹⁵⁹. Pour d'autres, au contraire, « une clause qui crée un déséquilibre significatif n'est pas une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle.¹¹⁶⁰ » L'on serait tenté de dire alors que l'article 1171 pourrait à terme absorber l'article 1170, toutes les fois que la clause litigieuse se trouve dans un contrat d'adhésion, l'article 1171 étant formulé plus largement que l'article 1170. Les

¹¹⁵⁸ D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, *RDC* 2008, n°3, p. 1030 : « il n'y a pas de différence tangible entre une clause limitative de responsabilité, une clause limitative de garantie, une clause de non-concurrence ou l'un de ses clones, une clause d'exclusivité, une clause d'inaliénabilité, une clause de restitution en nature des cuves, une clause d'agrément, etc., pour reprendre ici l'analyse, en termes de validité, de clauses particulièrement topiques que l'on pourrait considérer ou bien comme restrictives d'une liberté ou bien comme identifiant une opportunité dont l'exécution ou les termes peuvent, parfois, être exagérés. Dès lors peu importe la technique utilisée dès lors que les juristes se seront entendus, éventuellement d'ailleurs par le truchement des tribunaux, sur les clauses limitatives de responsabilité et, plus globalement sur les clauses abusives, au sens générique du terme et point en son sens technique français : l'éradication automatique, sur le modèle des « clauses abusives » telles qu'on les entend ici, par l'application de la technique de la proportionnalité, surtout, pour apprécier, éventuellement, le caractère abusif de telle clause, et appliquer une sanction adaptée (annulation, réduction, suspension, etc.). »

¹¹⁵⁹ V. dans ce sens, Art. R. 212-1, 6° Code cons. : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». Cette qualification n'est pas réservée aux clauses limitatives ou exonératoires portant sur une obligation essentielle, mais s'applique à celles qui portent sur une obligation quelconque du professionnel.

¹¹⁶⁰ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°368, p. 330. Les auteurs considèrent qu'« il y a une différence de degré qui doit inviter les intermédiaires à ne sanctionner au moyen de l'article 1170 nouveau du Code civil que les clauses les plus exorbitantes, celles qui portent atteinte à la raison d'être du contrat. » Dans le même sens, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 295 : « sauf à renoncer à toute cohérence législative (et même à toute cohérence juridique), il est hors de question que l'article 1170 puisse devenir un instrument de contournement de l'article 1171 et des restrictions d'application qu'il pose. »

critères utilisés par les juges anglais en matière de contrôle des clauses « déraisonnables » reposent sur une pluralité de critères objectifs faisant apparaître le rapprochement nécessaire entre les clauses abusives qui privent l'obligation essentielle de sa substance, et celles qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. En effet, les juges anglais prennent notamment « en considération le rapport de force entre les parties (donc le caractère négocié ou non du contrat), l'existence éventuelle d'un avantage reçu en contrepartie de la clause (par exemple une réduction du prix), la possibilité qu'avait ou non le créancier d'obtenir ailleurs la même prestation sans subir la clause. » Ces critères sont vraisemblablement les mêmes que ceux que les juges français mobiliseront dans le cadre de l'application de l'article 1171 du Code civil. Le droit allemand inclut, lui aussi, le contrôle judiciaire des clauses limitatives de responsabilité dans le giron de l'article 307 du BGB qui dispose que peut être déclarée nulle la clause qui désavantage injustement le cocontractant contrairement à l'obligation de bonne foi. Dans cette perspective, le contrôle des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité se confond avec le contrôle du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. C'est en tout cas ce que laisse envisager le droit des pratiques restrictives de concurrence.

b. La confusion des dispositifs en droit des pratiques restrictives

382. L'étude du sort réservé aux clauses limitatives et exonératoires de responsabilité dans l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce apporte un éclairage à la question de la concurrence des dispositifs de protection offerts par les articles 1170 et 1171 du Code civil. Les clauses sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° sont très diverses¹¹⁶¹ et témoignent dans la majorité des cas d'un pouvoir unilatéral que se serait arrogé une partie, le plus souvent un distributeur, plaçant ainsi son cocontractant dans une situation

¹¹⁶¹ Clauses de retour des invendus T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n° 2009/02296 ; T. com. Bobigny, 29 mai 2012, n° 2009/F01541, min. de l'Économie contre Établissements Darty et Fils. ; CA Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651, EMC Distribution, *D.* 2014, p. 893, obs. D. Ferrier ; clause obligeant les fournisseurs à intervenir à l'instance T. com. Paris, 20 mai 2014, n° 2013/070793, société le Galec ; *RDC* 2014, p. 672, obs. M. Behar-Touchais ; une clause de révision de prix prévoyant que le fournisseur devrait baisser ses tarifs sans discussion et sans que le distributeur n'ait à le demander, lorsque les éléments concourant à ce prix ont eux-mêmes baissé, une clause autorisant la modification des délais de paiement CA Rennes, 17 mars 2011, n° 09/06455. – CA Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746 ; une clause relative au règlement des services facturés par les fournisseurs aux distributeurs et présentant une différence de traitement à l'avantage du distributeur T. com. Lille, 6 janv. 2010, n° 2009/05184, Castorama ; ou bien encore une clause permettant au distributeur de déréférencier unilatéralement un fournisseur, sans préavis ni indemnisation, en raison d'une sous-performance du produit directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit, F-D, Provera.

d'incertitude. Il ressort de la plupart de ces décisions que les clauses incriminées ne s'assimilent pas à des clauses vidant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur au sens de l'article 1170 du Code civil.

383. Seules deux décisions ont eu à se prononcer sur la compatibilité de l'article L. 442-6, I, 2° avec des clauses exonératoires de responsabilité¹¹⁶². L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux portait sur un contrat de vente d'une semi-remorque, dont les conditions générales de vente précisait que « les délais de livraison sont toujours donnés à titre indicatif sauf stipulation expresse contraire. Aucun dépassement de délai n'ouvre droit à dommages et intérêts au profit de l'acheteur ni à retenue ni à annulation ou résolution de la commande ». Cette précision contredisait le bon de commande lequel faisait apparaître une date de livraison précise. La solution donnée par les juges d'appel se fonde à la fois sur l'article 1131 du Code civil ancien et sur l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Les juges déclarent ainsi qu'« appliquer purement et simplement les seules conditions générales précitées concernant le délai de livraison et donc une clause limitative de responsabilité reviendrait ici à contredire l'obligation essentielle du vendeur de livrer la chose à la date convenue et donc la portée de l'engagement pris par lui. Aussi, cette clause doit être réputée non écrite en application de l'article 1131 du Code civil ». Ils ajoutent encore qu'« alors que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, qu'elles obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, que dans les relations entre professionnels, en vertu notamment de l'article L. 442 - 6 du Code de commerce, peuvent être sanctionnées des clauses qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, appliquer une telle clause reviendrait sans contrepartie à priver l'acquéreur de toute possibilité de résiliation et à le contraindre à payer des dommages et intérêts à son vendeur, alors que celui-ci a manqué à l'une de ses obligations essentielles : livrer la chose commandée à la date convenue. » La clause exonératoire de responsabilité n'est donc pas directement fondée sur l'article L. 442-6, I, 2° mais sur les fondements conjoints de la cause et du déséquilibre significatif. La démonstration repose toutefois davantage sur le droit commun des contrats que sur celui des pratiques restrictives de concurrence. Cette décision laisse penser que le déséquilibre significatif ne se superpose pas

¹¹⁶² CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453 et CA Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746, Numéro JurisData : 2011-033874SA Delmond Foies Gras c/ Sté Tolerie Chaudronnière Mécanique.

parfaitement à la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, qu'il n'en constitue pas, tout du moins, le fondement légal exclusif et suffisant.

384. Ce sentiment est confirmé par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 18 mars 2014¹¹⁶³. Il s'agissait ici d'un contrat d'ouverture de compte client précisant que les délais de livraison étaient donnés à titre indicatif et que le retard dans la livraison ne pouvait donner lieu à pénalités ou dommages et intérêts. La Cour d'appel de Toulouse a jugé que « la clause opposée à M. R. est présumée licite entre professionnels et ne peut être réputée non écrite que si elle contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Or en l'espèce, l'obligation consiste en la fourniture de l'ouvrage commandé, et il ne ressort ni des mentions générales ("semaine de livraison souhaitée"), ni de mentions particulières figurant sur les documents contractuels, notamment les bons de commande, que la date de livraison demandée par M. R. avait un caractère impératif. D'ailleurs, le dépassement de la date souhaitée n'a provoqué aucune réaction ni mise en demeure de sa part. » L'analyse retenue par les juges d'appel semble donc bien reprendre celle utilisée dans l'arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010. En conséquence, que ce soit pour écarter la clause ou pour la valider, les juges confrontés à la question de la validité d'une clause limitative de responsabilité au regard de l'article L. 442-6, I, 2° semblent opérer un pas de côté dans l'application des critères habituels en la matière, au profit d'un fondement légal autonome aujourd'hui incarné par l'article 1170 du Code civil.

385. Ces décisions conduisent à interroger l'existence d'une hiérarchie implicite entre les deux dispositifs.

2. La hiérarchie implicite des dispositifs

386. Les articles 1170 et 1171 constituent des critères concurrents de caractérisation d'un déséquilibre contractuel. On peut néanmoins s'interroger sur l'intensité du déséquilibre visé dans chacun de ces articles. Alors que l'article 1171 sanctionne un déséquilibre significatif, entre les droits et les obligations des parties, l'article 1170 semble renvoyer à une affection contractuelle plus grave et plus radicale dans ses effets. C'est du moins ce que laissent penser les arrêts rendus en matière de pratiques restrictives. Les juges ne se contentent pas de

¹¹⁶³ CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453.

constater l'existence d'un déséquilibre significatif, mais ils ajoutent que la clause litigieuse revient à « contredire [re] la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur¹¹⁶⁴ ». Le déséquilibre significatif ne serait en conséquence qu'un symptôme de la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Cette appréciation est confortée par les définitions données à l'obligation essentielle. Cette obligation est celle sans laquelle le contrat est incapable de produire ses effets, perd son sens¹¹⁶⁵. Le déséquilibre produit par la clause visée par l'article 1170 du Code civil serait donc doté d'une intensité supérieure à celle du déséquilibre significatif¹¹⁶⁶, en ce qu'il affecterait un élément structurel du contrat, la contrepartie convenue. Une fois cette hiérarchie posée demeure cependant l'articulation en pratique des articles 1170 et 1171. Faut-il considérer qu'une partie ne pourra pas invoquer l'article 1171 au soutien de sa demande tendant à voir réputer non écrite la clause limitative de responsabilité qui ne remplit pas les critères de l'article 1170 ? Certains auteurs le défendent¹¹⁶⁷, et il faut reconnaître que cela reviendrait à contourner aisément l'article 1170. Rien ne permet toutefois, dans le texte, de condamner une telle pratique. Une telle appréciation repose au demeurant sur l'idée selon laquelle les critères du déséquilibre significatif seraient plus faciles à caractériser que ceux de l'article 1170. Il est permis d'en douter dans la mesure où il faudra que le demandeur se situe dans le champ circonscrit du contrat d'adhésion, et qu'il puisse faire la preuve d'un défaut de réciprocité ou de commutativité quantitatif ou qualitatif à l'échelle de la clause. Autant de raisons de penser donc que l'article 1171 ne devrait pas vider de sa substance l'article 1170 du Code civil.

387. L'on peut en conclure que le contrôle de la validité des clauses limitatives et exonératoires est bien marqué par la spécificité de la démarche sur laquelle il repose, laquelle

¹¹⁶⁴ CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453.

¹¹⁶⁵ S. Bros et C. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°637, p. 684 : « Si la suppression d'une obligation ou les limites apportées au contenu d'une obligation viennent ôter au contrat son utilité, il faut admettre que l'accord des volontés dans une qualification donnée manque son but. »

¹¹⁶⁶ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 295 : « L'article 1170 se place de toute évidence à un degré nettement supérieur dans la blessure infligée au contrat : celle-là même dont fait état l'article 1169 (la négation de la cause). » ; M. Mekki, *Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle* (C. civ., art. 1170), *JCP N.* n° 46, 18 Novembre 2016, act. 1227 : « Une certitude en revanche, une clause qui crée un déséquilibre significatif n'est pas une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle. Il serait sinon trop simple de contourner le champ d'application limité de l'article 1171 du Code civil. Il y a une différence de degré qui doit inviter les interprètes à ne sanctionner au moyen de l'article 1170 nouveau du Code civil que les clauses les plus exorbitantes, celles qui portent atteinte à la raison d'être du contrat. »

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

s'impose en dehors des frontières du droit commun des contrats. Dès lors, le contrôle du déséquilibre significatif ne se confond pas avec celui des clauses qui privent l'obligation essentielle du débiteur de sa substance. Une autre question demeure néanmoins : celle de la compatibilité d'un tel mécanisme avec les relations d'affaires.

B. La pertinence du mécanisme dans le contexte des relations d'affaires

388. Les clauses abusives prises au travers des clauses allégeant la responsabilité se retrouvent dans la plupart des contrats conclus entre deux ou plusieurs professionnels. La lecture des baux commerciaux, des crédits-baux, des contrats de franchise ou de concession offre une illustration particulièrement édifiante de la nécessité pour les professionnels d'inscrire des garde-fous dans leurs relations d'affaires. Plus exactement, les professionnels revendiquent l'utilité économique des clauses d'aménagement des risques (1), tandis que le législateur allemand envisage dans le même temps la suppression du contrôle des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels (2).

1. L'utilité économique invoquée des clauses d'aménagement des risques

389. De nombreux auteurs déplorent la prolifération du contrôle judiciaire de ces clauses, au motif que ces dernières contribueraient à la sécurisation des transactions et plus encore à la gestion des risques de l'entreprise dont on sait à quel point elle préoccupe les acteurs économiques¹¹⁶⁸. Ces clauses faciliteraient l'assurance du débiteur et permettraient aux entreprises de proposer leurs services à des prix plus faibles¹¹⁶⁹. Elles constitueraient ainsi une répartition des risques efficiente¹¹⁷⁰ entre les parties au contrat. En effet, les clauses relatives à

¹¹⁶⁸ O. Deshayes, *Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution*, *RDC* 2008, n°3, p. 1008 : « Tout ceci permet d'établir que l'engagement contractuel (dans son principe comme dans ses conditions) dépend d'un calcul coût/avantages effectué par les parties et dont l'un des paramètres est le risque d'inexécution. Ce risque, les parties doivent pouvoir en répartir la charge entre elles au titre de la négociation des conditions du contrat (par où l'on recroise le chemin de la liberté contractuelle). Le débiteur n'acceptera par exemple de s'engager que si les dommages dus en cas d'inexécution n'excèdent pas un certain montant, inférieur aux dommages prévisibles. En contrepartie, il s'engage à fournir au créancier une prestation que ce dernier n'aurait pu obtenir sans ce sacrifice ou qu'il n'aurait obtenue qu'à des conditions plus onéreuses. La raison de la licéité de principe des clauses limitatives de responsabilité contractuelle est là : dans cette gestion conventionnelle des risques d'inexécution entre parties ».

¹¹⁶⁹ M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Thèse, Paris 2, 2016, n°33, p. 24.

¹¹⁷⁰ A. Ogus, M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, Avant-propos L. Vogel, Panthéon-Assas, coll. *Droit comparé*, 2002, p. 97 et s. et p. 120.

la responsabilité permettent de limiter les dommages assurables et contribuent à limiter le coût des primes. Cela permet ainsi aux entreprises d'allouer davantage de moyens à la recherche, au développement et à leur compétitivité¹¹⁷¹. En cela, ces clauses se présentent comme des outils de rationalisation de la relation contractuelle, permettant de faire diminuer son coût pour l'ensemble des parties. La répartition des risques est l'un des préalables nécessaires à l'établissement de relations d'affaires. Il apparaît dès lors légitime que les parties consentent à limiter ou à exonérer leur responsabilité face à la survenance de certains événements. Cependant, nul ne saurait valablement accepter des clauses ayant pour effet de priver le créancier de l'obligation pour laquelle il a consenti au contrat. Alors que certains plaident en faveur d'une limitation subjective des clauses limitatives fondée sur la faute lourde ou dolosive¹¹⁷², nous pensons au contraire que le mécanisme objectif de l'article 1170 présente le mérite de faire reposer ce contrôle sur une appréhension plus réaliste du contrat et plus protectrice de l'intérêt des créanciers. Comme toutes les notions-cadres, l'obligation essentielle présente une souplesse qui lui permet de s'adapter à des situations multiples au travers d'une appréciation objective indépendamment de l'appréciation du comportement des parties¹¹⁷³. L'on objectera que c'est là dessaisir les parties de leur contrat ou du moins faire de leur volonté un élément moins contraignant que l'opération économique dont le contrat est le

¹¹⁷¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Tome II, premier volume, Montchrestien, 1998, n° 632.

¹¹⁷² O. Deshayes, *Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution*, *RDC* 2008, n°3, p. 1008 : « Il serait beaucoup plus satisfaisant d'éviter le passage par l'obligation essentielle (que ce soit sous la qualification de faute lourde objective ou sous celle d'absence de cause) et de reconnaître directement un aménagement du risque de la preuve de l'origine de l'inexécution. On aboutirait ainsi à une simplification appréciable. L'essentiel du régime applicable aux clauses limitatives de responsabilité tiendrait en trois propositions : 1^o) sauf disposition légale contraire, les clauses limitatives de responsabilité sont valables ; 2^o) ces clauses sont toutefois privées d'effet lorsque le débiteur a commis un manquement grave traduisant un relâchement du lien obligatoire : faute dolosive ou faute lourde subjective ; 3^o) en cas de doute sur les circonstances de l'inexécution, le débiteur peut par ailleurs être privé du droit d'invoquer la clause sur le fondement de la mauvaise foi s'il apparaît que ces doutes lui sont imputables. »

¹¹⁷³ C. Aubert de Vincelles, *Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles*, *RDC* 2008, n°3, p. 1034 : « cette limite objective constitue un complément indispensable aux limites subjectives traditionnelles liées au comportement de l'auteur de l'inexécution, que sont le dol et la faute lourde. Pourquoi ce caractère indispensable ? Pour la raison essentielle que la liberté contractuelle ne peut s'exprimer loyalement que dans un cadre légal préétabli, dont l'une des fonctions doit être de rééquilibrer, autant que possible, les forces contractantes en présence. Si un contractant veut imposer une limitation de sa propre responsabilité à un montant dérisoire dont l'autre partie a bien conscience, sans que celui-ci ne veuille aucunement assumer le risque de l'inexécution mais sans pouvoir non plus la négocier en raison de l'importance économique du contractant, les seules fautes lourde et dolosive ne sont d'aucun secours. Limiter le contrôle des clauses limitatives de réparation à une seule approche subjective, par le dol et la faute lourde, revient à considérer qu'une éventuelle protection, si elle s'avère nécessaire, se réalisera par le juge alors saisi une fois l'inexécution avérée. Or, cette saisine du juge est souvent illusoire, particulièrement pour les professionnels lorsque le créancier de l'obligation inexécutée, victime de la clause limitative, est un « petit » acteur du marché ; le coût et l'impact sur les relations commerciales si le cocontractant est important, constituent autant d'obstacles. La limite exclusivement subjective revient alors à refuser toute protection aux professionnels, en considérant qu'ils n'en ont pas besoin. »

support. C'est en réalité considérer que rien n'est plus voulu par les parties que le résultat pour lequel elles se sont engagées, et qu'il convient en conséquence de privilégier une recherche objective de leur volonté au travers du résultat qu'elles ambitionnent, plus qu'une recherche subjective de leur psychologie dont on pense qu'elle est des deux la plus incertaine. Il s'agit là, au sens de l'analyse économique du droit, d'un « objectif central¹¹⁷⁴ ».

2. La remise en cause du dispositif de contrôle des clauses limitatives de responsabilité en droit allemand

390. En Allemagne, ce contrôle judiciaire des clauses abusives alimente une controverse importante au point que le Gouvernement fédéral a commandé un rapport sur la question déposé le 30 septembre 2014¹¹⁷⁵. Ce rapport indique que « la majorité des clauses limitatives utilisées ne répondent pas aux conditions posées par la jurisprudence allemande¹¹⁷⁶. » Trois pistes de réflexion¹¹⁷⁷ sont proposées par l'auteur du rapport dans la perspective d'une réforme du contrôle des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels. La première consiste à introduire une disposition validant les clauses limitatives de responsabilité dans les relations entre entreprises dès lors que le rédacteur du contrat garde intérêt à bien exécuter le contrat et que la somme plafonnant l'indemnisation due ressorte clairement du contrat (a), la deuxièmement propose de déterminer un seuil basé sur la valeur du contrat à partir duquel les contrats entre entreprises échapperaient au contrôle judiciaire (b), tandis que la troisième préconise le maintien du contrôle judiciaire, même au-delà dudit seuil, dès lors que les relations des parties sont marquées par un déséquilibre économique considérable (c).

¹¹⁷⁴ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd. 2008, n°1326, p. 370 : « poser la question de l'objectif central du droit en matière contractuelle revient à s'interroger sur la répartition des tâches entre les parties contractantes elles-mêmes et le droit d'origine étatique. Le contrat étant par essence un acte de volonté de la part des contractants, le rôle initial dans la mise en place du contrat devrait leur revenir. Le droit étatique y supplée dans des circonstances [...] où la seule initiative des parties contractantes risque de ne pas aboutir à des résultats satisfaisants. »

¹¹⁷⁵ www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformation/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf
Le rapport du Professeur Leuschner est intitulé : « Le droit des conditions générales en matière de contrats entre entreprises - avec des considérations portant particulièrement sur les clauses limitatives de responsabilité ».

¹¹⁷⁶ F. Kutscher-Puis, *Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, CCC 2015*, n°6 étude 7, p. 7. Il faut préciser que le rapport insiste sur la perte de compétitivité qu'entraînerait la législation actuelle en raison de sa particulière sévérité. Cf. sur ce point *infra* n°731-733.

¹¹⁷⁷ Rapport préc. spéc. p. 10.

a. La validité des clauses limitatives de responsabilité lorsque le rédacteur du contrat garde intérêt à bien exécuter le contrat et que la somme plafonnant l'indemnisation due ressort clairement du contrat

391. La première proposition est peu explicite et donne lieu à plusieurs interprétations. Il semble dans une première approche que cela renvoie implicitement à la méthode d'appréciation du caractère abusif de la clause. La clause limitative peut en effet porter sur l'obligation essentielle sans pour cela la priver de sa substance. Cela requiert de la part du juge qu'il s'attache à la globalité du contrat et non seulement à la clause litigieuse, ce qui est pour l'heure la solution retenue par la jurisprudence française. Cette méthode ne peut être qu'encouragée dès lors qu'elle redonne au contrat sa réalité économique pleine et entière. Une deuxième approche plus libérale du texte permet toutefois d'y voir une forme de présomption simple de validité des clauses limitatives dans les contrats conclus entre professionnels. Il appartiendrait alors au contractant qui conteste la validité de la clause de rapporter la preuve cumulative de l'absence d'intérêt à l'exécution du contrat et que la somme plafonnant l'indemnité a été intégrée dans des termes clairs. Cette double condition de validité limiterait incontestablement la faculté pour le créancier de voir sanctionner la clause litigieuse. Le seul constat de l'absence d'intérêt à l'exécution du contrat semble devoir suffire à écarter la clause. Bien que notre Code civil n'utilise pas la notion d'intérêt au contrat, on retrouve derrière elle celle de contrepartie convenue et partant d'obligation essentielle. La présence en termes clairs et apparents de l'indemnisation due est elle aussi un critère de notre droit positif qui relève comme nous l'avons dit de la nécessité de s'assurer que la clause a été réellement consentie. Comme en matière de droit de la consommation¹¹⁷⁸ ou de droit des assurances¹¹⁷⁹, l'exigence formelle de clarté et de lisibilité des clauses du contrat apparaît comme un critère formel de validité de la clause. Le rapport entre professionnels ne doit pas exclure l'exigence fondamentale de lisibilité et de clarté du contrat entendue comme celle plus générale d'un consentement libre et éclairé. Les contrats conclus par des professionnels peuvent contenir, comme en matière de contrats de consommation, des clauses ambiguës, peu apparentes ou formulées dans des contrats en langue anglaise de manière à rendre leur compréhension plus

¹¹⁷⁸ Art. L. 133-2 C. consom.

¹¹⁷⁹ Art. L. 112-4 C. ass.

délicate¹¹⁸⁰. Ce critère nous semble donc devoir être repris en matière de contrôle des clauses abusives sur le fondement de l'article 1170 du Code civil, non pas comme une condition de validité sans laquelle la clause serait réputée non écrite, mais davantage comme un critère objectif au même titre que l'assurabilité du risque, son coût, la disproportion de l'indemnité due avec le montant du prix payé par le créancier de l'obligation essentielle.

b. L'identification d'un seuil basé sur la valeur du contrat à partir duquel les contrats entre entreprises échapperaient au contrôle judiciaire

392. S'agissant de la deuxième objection, elle reviendrait à introduire comme en matière de lésion un seuil mathématique basé sur la valeur du contrat au-delà duquel les entreprises échapperaient au contrôle judiciaire des clauses qu'elles consentent. Cette proposition revient à considérer qu'il existerait en fonction des contrats, des obligations essentielles d'intensité variable. Les obligations essentielles des contrats d'affaires dont la valeur serait supérieure à 100 000 € par exemple, seraient moins importantes que celles contenues dans un contrat d'une valeur inférieure à cette somme. Ce régime à deux vitesses nous semble devoir être écarté. Outre qu'il apparaît contraire à l'esprit du mécanisme de distinguer les obligations essentielles selon qu'elles sont incluses dans des contrats de faible ou d'importante valeur, elle contribue à faire des contrats d'affaires un domaine dérogatoire aux principes du droit commun, une sorte d'espace d'autorégulation, dont on mesure immédiatement ce qu'elle contient d'illusoire.

¹¹⁸⁰ V. sur cet aspect l'avis de la CEPC n°16-10 du 12 mai 2016, relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur l'emploi de la langue française dans les documents. Une société avait saisi la Commission aux fins de savoir si une société française peut rédiger ses documents contractuels en langue anglaise dans le cadre de ses relations commerciales avec une autre société française, ou bien si l'usage de la langue française est obligatoire et fait référence pour d'éventuels recours juridiques devant les tribunaux français. La Commission répond de la manière suivante : « il n'est pas interdit à deux personnes morales de droit privé françaises de rédiger leur contrat en langue anglaise. Toutefois il est rappelé que devant les juridictions françaises, la langue du procès est le français. Ainsi, en cas de contentieux, les tribunaux français peuvent demander une traduction complète du contrat certifiée par un traducteur assermenté. Il est de jurisprudence constante que seules les pièces rédigées ou traduites en langue française peuvent être prises en compte par les juges. Ainsi, la Cour d'Appel de Paris a jugé que « seules les pièces rédigées ou traduites en langue française doivent être soumises au juge, peu important que les parties maîtrisent toutes deux parfaitement la langue anglaise qu'elles ont employée pour communiquer entre elles ». La Cour de cassation a également confirmé un jugement écartant des débats des pièces justificatives écrites en langue étrangère, faute de production d'une traduction en langue française. Dans ce cadre, il convient de souligner que la traduction d'un contrat rédigé en anglais avec l'utilisation de termes juridiques anglo-saxon peut s'avérer délicate et entraîner des difficultés d'interprétation sur le sens ou la portée d'une clause. »

c. Le maintien du contrôle judiciaire en présence de relations marquées par un déséquilibre économique considérable

393. Sur la troisième objection enfin, il s'agit de considérer que le contrôle des clauses abusives retrouverait une légitimité même au-delà du seuil lorsque ces dernières ont été acceptées en raison d'un déséquilibre considérable de puissance économique entre les cocontractants. Cette proposition tient à ce que le droit allemand, à l'inverse du droit français, ne connaît pas de mécanisme autonome de contrôle des clauses abusives qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Cette proposition rappelle toutefois que l'un des enjeux de la lutte contre les clauses abusives tient à la protection des cocontractants que la puissance économique de leur partenaire soumet à des déséquilibres excessifs.

394. La difficulté nous semble toutefois venir de la difficulté du législateur à affirmer clairement un positionnement en matière de clauses abusives. Cette incertitude contribue à une insécurité pour les cocontractants et leurs conseils lesquels sont bien en peine lorsqu'il s'agit d'identifier l'obligation essentielle et plus encore sa substance¹¹⁸¹. Les articles 1170 et 1171 de l'ordonnance du 10 février 2016 n'apportent sur ce point aucun réconfort. L'insécurité contractuelle qui en résultera pour les acteurs économiques ne trouvera pour secours que l'acharnement avec lequel les juges s'emploieront à utiliser ces outils de manière mesurée et rationnelle.

¹¹⁸¹ L'Index de sécurité juridique crée en mai 2015 par l'Association pour le droit continental sous la Direction de Bruno Deffains et Catherine Kessedjian évalue le niveau de sécurité juridique assuré par 13 États. La France est placée, en matière contractuelle, dernière dans le classement. L'un des cas soumis aux professionnels objets de l'évaluation portait précisément sur les clauses limitatives et était formulé ainsi : « La société A a conclu avec la société B un contrat portant sur l'installation d'un système informatique dans les locaux de la société B et de la maintenance de celui-ci pendant une période de 3 années. 1. Le contrat contient une clause limitative de responsabilité selon laquelle les dommages-intérêts que la société A pourrait être tenue de verser à la société B en cas d'inexécution du contrat sont limités à une somme forfaitaire et libératoire équivalant au prix annuel de la maintenance, soit 20 000 euros. En cours d'exécution, la société B se trouve privée d'un accès à internet et à son réseau interne pendant 8 jours²⁰⁰. Elle évalue son préjudice commercial à 550 000 euros. La société B se demande si elle peut passer outre la clause litigieuse et obtenir compensation de l'intégralité de son préjudice commercial. »

CONCLUSION DU CHAPITRE

395. La contrepartie convenue a donc repris, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, la fonction antérieurement dévolue à la cause objective au moyen d'une notion plus restrictive. L'article 1169 consacre à cet effet la contrepartie convenue, c'est-à-dire celle que les parties ont communément entendu voir intégrer le champ contractuel implicitement ou tacitement. Si cette définition paraît apporter les gages de stabilité et de prévisibilité qui manquaient à la cause, elle ne fait pas taire cependant les interrogations relatives à l'interprétation que les juges seront appelés à faire de la contrepartie convenue dérisoire ou illusoire. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel n'est donc pas évacué par la notion de contrepartie convenue. Il est au contraire maintenu au travers de l'appréciation du caractère suffisant ou réel de cette contrepartie.

396. D'autres outils maintiennent par ailleurs la fonction de contrôle de l'existence de la contrepartie auparavant assignée à la cause, mais de façon plus ciblée. C'est le cas de l'article 1170 dont les applications se limitent aux clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Alors que l'obligation objectivement essentielle se déduit de la nature du contrat visé, de son type, l'obligation subjectivement essentielle soulève elle plus de difficultés. Elle est à la fois celle qui se confond avec l'obligation objectivement essentielle dans les contrats nommés, et celle que les parties ont entendu essentialiser. Cette essentialisation est difficile à identifier en pratique et devra donc prendre appui sur une approche économique du contrat, permettant de déduire du prix, de l'objet des prestations et de l'environnement économique global de la convention, le caractère essentiel de l'obligation visée. La notion d'obligation essentielle vient ainsi enrichir les dispositifs de contrôle existant et renouvelle la typologie des clauses dites abusives.

397. La cohabitation de l'article 1170 avec l'article 1171 du Code civil relatif aux clauses créant un déséquilibre significatif laisse toutefois apparaître un risque de superposition voir de contrariété des méthodes employées. Alors qu'une certaine confusion pourrait être à craindre, l'étude des critères respectifs de ces deux dispositifs fait apparaître des attributions propres à chacun d'eux, et une hiérarchie implicite des affections contractuelles visées. Le droit des pratiques restrictives est une fois encore un point de comparaison pertinent dans la mesure où celui-ci donne à étudier des décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du

Code de commerce en matière de clauses limitatives de responsabilité. Une hiérarchie implicite entre la clause qui crée un déséquilibre significatif et celle qui vide de sa substance l'obligation essentielle du débiteur s'impose, et conduit à distinguer les domaines d'application propres aux articles 1170 et 1171 du Code civil.

398. Manifestation du contenu contractuel dans les contrats à titre onéreux, la contrepartie convenue devrait être appréhendée comme une condition de validité du contrat. L'obligation essentielle permettra quant à elle de sanctionner les clauses aménageant la responsabilité des parties ou les voies de recours qui leur sont offertes, laissant au déséquilibre significatif la charge des déséquilibres susceptibles de se manifester par ailleurs, dans les contrats d'adhésion. Si l'obligation essentielle se présente comme une application ponctuelle de la contrepartie convenue elle pointe dans le même temps les affinités que la notion entretient avec les limites de l'ordre public. Qu'il soit de protection ou de direction, l'ordre public appelle, à l'issue de cette conclusion, une étude plus attentive de ses manifestations et des liens qu'il entretient avec les mécanismes de contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

Chapitre 2 : Le contrôle de l'équilibre du contrat sous le prisme de sa licéité

399. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel s'opère pour une partie au travers du contrôle de la licéité du contrat. Plus précisément, le législateur est venu, au travers de dispositions d'ordre public, sanctionner les déséquilibres manifestes. Ce contrôle présente une dimension objective en ce qu'il fait dépendre l'équilibre de la convention du respect de règles objectives impératives, sans qu'il soit possible pour les parties d'en écarter le contenu. Alors que le contrôle de la licéité du contrat se distinguait traditionnellement du contrôle de l'équilibre contractuel, le droit contemporain des contrats manifeste au contraire une imbrication profonde des problématiques de conformité à l'ordre public et d'équilibre contractuel. L'article 1128, 3° et l'article 1162 du Code civil disposent ainsi que le contrat doit être doté d'un contenu licite, et qu'il ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations¹¹⁸² ni par son but. Cela tend à désigner les notions de contenu et de but comme des outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel pris sous le prisme de sa licéité. L'expression de « but »¹¹⁸³ semble désigner les effets objectivement attendus du contrat, tandis que celle de « contenu » renvoie à une notion plus générale qui désignerait l'ensemble de l'opération contractuelle envisagée. Ces mécanismes contribuent à la construction d'un ordre public de protection particulièrement dynamique. Tirailé entre la protection des cocontractants et la satisfaction d'objectifs plus généraux, l'ordre public apparaît à l'heure de la réforme comme un ressort essentiel du contrôle objectif de l'équilibre contractuel, et synthétise le phénomène d'absorption du droit des pratiques restrictives dans le droit commun des contrats¹¹⁸⁴. Dans cette perspective, l'analyse des dispositifs de contrôle de la licéité du contrat (Section 1), se présente comme un préalable nécessaire à la démonstration de la construction d'un ordre public de protection tourné vers la sanction des déséquilibres (Section 2).

¹¹⁸² G. Chanteprie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°402, p. 328 ; O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 261 pour qui les stipulations désignent « l'un des multiples énoncés normatifs de 'accord (règle, droits et conditions divers) et donc à une partie ciblée du contenu du contrat (une clause), plus qu'il ne désigne la prestation caractéristique de ce contrat ». Il faut noter cependant que dans la première version de la réforme, c'est le terme de « contenu » qui était utilisé à la place des « stipulations » ; G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11^e éd., PUF, 2016, V. « Stipulation », sens 1 et 2.

¹¹⁸³ Cf. *infra*, n°386.

¹¹⁸⁴ H. Barbier, Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, 42^{ème} colloque de l'association droit et commerce, *Gaz. Pal.* Hors-série, 12 juin 2017 : « Nous assistons aujourd'hui à un mouvement pendulaire : le droit civil s'empare – à nouveau – de la vie des affaires. Celle-ci se civilise si l'on peut dire – et le terme est sans doute à prendre dans tous ses sens. »

Section 1 : Les dispositifs de contrôle de la licéité du contrat

400. La réforme du droit des contrats érige en mécanismes de protection de la licéité du contrat deux notions que sont le contenu et le but du contrat. Si ces deux notions marquent, en apparence, une rupture formelle avec la notion de contrepartie convenue, elles n'entretiennent pas moins avec celle-ci une proximité fonctionnelle qui participe d'un rapprochement des objectifs de protection de l'équilibre contractuel et de conformité à l'ordre public. Le contrôle de l'équilibre des « contrats économiques¹¹⁸⁵ » emprunte depuis plusieurs années la voie du contrôle de la licéité par la conformité à un ordre public économique¹¹⁸⁶ dont les limites semblent chaque jour devoir être redessinées. Ces contrats produisant des effets déformants sur le marché, leur contenu se trouve appréhendé par le recours à un ordre public aux vertus normatives. Le contenu illicite du contrat (§1) et le but illicite du contrat (§2) se présentent ainsi comme des notions prescriptives dont l'une des composantes essentielles consiste à assurer au contrat une utilité économique minimale sous le prisme de l'ordre public.

§1. Le contenu illicite du contrat

401. L'ordonnance du 10 février 2016 érige le contenu licite en condition de validité de la convention aux côtés du consentement et de la capacité des parties¹¹⁸⁷. Alors que le Code civil de 1804 ignorait cette notion, le législateur semble avoir opté pour un outil englobant¹¹⁸⁸ à la fois les notions traditionnelles d'objet et de cause¹¹⁸⁹. Si l'une des questions à l'heure de la

¹¹⁸⁵ L. Boy *op. cit.* Les « utilités » du contrat, *LPA*, n°109, 10 sept. 1997, p.10 : « ces dernières années, le système juridique a su trouver les voies d'un contrôle des contrats économiques, même si ce contrôle est encore souvent très inégal. Il s'agit du contrôle de la conformité à l'ordre public concurrentiel exercé le plus souvent par des organismes de type nouveau, les autorités administratives indépendantes. »

¹¹⁸⁶ G. Farjat, *Droit économique*, Thémis, PUF, 1971, p. 41 : « En un sens large, on peut désigner par ordre public économique l'ensemble des mesures prises par les pouvoirs publics, tendant à organiser les relations économiques. »

¹¹⁸⁷ Art. 1128 C. Civ. La notion de contenu est apparue pour la première fois comme une condition autonome de validité du contrat dans le projet de réforme de juillet 2008, Art. 49 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité du contrat : Le consentement des parties contractantes, leur capacité de contracter, un contenu certain, la licéité du contrat ». Il est intéressant de noter que la question de la licéité était donc abordée au travers du contrat et non de son contenu.

¹¹⁸⁸ Certains auteurs utilisent l'expression de « catégorie fourre-tout » cf. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°258, p. 238 ; D'autres auteurs parlent pour leur part de « pot-pourri juridique » V. O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 260.

¹¹⁸⁹ L'article 1108 du Code civil de 1804 présentait quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention à savoir, le consentement des parties, leur capacité, un objet certain et une cause licite. V. en ce sens, F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, pp. 162-163, n°25.71 : « L'ordonnance consacre dans le Code civil la notion de « contenu » du contrat [...] en y incluant

réforme consistait à définir le sort de l'objet comme celui de la cause, la préférence a été donnée à l'innovation au travers du « contenu » du contrat, terme « mystérieux¹¹⁹⁰ » et « problématique¹¹⁹¹ » s'il en est. La « potentialité lexicale¹¹⁹² » de la notion semble infinie. Si la polysémie¹¹⁹³ est un aspect saillant de la linguistique juridique, celle que porte la notion de contenu¹¹⁹⁴ paraît difficilement conciliable avec le champ juridique¹¹⁹⁵. Le contenu renvoie à la fois à ce qui se trouve dans le contrat, mais encore, de manière plus dynamique, au signifié, c'est-à-dire au sens produit par le contrat.

402. Ce choix est loin d'être anodin, tant les mots occupent en la matière une fonction normative indiscutable. Considérer ainsi que cette notion ne fait que reprendre celle d'objet nous apparaît réducteur et impropre à refléter la réalité du « nominalisme législatif¹¹⁹⁶ » qui se cache derrière un tel changement. Alors que l'avant-projet *Catala* avait fait le choix d'un maintien de l'objet du contrat¹¹⁹⁷ comme de la cause¹¹⁹⁸, en raison de l'imprécision de la notion de contenu¹¹⁹⁹, le projet *Terre*¹²⁰⁰ à l'image des projets de codification européens¹²⁰¹ a

ce qui relève, en droit français, de l'objet de la cause. » ; Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, JO 11 févr. 2016 « Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause ».

¹¹⁹⁰ Th. Génicon, Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots, *RDC* 2015, n°3.

¹¹⁹¹ E. Savaux, Le contenu du contrat, *JCP* 2015, suppl. au n°21, p. 20 ; M. Fabre-Magnan, Critique de la notion de contenu du contrat, *RDC* 2015, n° 3, p. 639.

¹¹⁹² G. Cornu, Linguistique juridique, Paris, Montchrestien, 3^e éd. 2005, n°14, p. 59.

¹¹⁹³ G. Cornu, *op. cit.* spéc. n°20, p. 88 : « On pourrait nommer polysémie juridique ou interne la possession par un même terme d'au moins deux sens juridiques potentiels. »

¹¹⁹⁴ P. Robert, Le grand robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Contenu : « 1. Ce qui est renfermé dans un contenant. », « 2. Substance, teneur » « Ling. Ce qui signifie (un signe). Signifié ».

¹¹⁹⁵ Elle ne figure pas d'ailleurs dans les dictionnaires du vocabulaire juridique.

¹¹⁹⁶ G. Cornu, *op. cit.* n°5, p. 21 : « Le renouvellement du langage est surtout un acte de législation. Non seulement parce que la jurisprudence pourrait être plus conservatrice, mais parce que le pouvoir de nommer, surtout lorsqu'il accompagne la réforme du droit, est une prérogative de souveraineté. Le nominalisme est principalement législatif. » ; P. Bourdieu évoque pour sa part « l'effet magique de la nomination » juridique, *in* La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales, 64, 1986, p. 13.

¹¹⁹⁷ Avant-projet *Catala* art. 1122 alinéa 1 : « L'illicéité de l'objet entache la convention de nullité absolue. »

¹¹⁹⁸ Avant-projet *Catala* Art. 1126 : « L'engagement est sans justification, faute de cause licite, lorsqu'il est contracté, par l'une au moins des parties, dans un but contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou, plus généralement, à une règle impérative. »

¹¹⁹⁹ Avant-projet *Catala* p. 24 : « Une question préliminaire devait donc être tranchée, celle du maintien ou non de la notion d'objet. Ce maintien, ainsi que celui des exigences qui en découlent, a semblé nécessaire, en raison des conséquences importantes qui en découlent, ce dont témoigne une jurisprudence abondante ces dernières années, en particulier sur les questions d'existence ou de licéité de l'objet, ou encore de détermination du prix. De plus, la notion de contenu du contrat qui lui est parfois substituée ne paraît pas présenter une précision suffisante pour garantir la sécurité des relations contractuelles. »
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

envisagé plus explicitement cette dernière notion. Les occurrences de cette expression demeurent toutefois hétérogènes et rendent difficile toute proposition de synthèse sur la question¹²⁰². Cette étude propose en conséquence de définir la notion de contenu illicite telle qu'elle est inscrite dans la réforme du droit des contrats français, en s'attachant à identifier la place qu'un tel mécanisme pourrait être amené à occuper sur la scène du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Outil de convergence des fonctions d'objet et de cause (I), le contenu du contrat apparaît comme une notion-cadre plus adaptée à l'évolution de notre droit (II).

I. Un outil de convergence des fonctions de l'objet et de la cause

403. La notion de contenu opère la synthèse des fonctions traditionnellement dévolues à l'objet (A) et à la cause (B) venant ainsi renforcer la dimension utilitariste du contrat.

A. Contenu et objet du contrat

404. L'article 1108 du Code civil de 1804 impose, pour la validité du contrat, que celui-ci soit doté d'un objet certain. Pothier, formalisa le premier une théorie de l'objet. Selon lui, « il est de l'essence des obligations, 1° qu'il y ait une cause d'où naisse l'obligation ; 2° des personnes entre lesquelles elle se contracte ; 3° quelque chose qui en soit l'objet.¹²⁰³ ». Cette obligation est entendue par Pothier comme la chose qu'une partie s'engage à donner, à faire

¹²⁰⁰ F. Terré, (sous la direction de), Pour une réforme du droit des contrats, *Dalloz, coll. Thèmes et commentaires*, 2009, p. 183, D. Houtcieff, « *Le contenu du contrat* », Le Projet Terré fait œuvre compromise sur ce point puisqu'il maintient la notion d'objet de l'obligation (Art. 60), et supprime la cause pour lui substituer la notion de contenu (Art. 59). Sans définir précisément la notion, D. Houtcieff précise : « il a été proposé de retenir la notion de « contenu du contrat » dans lequel s'intègre l'objet de l'obligation et de maintenir certains acquis jurisprudentiels propres à assurer un certain « équilibre du contrat » ».

¹²⁰¹ C'est le cas du CEC qui dispose en son article 25 que « Le contenu du contrat doit être utile, possible, licite, déterminé ou déterminable. » ; les PDEC utilisent également la notion de contenu Art. 1. (1): « Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes. » ; Les principes UNIDROIT disposent Art. 1.1 que « les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu » ; Le PCCR ne fait lui aucune référence au « contenu du contrat » s'agissant des conditions de validité du contrat ou de sa formation.

¹²⁰² Pour une association de la notion de contenu à celle de prestation V. S. Bros et C. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°395, p. 367 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 260 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°400, p. 326 : « L'expression est ainsi destinée à englober les exigences propres à l'opération économique sur laquelle les parties se sont entendues, en incluant les notions d'obligation, de prestation, d'objet, de prix, voir de clause [...] Le contenu serait ainsi une notion plus vaste, qui pourrait englober l'aspect matériel du contrat. »

¹²⁰³ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Tome 1, p. 79.

ou à ne pas faire¹²⁰⁴. À un objet certain, s'est ajoutée la nécessité d'un objet licite découlant des prescriptions de l'article 1128. Le parallèle semble alors tout tracé entre l'objet et le contenu du contrat tel qu'il ressort de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1128 exigeant un contenu licite et certain comme condition de validité du contrat¹²⁰⁵. Le Doyen Carbonnier notait ainsi que « dans le langage moderne, on parlerait plus concrètement, du *contenu* du contrat.¹²⁰⁶ » Plus stable que la cause, et moins subtil dans ses applications, l'objet du contrat a pourtant subi le même sort que sa voisine au bénéfice de la notion de contenu. Faut-il y voir la consécration d'un nouvel instrument ou la manifestation, sous un vocabulaire plus « accessible », de l'objet du contrat ? Il semble en réalité que la notion de contenu ne se prête pas facilement à un décalque de l'objet ni même de la cause. Alors que l'on pourrait y voir l'illustration de l'œuvre de rajeunissement de la matière entreprise par le législateur au profit de notions plus univoques, la notion de contenu contractuel se révèle éminemment polysémique et les rapports qu'entretient cette notion avec celle d'objet ne sont pas aussi évidents qu'ils peuvent le laisser croire.

405. L'ancien article 1126 du Code civil désignait l'objet comme la « chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. » La doctrine s'accordait toutefois pour dire qu'il ne s'agit pas en réalité de l'objet du contrat, mais de l'objet de l'obligation¹²⁰⁷. Dans cette acception l'objet ne désigne pas la chose qu'une partie s'engage à donner, faire ou ne pas faire, mais se confond avec l'obligation elle-même, ou du moins la précise. Les manuels de droit des obligations plus récents retiennent eux aussi cette acception de l'objet, écartant l'objet du contrat¹²⁰⁸. Un contrat synallagmatique crée deux obligations

¹²⁰⁴ R.-J. Pothier, *op. cit.* spéc. p. 117.

¹²⁰⁵ V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *LPA* 2014, n°218, p. 6. V. aussi, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 13^e éd, 2014, p. 192, n°246 : « Sous cet intitulé de contenu certain les articles 69 et suivants du projet traitent de ce qu'on appelle habituellement l'objet du contrat (la chose, la prestation, le prix), de sa détermination, du défaut d'équivalence entre les prestations, du déséquilibre significatif, de l'absence de contrepartie, etc. »

¹²⁰⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, Tomes 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969, p. 83.

¹²⁰⁷ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., *Recueil Sirey*, 1939, p. 63 : « Depuis longtemps, on a remarqué que le Code civil, dans la section 3, intitulée « de l'objet et de la matière des contrats », a confondu l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation issue de ce contrat. » ; J. Carbonnier, *Droit civil*, Tomes 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969, p. 84 : « Le C.C. rapporte au contrat lui-même ce qui est, au fond, l'objet de l'obligation. C'est une ellipse, que sa commodité légitime. »

¹²⁰⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 7^e éd. 2015, p. 303 : « Le Code civil se réfère, tantôt à « l'objet de l'obligation » (art. 1129) qui paraît être la seule expression exacte, tantôt à « l'objet du contrat » (art. 1110, alinéa 1 ; art. 1128 ; art. 220 alinéa 1 ; Ord. 30 déc. 1958, art. 79 §3, codifié dans C. mon et fin., art. L. 112-3) ce qui, selon la doctrine dominante, est incorrect car ce qui a un objet est, non le contrat, mais l'obligation. » ; Dans le même sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*,

ayant chacune un objet. Dans le contrat de vente, l'objet du vendeur est donc de livrer la chose tandis que celle de l'acheteur est de payer le prix. Cette remarque constitue en réalité le point d'ancrage qui permet aujourd'hui de distinguer la notion d'objet de celle de contenu, car si la majorité des auteurs s'accordent à dire que l'objet n'est jamais que celui de l'obligation, certains auteurs « retiennent l'idée d'objet du contrat comme désignant l'opération juridique envisagée dans son ensemble, le but poursuivi par le contrat, et ils se servent de cette notion pour vérifier que le contrat est bien conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹²⁰⁹. » Ces auteurs défendent ainsi un objet double¹²¹⁰, à l'image de la cause. L'objet du contrat désignerait alors « l'opération contractuelle, considérée non, dans ses éléments, les prestations, mais dans sa globalité¹²¹¹ », révélant alors « l'unité du rapport contractuel¹²¹² ». L'objet de l'obligation n'est pas absent de la notion de contenu, mais il est absorbé par elle, il devient une « fraction du contenu contractuel¹²¹³ ». C'est cette définition qui semble s'adapter le mieux à la notion de contenu de l'article 1128 du Code civil, l'objet de l'obligation étant maintenu de manière ponctuelle¹²¹⁴, aux côtés de l'expression plus contemporaine de « prestation »¹²¹⁵.

406. Cette prestation « est ce que doit faire le débiteur pour satisfaire le créancier¹²¹⁶ ». Elle présente les mêmes caractères que l'objet : elle doit exister, être possible, déterminée ou

LexisNexis, coll. Manuels, 13^e éd, 2014, p. 193, n°249 ; J. Flour, J.L. Aubert, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 16^e éd. 2014, n°232 ; Contra. V. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 4^e éd. Tome 2, 2013, n°57 à 63, pour lesquels l'objet du contrat doit s'analyser comme une notion autonome distincte des objets des obligations, de l'obligation caractéristique, de l'échange économique et des effets du contrat.

¹²⁰⁹ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* p. 194, n°249.

¹²¹⁰ Un dédoublement de l'objet que le Professeur Cornu rattachait déjà à la disparition de la cause, *in* G. Cornu, Regards sur le titre III du livre III du Code civil "des contrats ou des obligations conventionnelles en général". (Essai de lecture d'un titre du Code.), Les Cours de droit, 1976, n°258, p. 199 : « Il est révélateur et instructif que l'évacuation formelle du concept de cause remplace un dédoublement par un autre. La théorie française du dédoublement de la cause (selon sa fonction), fait place, dans le droit québécois, à un dédoublement de l'objet. »

¹²¹¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil : Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013, p. 336, n°301.

¹²¹² A.-S. Lucas-Puget, Essai sur la notion d'objet du contrat, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2005, n°694. L'auteur précise que l'objet de l'obligation « contient nécessairement deux aspects constituant l'avvers et le revers d'une même médaille : une dette d'activité et une créance de résultat », n° 236.

¹²¹³ V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *LPA* 2014, n°218, p. 6. V. aussi, J. Ghestin, Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? *European Review of contract law*, 4/2005, p. 403 : « rien n'interdit d'appeler contenu ce que d'autre dénomment objet, ni but ce que d'autres appellent cause. »

¹²¹⁴ V. par exemple Art. 1163, 1182, 1304-6, 1347-1 alinéa 2, 1163, 1308 et 1345-2 alinéa 1 de l'ordonnance du 25 février 2016.

¹²¹⁵ Art. 1306 Code civil : « L'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur. »

¹²¹⁶ S. Bros, C. Larroumet *op. cit.* n°396, p. 367.

déterminable¹²¹⁷. Il est intéressant de noter que si la notion d'objet est maintenue à la marge pour désigner l'objet de l'obligation, quelques textes¹²¹⁸ font office d'exceptions et se réfèrent à l'objet du contrat. L'article 1171 alinéa 2 du Code civil dispose ainsi que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » L'adjectif « principal » participe encore à la difficulté d'interprétation. Si l'on ignore encore la lecture qui sera faite de cette disposition, nous pensons que la notion de contenu aurait gagné à être distinguée de celle d'objet, et que l'objet lui-même mériterait d'être cantonné à l'objet de l'obligation¹²¹⁹. Si l'on considère que contenu et objet de l'obligation se distinguent, il convient alors de préciser la notion de contenu. Dans cette perspective, la confrontation du contenu à la cause fait apparaître certains liens de parenté entre les deux notions, lesquels doivent être précisés si l'on veut utiliser efficacement la notion de contenu.

B. Contenu et « cause » du contrat

407. La notion de contenu appelle inévitablement une référence à la cause dans la mesure où le contenu renvoie, dans l'ordonnance du 10 février 2016, à plusieurs mécanismes dont les fonctions sont directement empruntées à celles habituellement dévolues à la cause. Certains droits étrangers et particulièrement le droit italien utilisent d'ailleurs la notion de contenu comme un synonyme de la « cause » du contrat. Il a ainsi été dit par certains auteurs italiens que le contenu du contrat « en révèle le sens, plus que ne le fait la prestation contractuelle qui en forme l'objet. Le facteur d'explication supplémentaire est la cause : le contenu du contrat est *l'objet du contrat qualifié par la cause*, c'est la prestation contractuelle éclairée par la raison qui la justifie.¹²²⁰ » Pour certains auteurs français, au contraire, le contenu ne

¹²¹⁷ Art. 1163 C. civ.

¹²¹⁸ Art. 1171, 1196 et 1329 C. civ.

¹²¹⁹ Le Projet *Terré* avait fait le choix d'un maintien de la notion d'objet de l'obligation dans le même temps qu'il a consacré celle de « contenu du contrat ». V. Art. 60, F. *Terré* (sous la direction de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 185 : « La notion d'objet de l'obligation, quoiqu'il s'agisse d'une spécificité du droit français, paraît pouvoir être conservée, contrairement à celle d'objet du contrat. [...] Corrélativement à la suppression de l'objet du contrat, il paraît utile d'imposer la conformité du contenu du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs, afin de ne pas se priver d'une jauge de l'illicéité ou de l'immoralité des conventions. »

¹²²⁰ V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè Editore, 2011, p. 339. Traduction de Th. Génicon in Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots, *RDC* 2015, n°3.

permettrait pas d'englober le champ couvert jusqu'ici par la cause du contrat et la cause de l'obligation¹²²¹.

408. L'une des lectures de l'ordonnance consisterait alors à reprendre la distinction entre cause de l'obligation et cause du contrat. Le contenu désignerait dans cette perspective la seule cause du contrat et non celle de l'obligation, l'objet de l'obligation étant absorbé par la notion de stipulations désignant la prestation que le débiteur s'engage à réaliser. L'objet du contrat consiste en effet à s'assurer que l'équilibre de l'opération contractuel est bien respecté, mais également que cette opération est bien licite. Si la distinction entre objet du contrat illicite et objet de l'obligation illicite peut sembler quelque peu minimale, elle peut se révéler utile lorsque les prestations envisagées sont licites prises isolément, mais, qu'associées entre elles, elles donnent naissance à une opération illicite. L'on perçoit alors l'intérêt de la notion de contenu s'agissant du contrôle des clauses du contrat¹²²². Le contenu viendrait ainsi synthétiser les notions d'objet du contrat et de cause¹²²³, au travers d'une notion-cadre¹²²⁴. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante, dans la mesure où elle suppose en réalité de dissocier la notion de contenu selon que l'on souhaite apprécier sa conformité à la loi ou à l'ordre public en général, ou déterminer l'existence d'une contrepartie.

409. La notion de contenu semble marquer en réalité le passage à une autre logique contractuelle, plus qu'elle ne révèle l'association stricte de notions préexistantes. Vouloir lui

¹²²¹ M. Fabre-Magnan, Critique de la notion de contenu du contrat, *RDC* 2015, n°3, p. 639.

¹²²² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013, p. 336, n°319 : « L'économie du contrat résulte non seulement des stipulations par lesquelles les parties définissent les prestations qu'elles se doivent, mais aussi des clauses au moyen desquelles elles organisent leurs rapports en fixant leurs droits et leurs obligations accessoires ».

¹²²³ C'est ce qu'affirme explicitement le Rapport au Président *op. cit.* « Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause » ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* p. 336, n°264 : « Les parties veulent *quelque chose* de précis, pour une *raison* précise. Rechercher ce qu'elles veulent, c'est déterminer l'*objet* du contrat ; rechercher pourquoi elles le veulent, c'est déterminer la *cause* du contrat. En précisant ces deux notions, on concrétise donc le *contenu* du contrat, lequel était jusqu'alors demeuré dans l'ombre. » Dans le même sens Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°245 et 246 p. 191 et 192.

¹²²⁴ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^e éd. 2005, n°20, p. 90 : « La notion-cadre se distingue de la polysémie, dont elle n'est pas une espèce, par les deux traits qui la caractérisent : 1) La pluralité de ses applications n'est pas une pluralité de sens. Elle est sans doute aussi toute potentielle. Mais cette potentialité peut déboucher sur une série indéfinie d'applications, présentes ou futures, prévues ou imprévues, alors que la pluralité polysémique existe, dès le départ, entre des sens distincts, déterminés et reprérés [...] L'application d'une notion-cadre exige toujours une opération intellectuelle de mise en œuvre que la perception du sens pris par un polysème dans un texte ne requiert nullement dans les cas normaux où le sens est clair. »

donner une fonction autonome de condition de validité du contrat n'apparaît pas judicieux¹²²⁵. La notion de contenu apparaît en revanche plus utile lorsqu'elle est appréhendée comme une grille de lecture du contrat, c'est-à-dire comme une notion fonctionnelle permettant de décrire l'architecture du contrat. Elle offre en effet une vue d'ensemble de l'opération contractuelle, et contribue à assurer la cohérence de cette dernière.

II. Une notion-cadre plus adaptée à l'évolution de notre droit

410. La notion de contenu absente jusqu'ici de notre Code civil semble relever de cette catégorie des notions marquées du sceau de l'européanisation du droit des contrats, mais dont on peine à tracer les contours. Si la plupart des manuels de droit des contrats ne s'attardent pas sur cette notion en tant que telle, ceux qui en font mention l'utilisent comme un terme générique désignant le *negotium* c'est-à-dire l'ensemble des dispositions qui forment l'opération contractuelle¹²²⁶, lequel « échappe de plus en plus au principe de la liberté contractuelle pour relever d'un ordre public sans cesse plus contraignant¹²²⁷ ». L'article 6 : 101 du PCCR dispose pour sa part que « Le contenu du contrat est composé d'obligations expresses ou implicites. Les éléments du contenu sont notamment la qualité de la prestation, les délais d'exécution et le prix. » Si l'on s'en réfère à cette dernière définition, le contenu désignerait les obligations qui naissent du contrat. L'étude de la Sous-section 3 de la section 2 du Chapitre II « Le contenu du contrat » du Code civil, range toutefois la notion de contenu du côté des instruments de contrôle de l'équilibre contractuel, et fait d'elle une notion-cadre plus dynamique et plus réaliste que celle d'objet. Alors que l'objet de l'obligation décrit de manière statique la chose objet de la prestation, extérieure au contrat ; la notion de contenu marque une appréhension dynamique du contrat compris comme des obligations consenties en vue d'un résultat. Le contenu cristallise ainsi la dimension intellectuelle du contrat, la mise en mouvement des obligations qu'il regroupe, leur interdépendance, et partant leur équilibre¹²²⁸. Les dix articles qui composent la sous-section 3 concentrent pour une large part les questions relatives à l'équilibre du contrat. La contrepartie convenue illusoire ou dérisoire, la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et celle qui crée un

¹²²⁵ Certains auteurs considèrent d'ailleurs qu'elle n'en est pas une cf. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* p. 238 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 260.

¹²²⁶ En ce sens, S. Bros et C. Larroumet, *op. cit.*

¹²²⁷ S. Bros et C. Larroumet, *op. cit.* n°247, p. 193.

¹²²⁸ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* p. 238 : « La question du contenu est affaire de conformité à l'ordre public, de détermination des prestations et de contrôle de l'équilibre du contrat et des clauses. »

déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties sont toutes abordées dans cette sous-section consacrée au contenu du contrat. Cette notion-cadre renferme à elle seule le « biotope » contractuel, les caractéristiques essentielles au bon développement du contrat.

411. Les projets de codification d'un droit européen des contrats reprennent la notion de contenu. Le Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens utilise ainsi la notion de contenu dans un Titre III et impose que celui-ci soit utile, possible, licite, déterminé ou déterminable¹²²⁹. Les principes *Lando* contiennent pour leur part un chapitre intitulé « Contenu et effets », mais ne font pas du contenu une condition de validité du contrat¹²³⁰. Le *Draft common frame of reference* ne range pas non plus le contenu du contrat au rang des conditions de validité, mais délimite les contours de cette notion dans un chapitre intitulé « Contenu et effets des contrats ». En droit de la consommation, là encore, le contenu désigne le processus d'intégration de l'objet par essence extérieur au contrat, dans le champ de l'opération envisagée. L'obligation d'information précontractuelle consacrée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation illustre cette opération d'absorption de l'objet en contenu¹²³¹. En effet, les informations relatives à l'objet du contrat contribuent à fixer les termes de l'échange et intègrent en conséquence l'objet par essence extérieur à l'opération au contenu du contrat.

412. Il est en réalité artificiel de faire du contenu une notion autonome de validité du contrat tant celle-ci désigne en réalité le contrat dans sa globalité. Envisagé comme une condition de validité du contrat, le contenu perd cependant de son sens et contribue à la confusion des notions. Il faut préciser en effet que si l'objet n'est plus une condition de validité du contrat, il continue d'être utilisé par le législateur pour désigner l'objet de l'obligation¹²³² et plus ponctuellement celui du contrat¹²³³. Cette cohabitation souligne non

¹²²⁹ Art. 25 du Code européen des contrats.

¹²³⁰ Il en va de même des Principes UNIDROIT qui comportent un chapitre 5 intitulé « Contenu du contrat, droit des tiers et obligations conditionnelles », mais qui n'intègrent pas la notion de contenu dans le chapitre 3 consacré à la validité du contrat.

¹²³¹ V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *LPA* 2014, n°218, p. 12 : « L'absorption de l'objet par le contenu peut être observée en droit de la consommation, domaine où les règles sont désormais élaborées au niveau européen. Le devoir légal de décrire suffisamment les biens et services objets du contrat participe de la protection de la partie faible, dans la mesure où le risque d'abus de la part du professionnel diminue si le consommateur est informé avec précision de ce qui lui est dû. »

¹²³² La sous-section 1 de la Section 3 du chapitre 1^{er} du Titre IV est intitulée « La pluralité d'objets ». Les articles 1306 et 1307 de cette sous-section utilisent la notion d'objet pour désigner l'objet de l'obligation. Ex Art. 1306 : « L'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur. »

pas la concurrence des notions, mais une certaine hiérarchie, une différence de nature tout du moins. Alors que l'objet désigne un élément du contrat, le contenu semble embrasser la réunion des éléments nécessaires à sa validité. L'intérêt du contenu consiste, nous semble-t-il, à sortir des notions d'objet et de cause, pour appréhender le contrat comme une opération juridique et économique unique. La notion de but du contrat apparaît dès lors comme une piste pertinente en matière de contrôle de la licéité du contrat. Présenté, comme une composante du contenu contractuel, le but du contrat opère comme un révélateur d'illicéité au moyen d'une interprétation objective basée sur les effets. La notion de but illicite se présente, en cela, comme un instrument du contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

§2. Le but illicite du contrat

413. Alors que la notion de contenu suscite déjà des questions abondantes quant à son acception, le législateur ajoute une déclinaison à cette notion en consacrant l'expression de « but du contrat¹²³⁴ ». Reprenant en filigrane l'article 1131 du Code civil anc., le législateur semble, en apparence, avoir placé cette notion sous le prisme de la cause, et plus exactement de la cause du contrat¹²³⁵. Plus explicite encore, selon certains auteurs¹²³⁶ que la cause, le but du contrat permettrait de réintroduire la cause dans le contrôle de la licéité du contrat. L'étude des divers projets de codification européens du droit des contrats révèle toutefois une réalité différente au profit d'une acception objective de la notion (I), propice à une interprétation du contrat par les effets lorsqu'il s'agit de s'assurer de sa licéité (II).

¹²³³ Art. 1171, 1196 et 1329 du Code civil.

¹²³⁴ Art. 1162 Code civil. L'expression de « but » est reprise dans les principes du droit européen des contrats (art. 1. 302, 4.109, 6.102, 6.110), les principes UNIDROIT (art.3.2.7, 4.3, 5.1.2, 7.1.6), le *Draft common frame of reference* (art. 7 : 207, 8 : 102, 9 :101).

¹²³⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* p. 409, n°362 : « Autrement dit, un véritable contrôle de la licéité et de la moralité du contrat suppose qu'on dépasse son apparence objective et qu'on scrute les mobiles qui animent chacun des contractants, qu'on recherche si les parties ne se proposent pas d'enfreindre une règle d'ordre public ». V. dans le même sens, J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°31, p. 28 : « Si l'on veut à tout prix être moderne et européen en supprimant la cause, il faudrait en tout cas conserver la notion de but illicite, qui n'est qu'une autre façon de dénommer la cause illicite. »

¹²³⁶ J. Ghestin, *Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? European Review of contract law*, 4/2005, p. 403 : « la mention du but est même incontestablement plus claire que celle de clause ». Dans le même sens, F. Terré (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 206 : « Il est vrai que la clarté de la notion de but est précieuse : l'affirmation suivant laquelle la cause du contrat doit être licite et conforme à l'ordre public risquerait de rajouter du vague sur du vague. »

I. L'acception objective du but du contrat

414. Le terme de but est utilisé par plusieurs projets de codification du droit européen des contrats lesquels utilisent cette notion comme un indice du bon équilibre du contrat. Il s'agit alors d'apprécier l'équilibre du contrat par le but qu'il s'assigne. L'article 3.2.7 des Principes UNIDROIT dispose en ce sens que « 1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération [...] b) la nature et le but du contrat. » La référence conjointe à la nature et au but du contrat semble faire pencher l'appréciation du but du côté de l'interprétation objective¹²³⁷. En effet, le but désignerait ici celui auquel tend un contrat par sa nature, ou encore son contenu au sens qu'il vient de lui être donné plus haut de *negotium*. Un contrat synallagmatique à titre onéreux ne poursuit pas le même but, par sa nature, qu'un contrat unilatéral à titre gratuit. Une fois encore, l'analyse subjective du but poursuivi par les cocontractants ne semble pas mise en avant dans les textes qui utilisent davantage la notion de but comme une notion-cadre désignant la nature objective du contrat, l'objectif général poursuivi par le contrat en fonction de la catégorie à laquelle il appartient¹²³⁸. Les Principes du Droit européen des Contrats font eux aussi cette association notionnelle, notamment aux termes de l'article 1 : 302 qui dispose que : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées. » Le *Draft common frame of reference* reprend à son compte cette association dans plusieurs articles¹²³⁹.

¹²³⁷ L'article 1 : 303 des PDEC associe lui aussi les deux notions : « Article 1:302: Caractère raisonnable : Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées. » Dans un autre domaine, l'article L. 1121-1 du Code du travail accole lui aussi les deux notions : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

¹²³⁸ J. Rochfeld, Cause et type de contrat, Thèse, Paris I, LGDJ, 1999, p. 4.

¹²³⁹ *Draft common frame of reference* traduction réalisée par la fondation pour le droit continental articles 8 : 102, 9 : 101.

415. Le but est entendu dans l'ensemble de ces textes comme le but objectif du contrat, c'est-à-dire le but immédiat du contrat auquel les parties consentent et qui se déduit le plus souvent de la nature même du contrat. Le contrat de vente a donc pour but de transférer la propriété d'une chose à une partie contre paiement du prix. L'analyse des mobiles lointains des parties est donc exclue ici. Cette différence d'interprétation s'explique par l'absence de condition essentielle à la formation du contrat de même nature que la cause ou le contenu dans les différents projets de codifications européens. Alors que l'ordonnance du 10 février 2016 érige en condition de validité du contrat, un contenu licite, cette question ne figure pas, en tant que telle, dans les projets de codification européens au titre des éléments de validité du contrat¹²⁴⁰. Ces différences expliquent en grande partie l'écart que fait ressortir l'étude de ces textes entre l'acceptation du but en matière de droit européen des contrats et en matière de droit interne.

416. Si l'on a pu penser que l'article 1162 du Code civil devait être lu comme la réécriture de l'article 1133 du Code civil de 1804¹²⁴¹, l'étude de la notion révèle au contraire un usage autonome de la notion de but illicite. Le choix du législateur d'inscrire la notion de but dans la catégorie plus générale du contenu du contrat, marque la filiation de deux notions inédites dont il a été démontré, pour la dernière, qu'elle ne se confondait avec aucune notion préexistante. Le but du contrat pourrait dans cette perspective occuper une fonction inédite de contrôle de la licéité fondée non pas sur l'analyse des mobiles subjectifs des parties, mais sur les effets actuels ou potentiels produits par le contrat.

II. Le but illicite du contrat et l'interprétation du contrat par ses effets

417. Le but illicite du contrat doit, nous semble-t-il, être appréhendé à l'aune des effets produits par le contrat. Le but tend en effet à se libérer de l'interprétation subjective de la cause au profit d'une analyse objective fondée sur les effets produits par le contrat. À la différence de la cause dite subjective, laquelle repose sur une recherche de la volonté interne

¹²⁴⁰ E. Savaux, *Le contenu du contrat*, JCP 2015, suppl. au n°21, p. 21 : « Dans les projets européens et dans l'esprit de certains auteurs, le contenu ne constitue pas un élément essentiel du contrat. La formation de ce dernier est extrêmement souple : il suffit que les parties aient l'intention d'être liées juridiquement et qu'elles soient parvenues à un accord suffisant. » Les Principes UNIDROIT posent en principe de validité du contrat le seul accord des parties (Art. 3.1), de même que les Principes Lando (Art. 1 : 102).

¹²⁴¹ G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.* n°404, p. 330 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* pp. 267-268 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 262.

des parties au contrat, le but illicite du contrat repose en matière de droit économique sur une analyse des effets produits par la convention qu'ils aient été voulus ou non¹²⁴². Appliqué au déséquilibre contractuel, le but illicite consiste à s'assurer que les effets produits par le contrat ne sont pas contraires aux dispositions relevant de l'ordre public de protection ou de direction. La matière économique multiplie en effet les interdictions de conventions dont l'objet ou l'effet est contraire à la loi. Le Professeur Simler note à juste titre sur ce point, que si l'effet illicite produit est volontaire il peut être rapproché de la cause illicite, tandis que l'effet illicite produit involontairement ne le peut pas « La cause répond [ant] toujours au pourquoi de l'engagement¹²⁴³ ». L'auteur propose en conséquence d'appréhender ces hypothèses comme « un cas spécifique d'illicéité objective¹²⁴⁴ ». Il existe une certaine contradiction dans la cohabitation des notions de contenu et de but, l'une désignant les moyens du contrat et l'autre les fins¹²⁴⁵. La disparition de la cause et la création concomitante de la notion de contenu et de but nous semble toutefois permettre d'échapper à cette apparente incompatibilité. La notion de but ne répond pas en effet à la question *cur debetur*-pourquoi le débiteur s'engage-t-il, qui s'intégrerait davantage dans la notion de contrepartie convenue. Bien que le vocabulaire soit assez mal choisi, l'esprit de la réforme conduit à penser qu'elle marque un certain recul à l'égard de la conception subjective de l'engagement pour se concentrer sur une analyse des effets. Le but illicite se déduit du contenu contractuel et des effets actuels ou potentiels produits par celui-ci. Il s'agit ici de faire dire au contrat, par son contenu, sa nature et les circonstances qui l'entourent, si les effets qu'il produit ou est susceptible de produire sont illicites. L'autonomie de la volonté entre ici en concurrence directe avec le

¹²⁴² Ph. Simler, Contrats et obligations –Cause- Illicéité ou immoralité de la cause, *Jurisclasseur Civil Code*, fasc. 30 mars 2010, n°14 : « De plus en plus fréquemment, la législation prohibe, spécialement en matière économique [...], non seulement les conventions qui ont pour objet la création d'obligations contraires à la loi, mais aussi celles qui ont un tel effet. Certes, lorsque cet effet illicite a été voulu, lorsque, en d'autres termes, il a constitué l'objectif visé, la cause est indéniablement illicite, l'hypothèse rejoignant celle des obligations objectivement licites, mais dont l'interdépendance réalise une opération [...]. La spécificité de la législation évoquée tient en ce que l'illicéité est avérée, et donc la nullité encourue, même si cet effet n'a pas été voulu. » Cette tendance semblait d'ailleurs confirmée par le projet de réforme de juillet 2008, art. 49, lequel disposait que contrat doit être licite.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ Ph. Simler art. préc. spéc. n°14 : « Plutôt qu'une nouvelle fonction du concept de cause, dont l'unité serait cette fois définitivement compromise, il conviendrait de voir dans ces hypothèses des cas spécifiques d'illicéité objective : illicéité de l'effet de l'obligation, à côté des hypothèses classiques d'illicéité de son objet ou de sa cause. L'article 6 du Code civil constituerait un meilleur fondement de ces solutions. »

¹²⁴⁵ E. Savaux, *op. cit.* Le contenu du contrat, *JCP* 2015, suppl. au n°21, p. 22 : « Le but n'a rien à faire dans une division consacrée au contenu et qui les oppose formellement. Il s'agit de prendre en compte le fait, sanctionné actuellement sur le fondement de la cause, qu'un contrat, irréprochable pour ce que les parties conviennent, peut ne pas l'être en raison de la fin qu'elles poursuivent. »

« dirigisme contractuel ¹²⁴⁶ » destiné à sanctionner les contrats impropres à la rationalité économique nécessaire à leur passage sur le marché. Le contrat est donc appréhendé comme un objet économique dont il convient de sanctionner les effets néfastes et, en cela, les déséquilibres qu'il induit tant à l'égard des parties qu'à l'égard du marché.

418. L'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix sanctionnait ainsi de nullité toute convention se rapportant à une pratique prohibée ¹²⁴⁷. Dans le même esprit, l'article 9 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 disposait qu'«est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8», tandis que l'article L. 420-3 du Code de commerce dispose aujourd'hui qu'«est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2». La jurisprudence a elle aussi affirmé avec force la nullité «des conventions sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ¹²⁴⁸» ¹²⁴⁹. Le sceau de la nullité du contrat range ainsi ces règles dans la catégorie de l'ordre public visé par l'article 6 du Code civil encore en vigueur. Cet ordre public concurrentiel vise aussi bien les pratiques anticoncurrentielles que les pratiques restrictives de concurrence. Le but illicite du contrat peut donc s'entendre de celui qui contrevient aux règles de la libre concurrence sur le marché, marquant ainsi la proximité entre protection de l'ordre public et protection de l'équilibre contractuel. Une convention peut par exemple servir de support à un cocontractant pour abuser de sa position dominante sur un marché ou pour mettre en œuvre une des pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. L'on ajoutera que l'article L. 442-6, III, alinéa 2 prévoit expressément la possibilité de solliciter la nullité des clauses ou du contrat illicite, la CEPC précisant que cette faculté est ouverte au cocontractant victime d'une

¹²⁴⁶ L. Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939, p. 11.

¹²⁴⁷ Art. 50 de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 alinéas 4 et 5 : « Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibé est nul de plein droit. »

¹²⁴⁸ Com. 26 mai et 18 févr. 1992, D. 1993, 57 note C. Hannoun. Il s'agissait de la restitution en nature des cuves dans les contrats conclus entre les compagnies pétrolières et les pompistes. Cette restitution particulièrement coûteuse pour les pompistes qui devaient à cette occasion faire effectuer des travaux, était utilisée par les compagnies pétrolières comme un moyen dissuasif pour empêcher les pompistes de changer de fournisseur.

¹²⁴⁹ Plus récemment, Com. 4 nov. 2014, n°12-25419 a rappelé qu'« est prohibée et partant nulle, toute clause contractuelle ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elle tend à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ».

pratique restrictive, « en application des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil »¹²⁵⁰. Le droit de la consommation recourt lui aussi à cette analyse en sanctionnant les clauses « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.¹²⁵¹ »

419. L'analyse des effets actuels ou potentiels produits par le contrat permet donc de sanctionner l'illicéité de son but. Le but n'est pas ici un objectif purement subjectif qui découlerait de la seule volonté des parties, mais apparaît aux termes de l'étude du contenu du contrat et des effets actuels ou potentiels qu'il produit. Alors que certains auteurs¹²⁵² soulignent la dimension éminemment subjective de la notion de but, la rédaction du nouvel article 1162 peut être interprétée comme un effort de rationalisation dès lors que celui-ci précise que le but du contrat ne peut déroger à l'ordre public qu'il ait été connu ou non des deux parties. Cette précision renvoie à la jurisprudence en vigueur sous l'empire du Code civil de 1804, qui exigeait, pour prononcer la nullité du contrat, que la cause illicite ait été connue de toutes les parties¹²⁵³. Cette jurisprudence a néanmoins été contredite¹²⁵⁴, au profit d'une appréhension plus objective de la question. Le rapport au président de la République précise en ce sens qu'« est reprise la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat est nul lorsque l'une des parties poursuit un but illicite, même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but (article 1162).¹²⁵⁵ »

¹²⁵⁰ L'article L. 442-6, III du C. com. n'offre textuellement cette faculté qu'au ministre de l'Économie et au ministère public toutefois cette faculté semble en pratique ouverte au cocontractant victime d'une pratique restrictive. V. Avis de la CEPC n°14-02, 23 janv. 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive, « S'il est vrai que l'article L. 442-6-I du Code de commerce mentionne uniquement l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, cette disposition spéciale n'interdit pas à la victime d'une pratique visée par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'ordre public concurrentiel sur le fondement du droit commun. De même, ni les cas spéciaux de nullité de plein droit prévus à l'article L. 442-6-II, ni les prérogatives spécifiquement reconnues au ministre de l'Économie et au ministère public par l'article L. 442-6-III ne font interdiction au contractant lésé de mettre à néant la stipulation ou l'engagement illicite en application des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil. » V. en ce sens, Paris, 25 mars 2011, n° 10/02616.

¹²⁵¹ Art. L. 212-1 C. cons. V. sur cet article Les jeux du contrat et du procès, Mélanges offerts à Gérard Farjat, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 45 : « Exit l'abus de puissance économique ; seul compte, désormais, le fait objectif du déséquilibre, peu important que ce déséquilibre soit avéré ou non (« pour objet ou pour effet »), peu important non plus l'objet de la clause : certaines clauses relatives aux litiges n'étant pas à l'abri d'un abus pourraient fort bien être réputées non écrites, la processualisation du contrat rejoignant ici la contractualisation du procès, pour la borner. »

¹²⁵² G. Chantepie, M. Latina *op. cit.* n° 407, p. 322 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* pp. 267-268 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 262.

¹²⁵³ Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1956, *JCP* 1957, II, 10008, note J. Mazeaud ; Civ. 1^{ère} 12 juill. 1989, *D.* 1991, p. 320 J.-L. Aubert.

¹²⁵⁴ Civ. 1^{ère} 7 oct. 1998, *D.* 1999, p. 110, obs. Ph. Delebecque.

¹²⁵⁵ Rapport au président de la République *op. cit.*

420. Ainsi entendu, le but se présente comme une composante du contenu du contrat, dans lequel il vient puiser pour assurer au contrat le contrôle de sa licéité. Identifié au moyen d'une analyse objective des effets produits par le contrat à raison de son contenu et de sa nature, le but du contrat manifeste l'attachement du législateur à la préservation de l'équilibre contractuel. Il révèle dans le même temps l'omniprésence d'un ordre public de protection tourné vers la sanction des déséquilibres.

Section 2 : La construction d'un ordre public de protection tourné vers la sanction des déséquilibres

421. L'ordre public économique occupe une place croissante dans les manifestations de l'illicéité contractuelle. Le législateur multiplie régulièrement les textes dont l'objet consiste à protéger certains cocontractants¹²⁵⁶, dans le même temps qu'il peine à livrer les clefs de compréhension des ambitions de cet ordre public particulier. Alors que la plupart des auteurs entreprennent de définir la notion au travers de sa distinction structurelle entre ordre public de protection et de direction¹²⁵⁷, il apparaît que cette opposition masque une imbrication réelle des objectifs poursuivis par l'ordre public économique. Incarnation du contrôle objectif de l'équilibre contractuel l'ordre public de protection s'érige en outil privilégié de la sanction des déséquilibres (§1), dont la place au sein du droit commun se trouve renouvelée par l'ordonnance du 10 février 2016 (§2).

¹²⁵⁶ Pour des exemples récents : art. L. 145-15 du Code de commerce en vigueur depuis le 20 juin 2014 : « Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54. » *Idem* Art. L. 145-16 alinéa 1., ou bien encore l'art. L. 311-5-1 al. 2 du C. com.

¹²⁵⁷ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°280, p. 255 ; G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ, 2014, spéc. pp. 96-97 ; Th. Revet, (avec la coordination de), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 5 (F. Terré : Rapport introductif) ; G. Farjat, *Droit économique*, Thémis, PUF, 1982, p. 42.

¹²⁵⁷ G. Pignarre, *Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ?* *RDC* 1^{er} janv. 2013, n°1, p. 252

§1. L'ordre public de protection : outil privilégié de la sanction des déséquilibres

422. L'ordonnance du 10 février 2016 fait une place substantielle à l'ordre public de protection. Ce dernier se présente comme l'outil privilégié de la sanction des déséquilibres et renouvelle ce faisant le rapport du législateur aux manifestations de l'illicéité contractuelle. Cet ordre public de protection doit être distingué des autres formes d'illicéité (I), ainsi que de l'ordre public de direction auquel il est habituellement opposé (II).

I. L'ordre public et les autres formes d'illicéité

423. Le choix fait par le législateur de cristalliser la question de l'illicéité sur la notion d'ordre public mérite d'être commenté. Si l'on peut y voir un choix de simplification destiné à englober dans une expression unique la question des bonnes mœurs (A) et des droits et libertés fondamentaux (B), l'absence de ces dernières notions appelle toutefois une clarification sémantique¹²⁵⁸.

A. L'ordre public et les bonnes mœurs

424. L'article 1162 du Code civil ne fait plus mention de l'expression « désuète¹²⁵⁹ » de bonnes mœurs¹²⁶⁰, par ailleurs absente des projets de réforme européens, pour lui préférer celle plus générale d'ordre public¹²⁶¹. Précédant historiquement l'avènement de l'ordre public¹²⁶², les bonnes mœurs¹²⁶³ renvoient à une morale collective¹²⁶⁴, là où l'ordre public

¹²⁵⁸ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^e éd. 2005. Cette recherche du sens constitue la partie essentielle de la linguistique juridique, n°9, p. 30.

¹²⁵⁹ JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25 Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹²⁶⁰ L'expression figurait encore dans le *Projet Terré* et les projets de réforme de la Chancellerie de 2008 et 2009.

¹²⁶¹ L'expression demeure toutefois dans l'article 6 du code civil qui n'a pas été abrogé.

¹²⁶² M. Pena, *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, *RRJ* 1992, p. 499.

¹²⁶³ A.-J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd. 1993, p. 380, *Mœurs (bonnes)* sens 1. « Au sens civil, ensemble de règles de conduite fondées sur le sentiment de devoirs censés admis communément par les citoyens, quelles que soient leurs options philosophiques et religieuses, et concernant non seulement l'activité sexuelle mais encore la loyauté, la correction, le désintéressement et le respect de la dignité humaine dans le domaine des relations sociales.

¹²⁶⁴ G. Pignarre, *Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? »*, *RDC* 1^{er} oct. 2005, n°4, p. 1291 : « les mœurs bonnes (le qualificatif n'est pas neutre), ce sont donc celles qui sont

semble traversé par des problématiques de nature économique. Est-ce à dire pour autant que les deux notions ne se rejoignent pas ? La réponse ne s'impose pas, et la raréfaction de la référence aux bonnes mœurs tendrait à en faire une notion dépassée. Certains auteurs ont proposé depuis plusieurs années d'inscrire les bonnes mœurs dans la notion plus générale d'ordre public¹²⁶⁵ dont elles seraient une « composante¹²⁶⁶ », dans le même temps que d'autres¹²⁶⁷ regrettent sa disparition et notent à juste titre le paradoxe entretenu par le législateur lorsqu'en supprimant la référence comprise dans l'ancien article 1133 du Code civil, il la maintient dans son article 6 lequel dissocie formellement la notion de celle d'ordre public.

425. L'équilibre contractuel entretient avec la morale¹²⁶⁸ une relation étroite. Le grand nombre d'arrêts s'appuyant sur l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil pour rééquilibrer

conformes à la morale, laquelle est alors explicitement identifiée à la morale chrétienne. » V. aussi, J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, *Rép. civ. Dalloz*, n°39 : « Si le contenu des bonnes mœurs a profondément évolué leur fonction n'a pas changé fondamentalement. Elle consiste toujours à préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité. » ; V. aussi, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°647, p. 357 : « Les bonnes mœurs [...] ne sont pas les mœurs pratiquées en fait à un moment déterminé d'une société donnée. Elles ont un caractère normatif : elles sont les mœurs des « honnêtes gens », celles dont la transgression porte atteinte aux valeurs et aux institutions essentielles du corps social ; une société ou un individu sans morale n'ont pas de structure et sont condamnés à la déliquescence. » F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 387, p. 433 ; J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998, p. 94 : « Telle qu'elle est inscrite dans le Code Civil, à l'article 6, à l'article 1133, la notion de bonnes mœurs fonctionne comme un instrument de moralisation du contrat. »

¹²⁶⁵ En ce sens C. Pelluchon, *L'autonomie brisée, Bioéthique et philosophie*, PUF, coll. Léviathan, 2009, propose d'absorber les bonnes mœurs dans l'ordre public par le recours à la notion d'ordre public philanthropique pour parler des atteintes à la dignité humaine. V. aussi, G. Pignarre *op. cit.* Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 1^{er} oct. 2005, n°4, p. 1296, pour qui l'une des solutions consisterait à « déplacer le curseur de la morale personnelle vers celui de la morale des affaires ? L'élargissement du champ d'application des bonnes mœurs contribuera à la diffusion d'un certain nombre de valeurs, aptes à pallier l'impuissance et l'inefficacité du contrôle des comportements contractuels immoraux. » ; A.-J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd. 1993, p. 380, *Mœurs (bonnes)*, n°4, p. 382.

¹²⁶⁶ R. Polin, (sous la dir. de) *L'ordre public*, Actes du colloque, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 7. L'auteur identifie ici trois ordres qui composeraient l'ordre public : l'ordre des mœurs, l'ordre proprement politique et l'ordre du socialinéma

¹²⁶⁷ E. Savaux *op. cit.* Le contenu du contrat, *JCP* 2015, suppl. au n°21, p. 22 : « Il faut d'abord regretter la disparition des bonnes mœurs[...] leur affirmation traduit l'existence de valeurs supérieures, d'inspiration morale, dont le rappel n'est pas inutile dans une société confrontée à la marchandisation générale des choses et des activités. » G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°96, p. 85 : « À la différence de l'article 6 du Code civil, la réserve posée par l'article 1102 ne mentionne plus les bonnes mœurs qui en constituaient le volet moral ».

¹²⁶⁸ A.-J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd. 1993, p. 38, sens 1. « En sociologie : ensemble des règles de conduite jugées comme adéquates, dans une société donnée, par l'opinion dominante (sens proche de mœurs), étant entendu que ces règles sont variables selon les lieux et les temps. » ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd. 2016, p. 668 sens 4 : « Par opp. à immoral, conforme aux bonnes mœurs ; se dit de l'objet et de la cause dans l'acte juridique et de l'intérêt pour agir en justice. » ; D. Alland et S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, pp.

les conventions, témoigne à l'évidence de la place occupée par la morale dans le contrôle de l'équilibre contractuel. L'équilibre contractuel est nécessairement traversé par la question de l'appartenance à l'une ou l'autre de ces catégories compte tenu de l'usage qui a pu être fait de l'obligation de bonne foi pour venir rééquilibrer les conventions¹²⁶⁹. C'est le cas notamment en matière de contrat de cautionnement disproportionné¹²⁷⁰. Les arrêts rendus par la Cour de cassation en matière d'imprévision¹²⁷¹ ont également recouru à l'obligation de bonne foi pour sanctionner la partie qui a privé son cocontractant de la faculté de pratiquer des prix concurrentiels¹²⁷². Le recours à cette obligation tendrait à faire basculer la question de l'équilibre du contrat du côté du respect des bonnes mœurs, l'obligation de bonne foi témoignant *a priori* d'un attachement à la règle morale. La « morale » des affaires aurait ainsi tendance à rapprocher l'équilibre des contrats d'affaires de la notion de bonnes mœurs, si l'on considère que cette notion contient, à la différence de l'ordre public, une dimension morale¹²⁷³. Cette conception semble toutefois largement remise en cause par l'évolution de l'ordre public, lequel s'emploie à partager avec les bonnes mœurs une « morale commune¹²⁷⁴ ».

426. L'utilisation du terme général d'ordre public par l'article 1162 du Code civil et non de l'expression « des lois d'ordre public » traduit en effet une approche globale de la notion, l'ordre public ne se réduisant pas à celui qui est défini comme tel par la loi, mais se présentant

1040-1046 ; S. Darmaïn, Le contrat moral, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000, spéc. n°79-80, pp. 66-67 : « Ainsi, la contribution de l'ordre public à l'ordre moral, n'est que partielle, d'une part, l'ordre moral débordre le champ de l'ordre public ; d'autre part, l'ordre public contient des normes qui restent étrangères à l'ordre moral même si le but ultime de ces deux ordres est similaire ».

¹²⁶⁹ P. Leclerc, Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats, Fasc. Unique, *JurisClasseur*, 2011, n°54. V. aussi, S. Tisseyre, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse, PUAM, 2012, n° 252, p. 191 : « La bonne foi, dans son rôle annihilateur, sanctionne l'existence d'un vice substantiel, c'est-à-dire d'un déséquilibre. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°35 p. 21.

¹²⁷⁰ Com. 17 juin 1997, *RTD com.* 1997, 662, obs. M. Cabrillac ; Com. 8 oct. 2002, *LPA* 18 juill. 2003, n°143, p. 12, obs. C. Brenner, V. aussi, art. 341-4 du Code cons.

¹²⁷¹ Com. 3 nov. 1992, *D.* 1995, 85, obs. D. Ferrier ; Com. 24 nov. 1998, *RTD civ.* 1999, 98, obs. J. Mestre ; Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *RDC* 2004/3, 642, obs. D. Mazeaud ; CA Nancy, 26 sept. 2007 *RTD civ.* 2008, 295, obs. B. Fages.

¹²⁷² D. Ferrier, obs. préc.

¹²⁷³ Et plus particulièrement une morale sexuelle. V. en ce sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°281 p. 256 : « Traditionnellement associées à l'ordre public, les bonnes mœurs ne sont en réalité qu'un aspect de celui-ci, relatif à la morale, et notamment à la morale sexuelle. » ; V. Aussi, J. Bonnet, La notion de bonnes mœurs ; sa portée en droit civil français, in *Études Capitant*, Dalloz, 1939, p. 91 ; J. Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, in *Études Gény*, tome 1, Sirey, 1934, p. 53.

¹²⁷⁴ D. Ferrier, obs. préc., spéc. n°15.

comme celui que les juges peuvent dégager des textes¹²⁷⁵. L'ordre public peut en conséquence être perçu comme une catégorie générale à laquelle se rattacherait celle de bonnes mœurs¹²⁷⁶. L'objectivation¹²⁷⁷ des bonnes mœurs évoquée par le Professeur Pignarre contribuerait donc à l'absorption de celles-ci dans l'ordre public, comme cela existe déjà en droit allemand¹²⁷⁸. Ripert, fustigeait déjà dans *La règle morale dans les obligations civiles*¹²⁷⁹, l'acception sociologique des bonnes mœurs, écartant toute dimension religieuse ou philosophique des bonnes mœurs au profit d'une définition reposant sur ce que l'opinion commune reconnaît comme n'étant pas acceptable dans la société.

427. Toutefois, les bonnes mœurs tendent aujourd'hui à embrasser une dimension « économique » des contrats, témoignant en cela du caractère contingent de la notion. La morale religieuse a cédé le pas à un ordre public de marché concentré sur la protection de ses opérateurs. Ont ainsi un objet illicite les clauses abusives au sens de l'article L. 212-1 du C. consom. ou celles visées par les articles L. 420-3, L. 442-6 et L. 441-7 du Code de commerce¹²⁸⁰. Face à la marchandisation de l'ordre public, de nombreux auteurs ont déploré

¹²⁷⁵ Dans le même sens, l'article 1102 alinéa 2 du Code civil se réfère aux « règles qui intéressent l'ordre public », semblant indiquer en cela que l'ordre public ne se réduirait pas aux lois qui se revendiquent comme telles mais à toutes les règles qui s'y intéressent, quand même leur source ne leur viendrait pas de la loi. Cf. *infra* n° 422-427 sur l'ordre public virtuel. V. en ce sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°257, p. 236 : « Notons enfin qu'il est désormais question de règles, et non plus des seules lois, qui intéressent l'ordre public, officialisant ainsi l'ordre public judiciaire ou virtuel. »

¹²⁷⁶ G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016 n°96, p. 86 : « rien n'empêche les juges d'utiliser l'article 6 du Code civil, ni même de considérer que les bonnes mœurs constitueraient une facette de l'ordre public. » V. dans le même sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* p. 256.

¹²⁷⁷ G. Pignarre *op. cit.* Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 1^{er} oct. 2005, n°4, p. 1296 : « L'ouverture générale de la notion de « bonnes mœurs » dans le domaine économique nous paraît pouvoir contribuer on ne peut plus harmonieusement à l'édification du « nouvel ordre contractuel », fruit de la mutation structurelle et substantielle qui affecte le droit contemporain des contrats. » L'auteur propose ainsi de recourir à la notion d'économie du contrat pour concrétiser cette objectivation V. p. 1297 : « Appliquée à notre objet d'étude, la notion d'« économie du contrat » se « transforme » qualitativement : d'un instrument de contrôle de l'adéquation de la volonté contractuelle à une norme supérieure (les bonnes mœurs). Elle devient une représentation de la normalité que les parties doivent respecter. Les parties devront donc respecter l'économie du contrat pour que celui-ci soit conforme aux bonnes mœurs. »

¹²⁷⁸ Le droit allemand sanctionne sur le fondement de § 138 du BGB relatif aux bonnes mœurs les contrats dans lesquels « la partie dominante abuse de cette situation de faiblesse d'une manière criante pour la satisfaction unilatérale de ses intérêts ».

¹²⁷⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949, 4^e éd. p. 73 : « les tribunaux résistent à ces pitoyables suggestions. Ils savent qu'ils sont les censeurs des passions humaines et non leurs serviteurs. Ils ne croient pas que la mode fasse la justice. Et c'est un grand émerveillement de voir dans une société où la débauche, le jeu, la corruption, la spéculation, l'enrichissement injuste sont regardé avec indulgence par l'opinion publique, les tribunaux ne pas tolérer que de pareils mobiles puissent inspirer des conventions valables. »

¹²⁸⁰ F. Buy, La sanction de la lésion dans les relations commerciales. À propos de l'article L. 441-7 du Code de commerce modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014, *D.* 2014, 1333.

la disparition à des références morales¹²⁸¹, lesquelles contribuent à la dimension éminemment symbolique du droit¹²⁸². Si d'un point de vue formel, le législateur n'a pas totalement abandonné la référence aux bonnes mœurs¹²⁸³, il n'a pas entendu faire du contrat un de ses terrains d'application, privilégiant ainsi une approche de l'illicéité du contrat plus pragmatique que moraliste. Ce constat s'explique en large partie par l'affairisation du droit commun des contrats et l'intégration de problématiques économiques dans le giron du Code civil, là où ces dernières se trouvaient jusqu'alors repoussées derrière les frontières du code de commerce¹²⁸⁴. La pénétration de ces problématiques au sein du Code civil s'inscrit également dans l'essor de ce que l'on désigne comme « l'éthique des affaires¹²⁸⁵ ». Cette éthique « correspond davantage à la conception objective du contrat, en ce qu'elle s'attache moins à la manière de faire l'acte qu'à son contenu. L'éthique contractuelle implique de prévoir une convention dont l'économie est à même de satisfaire l'ensemble des parties, sans déséquilibre trop important.¹²⁸⁶ » Alors que la morale s'est conçue longtemps comme une notion surplombante et extérieure au marché, la morale des affaires aussi appelée éthique des affaires, acte l'intégration de ces normes au sein même du contrat¹²⁸⁷. Si les bonnes mœurs semblent donc s'être fondues dans la notion plus générale et économique d'ordre public, la question se pose de la place qu'il convient de faire alors aux droits et libertés fondamentaux.

¹²⁸¹ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°534, p. 393 : « Finalement les bonnes mœurs, plutôt que de disparaître, tendent à se déplacer, dans la conception actuelle de l'intérêt général, du domaine de la vie sexuelle privée vers la protection de la dignité des hommes en tant que tels et vers la moralité des citoyens ou des relations économiques internationales. » F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n°387, p. 434 : « Dans une société de consommation où le plaisir et le bien-être de l'individu deviennent les seules « valeurs » de référence, les bonnes mœurs ont tendance à céder la place aux mécanismes de droit de la consommation. »

¹²⁸² G. Pignarre *op. cit.* Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 1^{er} oct. 2005, n°4, p. 1299. V. aussi, J. Hauser, L'ordre public et les bonnes mœurs, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 106 : « On admet en général que la notion de bonnes mœurs n'est qu'un aspect-moral-de l'ordre public et on se s'étonnera pas de ne pas les retrouver, les supposant ainsi fondues dans les règles impératives. Il reste que ceux qui sont attentifs aux signes et comptables de la décadence interne de la notion, notamment sous son aspect sexuel, y verront une manifestation supplémentaire de la dégradation de la morale et l'absence européenne de toute référence à la notion conduira à la même conclusion que précédemment : l'incapacité faite d'une ambition commune et collective à définir l'interdit ».

¹²⁸³ L'art. 6 du Code civil fait toujours référence aux bonnes mœurs.

¹²⁸⁴ En ce sens V. H. Barbier, Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, 42^{ème} colloque de l'association droit et commerce, *Gaz. Pal.* Hors-série, 12 juin 2017, p. 5 : « Depuis quelques temps déjà, l'emprise du droit des affaires sur la vie civile est forte. [...] le droit des affaires met ses armes et atouts au service du droit civil dans sa mission d'ordonnement de la vie civile. »

¹²⁸⁵ T. Revet, L'éthique des contrats en droit interne, in *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997 ; G. Virassamy, *L'entreprise face à l'éthique du profit*, Travaux du CERJDA, Volume 7, L'Harmattan, 2008.

¹²⁸⁶ E. Mouial-Bassilana, *Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat*, Thèse, Nice, 2003, p. 566, n°1117.

¹²⁸⁷ M. Callon, *L'emprise des marchés. Comprendre leur fonctionnement pour pouvoir les changer*, Éditions de la découverte, 2017, p. 389.

B. L'ordre public et les droits et libertés fondamentaux

428. L'abandon de toute référence aux droits et libertés fondamentaux¹²⁸⁸ questionne sur la place de cette notion au sein de l'ordre public. La fondamentalisation¹²⁸⁹ du droit des contrats n'a finalement pas été consacrée formellement par l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle en contradiction avec plusieurs versions du texte¹²⁹⁰ et les travaux européens¹²⁹¹, a retiré toute référence à la notion¹²⁹². L'alinéa 2 de l'article 1102 du projet de réforme de la Chancellerie de mars 2015 consacrait les droits et libertés fondamentaux inscrits « dans un texte applicable aux relations entre personnes privées » aux côtés de l'ordre public comme limite à la liberté contractuelle. Cette référence était toutefois subordonnée à un contrôle de proportionnalité¹²⁹³ consistant à s'assurer que l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentaux soit « indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnés au but recherché. » Cette disparition, à la différence de celle des bonnes mœurs, permet difficilement de penser que les libertés et droits fondamentaux¹²⁹⁴ seront intégrés dans l'ordre public¹²⁹⁵. Ces deux notions

¹²⁸⁸ Sur la distinction entre définition formaliste et matérielle des droits fondamentaux L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, Thèse, LGDJ, 2013, n°9, p. 9.

¹²⁸⁹ S. Chassagnard-Pinet, *Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel*. *Contrat et convention européenne des droits de l'homme*, in *Libre droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 225 ; R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, note de Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2008.

¹²⁹⁰ PCCR Art. 15 : 101. Le projet de réforme de la Chancellerie de mars 2015 faisait mention des droits et libertés fondamentaux dans l'article 1102 alinéa 2, de même que le *Projet Terré* (Art. 4 alinéa 2 et art. 59), le *Projet Catala* se réfère pour sa part à la notion de manière plus équivoque (Art. 1129-1 alinéa 2).

¹²⁹¹ *VARIJ AUCTORES*, Terminologie contractuelle commune, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Société de Législation comparée*, 200, pp. 191-194, Les droits fondamentaux y sont présentés comme une composante de l'ordre public ; Dans le même esprit le *Draft common frame of reference* sanctionne de nullité le contrat qui « viole un principe reconnu comme fondamental dans les droits des Etats membres de l'Union européenne » art. II. — 7 : 301, a.

¹²⁹² G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n° 97, p. 87 : « Un tel texte aurait favorisé une application judiciaire des droits et libertés fondamentaux plus conforme aux méthodes des juridictions européennes. »

¹²⁹³ J.-P. Chazal, Ch. Jamon, G. Pignarre et S. Pimont, *Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, Sept. 2015, entretien 5.

¹²⁹⁴ L'expression retenue ici est celle définie par le Professeur Jamin, in *Le droit des contrats saisis par les droits fondamentaux*, in *Repenser le contrat*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 2009, p. 177 comme : « un corpus de règles, de décisions et de principes qui sont avant tout fondés sur des textes à valeur *supra*-législative, que sont en l'occurrence la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹²⁹⁵ Pour un avis contraire, G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°97 p. 87 : « ce choix de la sécurité juridique ne suffira pas à exclure les droits et libertés fondamentaux du contentieux contractuel. Il n'est pas douteux, en effet, qu'ils peuvent constituer des règles qui intéressent l'ordre public, que le juge sera donc tenu de contrôler. » ; V. aussi O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 46 : « On observera que la rédaction d'alinéa 2 est simplifiée par rapport à celle qui avait été envisagée dans le projet d'ordonnance, lequel incluait parmi les limites l'impossibilité de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées. Cette précision était doublement inutile. D'abord,

reposent en effet sur des modalités de mise en œuvre différentes¹²⁹⁶. Les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales tolèrent des atteintes à la condition que celles-ci remplissent certaines conditions que l'article 1102 du projet de réforme de la Chancellerie précité se proposait de synthétiser aux termes de son alinéa 2. Ce contrôle de proportionnalité est fidèle aux conditions de l'ingérence de l'État en matière de droits et libertés garantis par la Convention européenne¹²⁹⁷. Trois conditions sont en effet requises. Il faut tout d'abord que l'ingérence soit prévue par la loi, il faut ensuite qu'elle poursuive un intérêt légitime et il faut enfin qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique. De plus, « l'ordre public édicte des interdictions (c'est l'ordre public négatif) ou des obligations (c'est l'ordre public positif). [...] En revanche les droits fondamentaux confèrent des droits subjectifs, des prérogatives¹²⁹⁸. » Ces droits sont mis en concurrence et « concilié[s]¹²⁹⁹ » au cas par cas dans le cadre des droits fondamentaux, tandis que l'ordre public, lui, consiste à livrer le fruit de « la conciliation des intérêts antagonistes [...] opérée en amont par le législateur [...] en formulant une règle générale, prédéterminée et impérative¹³⁰⁰ ». Deux solutions peuvent être envisagées si l'on entend maintenir le contrôle du respect des droits et libertés fondamentaux par le biais de l'article 1102 du Code civil¹³⁰¹. La première consisterait à traiter ce contentieux hors de tout contrôle de proportionnalité comme certaines décisions ont pu le laisser penser¹³⁰². On distingue alors l'ordre public français de « l'ordre public européen¹³⁰³ ». La seconde consisterait en revanche à maintenir les critères de l'alinéa 2 de l'article 1102 dans sa version

parce que ces droits fondamentaux étant « reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées », ils n'ont pas besoin du Code civil pour produire leurs effets. Ensuite, parce que si l'ordre public est identifié par sa fonction, c'est-à-dire comme une limitation de la liberté contractuelle, alors les droits et libertés fondamentaux en font partie dans la mesure où ils sont convoqués pour interdire aux parties de s'en écarter. »

¹²⁹⁶ F. Terré (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, n° 5, p. 115 : « le juge national a tendance à faire respecter les droits et libertés fondamentaux comme n'importe quelle norme d'ordre public en considérant que l'on ne peut simplement y déroger. Or, et la pratique de la Cour européenne l'a bien montré, ces droits et libertés ne sont pas absolus : ils s'apprécient au regard des intérêts en présence et particulièrement dans les rapports horizontaux. »

¹²⁹⁷ J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2017, n°651, p. 762.

¹²⁹⁸ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°514, p. 378.

¹²⁹⁹ F. Riem, *Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ?* in *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, sous la direction scientifique de Laurence Boy, Larcier, 2015, p. 24.

¹³⁰⁰ R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas Paris II, coll. *Colloques*, 2009, n°184, p. 118.

¹³⁰¹ G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n° 97, p. 87.

¹³⁰² Civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n°05-14.774 ; Bull. civ. III, n°140, D. 2006, 2887 note C. Atias.

¹³⁰³ C. Pichelard, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit public européen des droits de l'homme*. Thèse, Montpellier 1, 1999, *Doc. fr.*, 2002 ; A. Jeuneau, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, Thèse, Paris I, 2015, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01653127/document>

de 2015 afin de s'assurer que les atteintes portées à ces droits et libertés sont nécessaires et proportionnées à la protection d'un intérêt légitime¹³⁰⁴. La « peur¹³⁰⁵ » dont semble témoigner l'ordonnance du 10 février 2016 à l'égard des droits fondamentaux ne signifie pas pour autant que ces derniers n'imprègnent pas, même indirectement, l'ordre public économique. Bien au contraire.

429. Il a ainsi été mis en évidence les liens qu'entretiennent l'ordre public néolibéral et les droits et libertés fondamentaux¹³⁰⁶. Cet ordre public néolibéral se caractérise en effet par la dynamique des libertés qu'il défend. L'ordre public de direction n'y est pas statique et directif, mais promeut au contraire la libre compétition sur le marché. La défense de cette liberté s'appuie sur une liberté corollaire, la liberté contractuelle, laquelle apparaît par principe la plus à même de parvenir à assurer une concurrence saine. Cette liberté n'est pas pour autant épargnée par la confrontation à des libertés fondamentales pouvant entrer en concurrence avec elle¹³⁰⁷. C'est ainsi que des libertés individuelles fondamentales telles que le libre exercice d'une activité professionnelle ou de disposer de ses biens¹³⁰⁸ peuvent être mobilisées lorsqu'il apparaît que la liberté contractuelle ne permet pas de remplir l'objet qui lui est assigné¹³⁰⁹. Plusieurs arrêts se sont ainsi appuyés sur ces droits et libertés fondamentaux pour sanctionner dans des rapports interindividuels des clauses qui revenaient

¹³⁰⁴ En ce sens, Soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, p. 645, obs. J.-P. Marguénaud. En matière de clause de non concurrence : Soc. 10 juill. 2002, *RDC* 2003, 17, obs. J. Rochfeld.

¹³⁰⁵ M. Mekki, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *D.* 2015, p. 816, n°37.

¹³⁰⁶ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2004, n° 397 et s., spéc. p. 241.

¹³⁰⁷ L. Maurin, Contrat et droits fondamentaux, Thèse, LGDJ, 2013, n° 154, p. 134 : « Rechercher une éventuelle manifestation de la liberté contractuelle au sein des échelons supérieurs de la hiérarchie des normes, on le concède, n'est pas dépourvue de toute ambiguïté. Son inclusion dans le système européen de protection des droits fondamentaux relève plus, à l'heure actuelle, de la prospective juridique. »

¹³⁰⁸ Art. 17 de la DDHC : « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » V. également Art. 1^{er} du Protocole additionnel du 2 mars 1952.

¹³⁰⁹ Le Conseil constitutionnel a longtemps refusé de reconnaître une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle V. notamment, déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Rec.* p. 117 ; *JCP* 1995. II.22404, note Y. Broussolle ; Cons. constit. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 476, étude X. Prétot. La liberté contractuelle n'est reconnue que de manière médiate « pour assurer le plein exercice d'une liberté déjà consacrée par la charte fondamentale ou identifiée par le juge constitutionnel. En d'autres termes, la liberté contractuelle ne pouvait se prévaloir d'une existence constitutionnelle autonome. » in F. Moderne, La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? *RFDA* 2006. 2. La décision du Cons. constit. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *D.* 2000, obs. S. Garneri a toutefois conféré un caractère constitutionnel à la liberté contractuelle en s'appuyant sur l'art. 4 de la DDHC. En matière de droit européen des droits de l'homme, la liberté contractuelle n'est pas reconnue comme une liberté fondamentale en tant que telle mais profite d'une reconnaissance progressive par le biais d'autres concepts tels que l'autonomie personnelle, le droit de nouer des relations avec ses semblables, le droit d'avoir un patrimoine personnel, la libre circulation des capitaux, des marchandises ou bien encore la liberté d'entreprise Cf. L. Maurin, *op. cit.*, n°139 à 153 pp. 121-133.

en réalité à instaurer un déséquilibre entre les parties au contrat¹³¹⁰. Ces clauses n'étaient pas sanctionnées directement à ce titre, mais soulignaient un rapport d'obligation asymétrique entre les parties. L'horizontalisation des droits et libertés transparait donc dans la confrontation d'intérêts privés dont l'arbitrage repose sur une hiérarchisation de ceux-ci. Il est en effet de plus en plus courant de trancher des litiges opposant des personnes privées entre elles plus qu'ils n'opposent l'État à un individu. En ce sens, le processus d'horizontalisation des droits fondamentaux se retrouve dans la mise en œuvre même de l'ordre public néolibéral¹³¹¹.

430. L'étude des dispositifs de contrôle de la licéité du contrat révèle la prégnance de l'ordre public lorsqu'il s'agit de contrôler l'équilibre du contrat. Le législateur s'emploie en effet depuis plusieurs décennies, et plus ardemment depuis une dizaine d'années, à alimenter un ordre public de protection dont on peut dire aujourd'hui qu'il concurrence l'ordre public de direction dont il est habituellement distingué. Si Carbonnier disait en 1969 de la justice contractuelle que « la loi civile a renoncé, en général, à la prendre en charge¹³¹² », il peut être affirmé, 50 ans plus tard, qu'il faudra demain reconnaître à titre d'exception les situations dans lesquelles le législateur n'a pas entendu assurer aux parties la justice contractuelle¹³¹³. Cette omniprésence de l'ordre public de protection conduit à réenvisager l'emprise de cette notion sur le droit commun des contrats. Elle nous incite dans le même temps à analyser les ressorts de cet ordre public de protection renforcé.

¹³¹⁰ Pour une application de l'art. 8.1 de la CEDH en matière de bail d'habitation 3^e civ. 6 mars 1996, *JCP G* 1996, I, 3958, n°1, obs. Ch. Jamin. Ici la Cour de cassation était venue sanctionner le bailleur social qui sollicitait la résiliation du contrat de bail d'un locataire au motif que ce dernier hébergeait un tiers alors que cela lui était interdit par le contrat en question ; En matière de contrat de travail, Soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, p. 645 note J.-P. Marguénaud. ; Application de l'article 6.1 de la CEDH en matière de contrat d'assurance 2^e civ., 10 mars 2004, *RTD civ.* 2005, p. 133, n°1 obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³¹¹ M. Mekki *op. cit.* n°448 p. 275 : « Le néo-libéralisme de l'ordre public s'affirme aussi sous le visage du fondamentalisme. Autrement dit, l'ordre public s'impose en droit positif comme le canal privilégié par lequel les droits et libertés fondamentaux sont juridiquement protégés. »

¹³¹² J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969, p. 106.

¹³¹³ R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 2016, n°187, p. 154 : « Au principe d'égalité théorique posé par le postulat volontariste s'est substituée une logique d'inégalité des contractants. ». G. Chantepie, M. Latina *op. cit.* n°38, p. 31 : « le changement le plus profond de l'ordonnance réside sans doute dans un basculement de la philosophie générale en faveur d'une protection de la partie faible, par la consécration d'un droit des contrats inégalitaires. [...] le législateur prend acte d'une inégalité structurelle dans les rapports contractuels. »

II. La distinction traditionnelle entre ordre public de direction et de protection

431. L'ordre public de protection est traditionnellement présenté comme celui qui intéresse la protection des parties au contrat par opposition à l'ordre public de direction qui poursuivrait la satisfaction de l'intérêt général. Le droit contemporain des contrats sous l'influence du droit des pratiques restrictives de concurrence conduit, nous semble-t-il, à revoir les termes de cette opposition. L'enchevêtrement des intérêts en présence contribue en effet à brouiller les lignes de démarcation de ces ordres publics (A) de sorte qu'il apparaît indispensable d'adopter une lecture finaliste de la règle de droit (B).

A. L'enchevêtrement des intérêts en présence

432. L'ordre public économique est présenté par beaucoup d'auteurs comme une notion paradoxale, « aussi floue qu'indispensable¹³¹⁴ ». Il faut reconnaître que la notion peut paraître peu intelligible tant elle a servi à décrire des phénomènes juridiques différents et complexes. Il nous apparaît cependant que la notion reflète plus que jamais les ressorts de l'ordre public contemporain. Elle constitue une grille de lecture pertinente du phénomène d'empiètement du droit des affaires sur le droit commun des contrats¹³¹⁵. L'étude du phénomène d'enchevêtrement des intérêts en présence en droit commun (1), comme en droit des pratiques restrictives (2) conduit ainsi à ouvrir les frontières habituellement dressées entre chacune des composantes de cet ordre public au profit d'une lecture commune des leurs effets (3).

1. L'étude du phénomène d'enchevêtrement des intérêts en présence en droit commun

433. Conurrencé par cet ordre public économique, le Code civil semble aujourd'hui se faire le défenseur de celui-ci. Le Code civil est en effet, depuis le 1^{er} octobre 2016, chargé de dispositions protectrices lesquelles peuvent être analysées comme des normes relevant de ce

¹³¹⁴ Th. Pez, L'ordre public économique, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 49 (dossier : l'entreprise), oct. 2015, p. 44 à 57.

¹³¹⁵ G. Farjat, *Droit économique*, Thémis, PUF, 1982, p. 42 : « L'ordre public économique n'est plus une notion d'exception, mais un instrument technique d'une législation diversifiée concurrente du droit civil classique. »

qu'il est habituel de désigner comme un ordre public de protection¹³¹⁶. Cette affirmation de la présence de l'État peut apparaître surprenante à l'heure où celui-ci est perçu par certains comme un obstacle aux échanges. Le phénomène de contractualisation de la société¹³¹⁷ conduirait en effet au déclin progressif de l'État en faveur d'une régulation de l'économie par le contrat¹³¹⁸. Le développement de l'ordre public économique contribue en réalité au renforcement de ce phénomène dans la mesure où il dote le contrat d'une dimension nouvelle, et procède au transfert du contenu substantiel traditionnellement attaché à la loi dans la sphère du contrat.

434. L'ordre public de protection, aussi appelé par certains auteurs « ordre privé impératif »¹³¹⁹, désigne « les mesures qui tendent à la protection d'un contractant et qui modifient les relations contractuelles des parties en accordant un droit à l'une d'entre

¹³¹⁶ M. Hervieu, *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction*, in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 318 : « On distingue historiquement à l'intérieur du corps de règles composant cet ordre public économique, celles qui ont pour finalité la protection du contractant faible de celles qui ont pour objet l'orientation de l'activité contractuelle dans un sens qui paraît conforme à son utilité sociale, les premières relevant de l'ordre public dit de protection et les secondes, de l'ordre public de direction. »

¹³¹⁷ Cf. *infra* n° 831-832.

¹³¹⁸ A. Supiot, « La contractualisation de la société », Université de tous les savoirs, Conférence du 22 févr. 2000. A. Supiot identifie deux faces de la contractualisation de la société, l'une apparente et l'autre cachée. La première correspond à une extension de l'empire du contrat tandis que la seconde désigne la transformation du contrat dans sa substance.

¹³¹⁹ J. Mestre, *L'ordre public dans les relations économiques*, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 1996, p. 34. Le Professeur Mestre a proposé de parler « d'ordre privé impératif » pour désigner l'ordre public de protection. Comparant cet ordre privé à celui qui existe en matière de régime matrimonial, l'auteur précise : « il y a dans le Code civil un statut matrimonial de base, un régime primaire impératif, c'est-à-dire un ensemble de règles qui s'imposent de l'intérieur aux ménages, quel que soit leur régime matrimonial. En matière économique, il en va un peu de la même manière à partir du moment où les parties choisissent de contracter dans un certain cadre. Automatiquement, s'impose à elles un certain contenu, un régime contractuel impératif, un régime primaire contractuel qui est le fait d'une certaine vision législative impérative, et qui se développe à l'heure actuelle de façon très sensible. » Ces contrats désigneraient ainsi des catégories contractuelles prédéfinies que sont le contrat de consommation, mais également certains contrats conclus entre professionnels tels que les contrats de sous-traitance protégés par la loi du 31 décembre 1975 ou les baux commerciaux. Sur la question de la distinction entre ordre public et règle impérative V. notamment en faveur d'une distinction J. Hauser, *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 106. Selon cet auteur l'impérativité porterait uniquement sur les effets techniques de la règle alors que l'ordre public « traduit une ambition collective minimum. » V. aussi, G. Pignarre, *Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? RDC* 1^{er} janv. 2013, n°1, spéc. n° 10 : « Ordre public et impérativité supposent, en principe, qu'il ne puisse être dérogé à la règle qualifiée de telle. Mais si toute règle impérative est forcément d'ordre public, la réciproque n'est point forcément exacte. Outre que l'ordre public peut avoir sa source ailleurs que dans la loi, l'article 6 du Code civil est le fondement de la suprématie des lois impératives (*i.e.* les lois intéressant l'ordre public sont impératives), « il ne dit pas, cependant, (...) que les lois impératives sont d'ordre public ». On soulignera par ailleurs que s'il n'existe pas d'incompatibilité entre règles impératives et règles d'ordre public de protection, les premières ne sont pas nécessairement synonymes des secondes ; d'aucuns s'appuyant même sur la notion d'« ordre public de protection » afin de les distinguer ». Il s'agit en réalité de désigner l'ordre public de protection au travers de l'impérativité et l'ordre public de direction lorsque l'on utilise l'expression « ordre public ». Nous ne reprendrons cette distinction à notre compte dans les présents développements.

elles.¹³²⁰ » Terrain privilégié de la mise en œuvre de cet ordre « semi-public¹³²¹ », le contrat subit depuis plusieurs années ses assauts¹³²². Cet ordre public de protection éclaté¹³²³ entre les diverses branches du droit perd lui aussi en lisibilité, et les frontières qu'il était habituel de tracer se brouillent pour laisser place à une pluralité d'ordres publics¹³²⁴ qui se confondent partiellement. Ces ordres publics varient par leur objet comme par leur échelle¹³²⁵. À l'ordre public stable¹³²⁶, se substituent des ordres publics changeants, façonnés par les impératifs économiques de notre société¹³²⁷. Le risque réside alors dans une confrontation des intérêts protégés, la règle d'ordre public ne parvenant plus alors à atteindre l'objectif fixé. La multiplication des dispositions d'ordre public et leur empilement conduisent à des « effets pervers¹³²⁸ » entendus comme la perte d'efficacité de la règle de droit et la production par celle-ci d'effets contraires à son objectif. La surproduction de règles d'ordre public conduit en effet à opérer des choix au profit d'une catégorie de cocontractants, par exemple, lorsque les règles d'ordre public de protection invoquées visent des intérêts catégoriels différents¹³²⁹, ou conduit dans d'autres hypothèses à l'érection de nouvelles parties fortes par l'effet d'une surprotection. L'ordre public de direction n'est pas épargné. Celui-ci pouvant produire des

¹³²⁰ G. Farjat, *op. cit.* p. 43.

¹³²¹ Th. Revet, (avec la coordination de), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 1996, p. 5 (F. Terré : Rapport introductif).

¹³²² G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ, 2014, spéc. pp. 96-97.

¹³²³ G. Pignarre, *Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? RDC* 1^{er} janv. 2013, n°1, p. 252 : « On assiste à une pulvérisation de l'ordre public en ordres publics. L'ordre public objectif se subjectivise. La pluralité des contextes, des émetteurs, de ceux qui se sont vus reconnaître compétence pour agir en justice, est à l'origine de ce processus de dissipation. »

¹³²⁴ On parle ainsi d'ordre public environnemental, social ou sanitaire.

¹³²⁵ Ordres publics nationaux, régionaux, internationaux ou mondialineà Sur ce dernier point, J.-B. Racine, *Vers un ordre public mondial*, in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine et J.-J. Sueur, éd. Larcier, 2011, pp. 419-436. V. aussi, B. Remiche, *Droit économique, marché et intérêt général*, in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, spéc. p. 258 : « On ne peut laisser se mondialiser le système économique sans, parallèlement, rechercher à construire un véritable ordre public international capable d'imposer le respect de certaines valeurs collectives aux opérateurs économiques. »

¹³²⁶ G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 350 : « Autrefois l'ordre public représentait l'élément stable de la société, le contrat la satisfaction temporaire des intérêts. Aujourd'hui le contrat est plus stable que la loi et la loi détruit volontairement cette stabilité qui lui paraît incompatible avec le mouvement économique. »

¹³²⁷ Th. Pez, *L'ordre public économique*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 49 (dossier : l'entreprise), oct. 2015, p. 44 à 57. L'auteur propose une définition de l'ordre public économique autour de deux critères : la régulation et la police : « Assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon fonctionnement du marché. Sa sauvegarde est l'objet même de la régulation économique. De même que l'ordre public est indissociable de la police, l'ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation. »

¹³²⁸ J. Mestre, *Les effets pervers de l'ordre public*, J. Ghestin *Mélanges Dalloz* 2001 p. 124-127.

¹³²⁹ J. Mestre, *Op. Cit.* L'auteur donne l'exemple des règles d'ordre public de protection en matière de l'égalité homme femme au travail et celles qui se donnent pour objectif la protection de la femme sur son lieu de travail. Spéc. p. 125.

effets contraires à l'intérêt général notamment lorsque l'encadrement des prix conduit à freiner les investissements dans le secteur concerné¹³³⁰.

435. Dans ce contexte, la distinction habituellement admise en droit économique entre ordre public de direction et de protection est particulièrement malaisée. Alors que le premier « a pour objet et pour effet la protection des intérêts supérieurs de la collectivité¹³³¹ », le second est « attaché à la défense impérative des intérêts de l'une des parties, jugée faible¹³³² ». Plusieurs auteurs¹³³³ se sont employés à démontrer que cette distinction devait être relativisée tant les objectifs de l'un contribuent à la réussite des objectifs de l'autre. Le Professeur Rochfeld s'est attaché à démontrer le passage d'un ordre public de protection à un ordre public de direction en matière de droit de la consommation communautaire notamment¹³³⁴. La protection du consommateur en droit communautaire est, selon cet auteur,

¹³³⁰ C'est le reproche qui a pu être formulé lors de l'adoption de la loi ALUR du 24 mars 2014, V. F. La Vaissière, *La loi ALUR à l'épreuve du temps*, *LPA* 2016, n°127, p. 7.

¹³³¹ G. Pignarre *op. cit.*

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2004, n° 1023, p. 602 : « il n'y a pas de distinction, ni de nature, ni de degré, entre intérêt général et intérêt particulier. Ils sont consubstantiels. [...] la protection des intérêts privés est toujours inspirée par une certaine conception du Bien commun. » ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n°18, p. 27 ; M. Hervieu, *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction*, in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 320 ; M. Mohamed Salah *Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ?* in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°650, p. 361 : « La distinction entre l'ordre public de direction économique et l'ordre public de protection sociale n'est pas facile à faire entrer en pratique, car il existe une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique : c'est une affaire de degrés. Par exemple, la législation du travail a surtout un but de protection sociale bien que, dans ses retombées, elle soit aussi un instrument de direction de l'économie : elle doit être qualifiée d'ordre public de protection. » V. aussi, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, *Sirey*, 16^e éd. 2014, Tome 1, n°297, p. 305. En matière de pratiques restrictives de concurrence P. Reis, *L'intervention du ministre de l'Économie dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement : entre défense des intérêts privés et protection de l'ordre public économique*, in *Le droit économique entre intérêt privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, pp. 161-175 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd. 2017, n°288, p. 261 : « L'ordre public économique, d'apparition plus récente ; a été mis en place d'abord pour défendre l'intérêt général économique de la Nation, ensuite, plus tardivement, pour protéger les faibles contre les puissants. C'est ainsi qu'on disintgue l'ordre public économique de direction, et l'ordre public économique de protection. Il ne faut toutefois pas se dissimuler qu'il y a une interaction entre l'un et l'autre, toute mesure de caractère économique ayant nécessairement un impact à la fois sur l'économie en général et sur les cocontractants ».

¹³³⁴ J. Rochfeld, *De la « confiance » du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché*, Conférences du CEJEC, Approche critique du vocabulaire du droit européen : la confiance, Oct 2008, France. pp. 7-11, 2009 ; N. Sauphanor-Brouillaud, *La confiance dans les contrats de consommation*, in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, spéc. p. 53, n° 6 et p. 56-57, nos 14-15.

« instrumentalisée¹³³⁵ » au profit d'un ordre public de direction concentré sur la protection du marché¹³³⁶. Il s'agit ainsi de protéger « la fonction économique¹³³⁷ » du consommateur et non la faiblesse attachée à sa qualité. Le Professeur Hauser s'est proposé pour sa part d'adopter un point de vue dialectique pour classer l'ordre public économique « selon le degré d'objectivisme [de ses] dispositions¹³³⁸ ». Selon lui, « dans toute disposition objective visant à protéger et à rétablir l'équilibre contractuel le principe de déséquilibre est en germe et dans toute disposition objective visant à déséquilibrer l'acte et à diriger l'économie le principe d'équilibre et de protection est sous-jacent¹³³⁹. » Ce constat doit aujourd'hui être étendu à l'ensemble de la matière contractuelle en ce compris le droit des pratiques restrictives.

2. L'étude du phénomène d'enchevêtrement des intérêts en présence en droit des pratiques restrictives

436. Le droit des pratiques restrictives de concurrence¹³⁴⁰ offre une illustration parlante d'enchevêtrement des intérêts en présence en matière de lutte contre les déséquilibres

¹³³⁵ J. Rochfeld, *op. cit.* n° 2 : « Alors que dans la première approche, la protection du consommateur, en tant que partie faible, constituait la finalité première de la réglementation, dans la seconde, elle est instrumentalisée à une autre finalité, la protection du libre jeu du marché. Le régime des règles applicables s'en trouve réorienté, basculant d'un ordre public de protection à un ordre public de direction. »

¹³³⁶ En ce sens, F. Maume, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, Evry-Val d'Essonne, 2015, n°132, p. 82 : « le droit de la consommation s'institue, à l'instar du droit de la concurrence mais aussi au sens large du droit commercial, dans « l'idéologie du marché », qui « se diffuse de façon croissante et tend à tout absorber ». Il est un droit spécial, qui ne suit pas une fin générale comme ses apparences de droit commun le laissent penser, mais une fin particulière, en l'occurrence une logique de marché. » ; Ph. Stoffel-Munck, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation*, *RTD com.* 2012, p. 705 et s. ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2ème éd., 2011, spéc. n° 59, p. 39 : « Cette finalité de protection, qui ne peut être niée, n'est que la conséquence de la fonction économique du droit de la consommation. Le marché de la consommation est l'un des plus importants au plan économique et, pour développer la croissance, c'est le plus souvent vers le développement de la consommation que se tournent les pouvoirs publics » ; F. Berenger, *Le droit commun des contrats l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?* Thèse, PUAM, 2007.

¹³³⁷ J. Rochfeld, *op. cit.* n°9.

¹³³⁸ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude de la théorie générale de l'acte juridique)*, Thèse, LGDJ, 1971, n°91, p. 142.

¹³³⁹ *Ibid.* V. dans le même sens, C. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Thèse, Bruylant Academia, 2004, n°251, p. 275 : « « Que doit-on protéger ? » L'existence en droit de la consommation de dispositions qui ont simultanément pour conséquence de protéger la partie faible et de concourir à une certaine direction de l'économie justifie que soit posée cette opération. » M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, *RTD civ.* 2004. 451 : « peut-on continuer à dire aussi radicalement que le droit de la concurrence est guidé par l'ordre public de direction ? Lorsque le droit français de la concurrence se soucie en tant que tel de l'équilibre et de la loyauté dans les relations commerciales, notamment par la loi sur les nouvelles régulations économiques, lorsqu'il pourchasse en tant que tel l'état de dépendance économique, c'est plutôt une perspective d'ordre public de protection ».

¹³⁴⁰ Art. L. 440 s. C. com.

contractuels. Cela s'explique par la « conception bi-dimensionnelle¹³⁴¹ » du droit de la concurrence, à la fois macro et microéconomique. Alors que le droit des pratiques anticoncurrentielles serait la manifestation d'un ordre public de direction, celui des pratiques restrictives de concurrence pourrait être celui d'un ordre public de protection. Ce « petit droit de la concurrence¹³⁴² », par opposition au « vrai droit de la concurrence¹³⁴³ », sanctionne des pratiques *per se*, sans qu'il soit besoin, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles, de rapporter la preuve d'une atteinte au bon fonctionnement du marché. La logique voudrait donc, si l'on s'en tient aux critères traditionnels de l'ordre public de protection, que ces pratiques manifestent la présence d'un ordre public destiné à protéger des intérêts catégoriels. La jurisprudence récente¹³⁴⁴ montre en réalité qu'il est inopportun et artificiel de vouloir distinguer ici ce qui relèverait de la protection d'intérêts catégoriels de la protection du bon fonctionnement du marché.

437. Ces deux aspects du droit de la concurrence témoignent en effet d'une volonté commune de préservation de la libre concurrence¹³⁴⁵, ou de ce que certains auteurs désignent comme la « loyauté économique¹³⁴⁶ ». En réalité, le droit des pratiques restrictives de concurrence constitue ce que l'on pourrait désigner comme le versant préventif du droit de la concurrence tandis que le droit des pratiques anticoncurrentielles s'intéresse à l'atteinte au droit de la concurrence une fois consommée. Partant, protection des intérêts individuels et protection de l'intérêt général se mêlent dans un même combat. C'est le cas en matière de régulation sectorielle où le législateur entend voir appliquer les règles de concurrence de ces secteurs historiquement monopolistiques dans le même temps qu'il protège les intérêts des opérateurs eux-mêmes¹³⁴⁷, en matière d'ordre public boursier lequel ménage à la fois la protection des épargnants et le libre jeu de la concurrence¹³⁴⁸, ou bien encore en matière

¹³⁴¹ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°59, p. 74.

¹³⁴² L. Idot, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats*, *RDC* 2004, p. 882 ; F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°321, p. 235.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ Cf. *infra* n°801.

¹³⁴⁵ M. Hervieu, *op. cit.*, p. 332 : « La protection des droits individuels sous-tend la recherche d'un objectif plus large : le respect de la libre concurrence et, ainsi, de l'intérêt général. »

¹³⁴⁶ Intervention de Madame Claire Favre, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, Colloque de la CEPC du 13 oct. 2016 : la CEPC fête ses 15 ans. L'auteur distingue les objectifs des pratiques restrictives de celles des pratiques anticoncurrentielles mais souligne qu'« il n'en demeure pas moins que ces deux corps de règles contribuent, ensemble, à poser les bases d'une certaine loyauté économique ».

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*

d'ordre public monétaire¹³⁴⁹. L'idée selon laquelle les pratiques restrictives de concurrence ne porteraient pas atteinte au fonctionnement normal du marché, à la différence des pratiques anticoncurrentielles lesquelles témoigneraient d'une atteinte au processus concurrentiel mérite d'être nuancée¹³⁵⁰. Le déséquilibre significatif auquel un partenaire commercial soumet ou tente de soumettre son cocontractant n'est pas sans effet sur le processus concurrentiel¹³⁵¹. Il porte, en lui-même, et par principe, la marque de cette atteinte. Si la condition de l'atteinte à la libre concurrence n'est pas requise pour les pratiques restrictives c'est précisément parce que ces pratiques portent atteinte à la libre concurrence. Il y a dans la position qui consiste à distinguer ces deux pans du droit de la concurrence une hiérarchisation problématique qui revient à considérer le contrat comme un élément dissocié du marché, le lieu des subjectivités et des faiblesses qui commanderaient au juge d'intervenir. L'idée selon laquelle le marché et le contrat seraient placés sur deux plans différents n'apparaît pas réaliste¹³⁵². Cette position ne se justifie pas tant au regard des effets produits par les pratiques restrictives en cause, que par les motivations politiques¹³⁵³ de la lutte contre celles-ci. Le contrat doit, nous semble-t-il, être appréhendé comme une projection du marché¹³⁵⁴. Partant, les effets que produit le contrat ne peuvent être dissociés des effets produits par le marché lui-même. Il faut ainsi procéder à une lecture commune des effets produits par l'ordre public économique.

¹³⁴⁹ Art. L. 112-1 du CMF. Cette disposition d'ordre public se rattache à un ordre public de direction en ce qu'elle est destinée à éviter l'inflation, mais elle peut aussi être lue comme la manifestation d'un ordre public de protection destiné à protéger les cocontractants des déséquilibres produits par des clauses d'indexation qui produiraient une distorsion temporelle entre l'indice de base fixe et l'indice multiplicateur.

¹³⁵⁰ C. Favre, art. préc. : « Là où l'un vise l'équité du processus, l'autre recherche l'équité des résultats de ce processus, quand bien même ceux-ci reflètent un fonctionnement normal du marché ».

¹³⁵¹ Cf. *infra* n°823-829.

¹³⁵² C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, in *Études en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 601. Les auteurs soulignent à juste titre que le contrat acquerrait une « dimension collective ».

¹³⁵³ Atelier de la DGCCRF du 26 septembre 2013 : Pratiques restrictives et droit de la concurrence, <https://www.youtube.com/watch?v=yonl7WL-7-E&t=2116s>. La directrice générale de la DGCCRF souligne en ce sens : « Soyons clairs entre nous, il n'est pas question pour l'État comme on le dit parfois, de protéger un petit à raison de sa seule faiblesse face à un partenaire plus puissant, le droit des PCR est là pour prévenir un déséquilibre significatif dans une relation individuelle dans la mesure où ce déséquilibre pourrait en entraîner d'autres qui conduiraient à une déstabilisation importante du marché. » Sur la dimension politique du droit de la concurrence V. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°51, p. 69, et n°54-56, pp. 72-73.

¹³⁵⁴ Dans le même sens, V. M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation, RTD civ.* 2004. 451 : « Les termes du contrat sont le résultat des comportements individuels et collectifs de marché. Ainsi, le contenu contractuel résulte de la rationalité économique des agents, informés par le mouvement général de la concurrence. »

3. La lecture commune des effets produits par l'ordre public économique

438. Il semble que les termes du débat gagneraient à être posées de manière différente. L'ordre public économique dirige, et l'un des instruments de cette direction de l'économie consiste à offrir à certains contractants une protection contre les effets de la puissance économique de la partie avec laquelle ils contractent¹³⁵⁵. L'ordre public de direction absorbe en quelque sorte l'ordre public de protection. Il le précède dans ses finalités, mais ne s'en désolidarise pas. Il serait artificiel de chercher à isoler des dispositions aux finalités exclusivement protectrices dans la mesure où la recherche de protection témoigne toujours de la volonté de donner une direction¹³⁵⁶. Cela ne signifie pas que cette distinction ne présente pas des vertus pédagogiques lorsqu'il s'agit de déterminer le régime de nullité applicable¹³⁵⁷. Mais cette distinction brouille la compréhension du phénomène d'empiètement de l'ordre public de protection sur le contrat. Certains auteurs ont souligné à ce sujet l'émergence d'un ordre public économique « régulateur »¹³⁵⁸ combinant « le souci de protection des contractants faibles avec celui d'une direction souple de l'activité économique »¹³⁵⁹. Pourvus d'une plus grande flexibilité, ces dispositifs souples se présenteraient comme la traduction d'un souci de rationalité économique et rompraient, ce faisant, avec un ordre public économique impératif et figé. Cela ne signifie pas qu'il y a retrait de l'État, mais au contraire une « présence réelle de ce dernier dans l'économie »¹³⁶⁰. À cet égard, le déséquilibre contractuel et le lien qu'il entretient avec l'ordre public économique fournissent un exemple de la nécessité absolue d'envisager conjointement la protection du cocontractant « faible » et celle de l'intérêt général et du marché. Par exemple, le déséquilibre significatif de l'article

¹³⁵⁵ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°801, p. 775. L'auteur met en garde néanmoins contre une protection directe des concurrents par le droit de la concurrence, seule une protection indirecte lui apparaissant justifiée.

¹³⁵⁶ Pour un exemple de superposition des protections catégorielles et générales en matière d'obligation de mise à disposition d'un logement décent V. G. Pignarre et S. Pimont (sous la responsabilité de), *Chronique de contrats spéciaux*, *LPA* 2015, n° 73, p. 12, §6 : « À l'origine de telles législations protectrices, il y a, comme pour toutes celles caractérisant l'ordre public, un impératif nécessaire, prescrit par une autorité supérieure ». L'intérêt général est médiatement impliqué. On le constate, la distinction des intérêts respectifs protégés par l'un et l'autre perd sa raison d'être, et devient par voie de conséquence inopérante. Pourquoi ? Parce que même lorsque l'intérêt en cause est un intérêt « catégoriel », il est au service d'un intérêt supérieur (c'est-à-dire d'un intérêt général) ; du coup l'indissociabilité des finalités parasite l'opportunité de la distinction, rendant malaisé le maintien de la différence établie entre leurs régimes respectifs. »

¹³⁵⁷ Cf. *infra* n°412-414.

¹³⁵⁸ M. Mohamed Salah, *Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? in Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 288.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ M. Mohamed Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002, n°67, p. 89.

L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et, à travers lui les pratiques restrictives de concurrence, s'inscrivent indiscutablement comme les vecteurs de la libre concurrence et de l'économie de marché. C'est bien parce que ces pratiques nuisent à la libre concurrence qu'elles sont sanctionnées. De la même manière que la protection du consommateur a toujours été associée à la confiance du consommateur dans l'économie, et partant, à la protection de son pouvoir d'achat comme la garantie d'un marché commun compétitif¹³⁶¹. À l'issue de l'étude de la distinction habituellement établie entre ordre public de protection et de direction, il apparaît indispensable d'adopter une lecture finaliste de la règle de droit.

B. La nécessité d'une lecture finaliste de la règle de droit

439. Adopter une lecture finaliste de la règle de droit consiste à questionner l'objectif poursuivi par la règle d'ordre public en présente. Une décision rendue en Chambre mixte par la Cour de cassation le 24 février 2017¹³⁶² témoigne d'un revirement important en matière d'appréciation de la nullité qu'il convient de rattacher à des dispositions d'ordre public à objectifs multiples et propose en cela une nouvelle analyse de la distinction traditionnelle entre ordre public de protection et de direction. Une SCI avait, par l'intermédiaire de son mandataire agent immobilier, fait délivrer à son locataire d'un local à usage d'habitation lui appartenant, un congé avec offre de vente. Ce dernier avait alors assigné son propriétaire en nullité du congé et se prévalait pour ce faire des dispositions des articles 1 et 6 de la loi du 2 janvier 1970¹³⁶³ et plus particulièrement de celles de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972¹³⁶⁴. Le problème consistait ici à déterminer si la nullité du contrat était relative ou absolue. Alors que la Cour de cassation considérait jusqu'alors que les

¹³⁶¹ G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2017, n°37, p. 29 : « Cette finalité de protection, qui ne peut être niée, n'est que la conséquence de la fonction économique du droit de la consommation. Le marché de la consommation est l'un des plus importants au plan économique et, pour développer la croissance, c'est le plus souvent vers le développement de la consommation que se tournent les pouvoirs publics. Le droit de la consommation a pour objectif principal de réguler ce marché des biens de consommation et de service ».

¹³⁶² Cass. Ch. Mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, P + B + R + I. *Flash Defrénois*, 6 mars 2017, n°9, p. 1 ; *JurisData* n° 2017-003187, *Constr.-urb.* n° 4, Avril 2017, repère 4, note H. Périnet-Marquet ; *D.* 2017, 793, note B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2017, 377, note H. Barbier ; Avis de l'Avocat général : https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_avis_sturlese_1520411.pdf Rapport : https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_rapport_graff_daudret_1520411.pdf

¹³⁶³ Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

¹³⁶⁴ Décret n°72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce.

dispositions précitées d'ordre public étaient sanctionnées par la nullité absolue du contrat¹³⁶⁵, au motif que la loi dite *Hoguet* poursuivait au moins en partie un objectif de régulation de la profession d'agent immobilier¹³⁶⁶, elle décide dans cette décision d'écarter cette solution au profit d'une nullité relative. Jusqu'ici, la jurisprudence procédait à une sorte de hiérarchisation des intérêts protégés aux termes de laquelle la sauvegarde d'un intérêt général suffisait à emporter la nullité absolue¹³⁶⁷. La Chambre mixte indique néanmoins dans l'arrêt étudié que la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 « conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ». En conséquence, la Chambre mixte opte non plus pour une nullité absolue, mais pour une nullité relative. Cette affirmation est intéressante, et ce à double titre. Elle l'est d'une part en raison de l'application par anticipation que fait ici la Chambre mixte de la réforme du droit des contrats, à une situation qui échappe pourtant à l'application des dispositions contenues dans l'ordonnance du 10 février 2016¹³⁶⁸. Elle l'est d'autre part, dans la mesure où elle sous-entend que l'ordonnance du 10 février 2016 contiendrait des dispositions susceptibles d'éclairer sous un autre jour le sort de la nullité du contrat s'agissant de prescriptions formelles. Il est possible de percevoir dans l'article 1179 alinéa 2 du Code civil un argument en faveur de ce revirement. Cet article dispose que la nullité est relative « lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. » Dans cette perspective il apparaît opportun de s'attacher à la règle de droit prise isolément de la loi à laquelle elle appartient pour identifier la nature de l'intérêt qu'elle entend sauvegarder¹³⁶⁹. S'agissant de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972 qui était en cause ici, les prescriptions formelles qu'il édicte semblent relever davantage d'un objectif de sauvegarde de l'intérêt du seul propriétaire que d'un objectif de régulation du métier d'agent

¹³⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 2003, n° 01-00.461 ; Civ. 3^{ème}, 8 avr. 2009, n° 07-21.610, *D.* 2009. Actu. 1142.

¹³⁶⁶ G. Hubrecht, Commentaire de la loi du 2 janv. 1970 réglementant la profession d'agent immobilier, *Gaz. Pal.* 1970, 1, doctr., p. n° 94.

¹³⁶⁷ En ce sens, Civ. 1^{ère} 15 mai 2001, n°99-12.498, Bull n°139.

¹³⁶⁸ Les contrats de bail et de mandat étaient antérieurs au 1^{er} octobre 2016, néanmoins la Chambre mixte prend soin de noter que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire » note H. Périnet-Marquet, *Constr.-urb.* n° 4, Avril 2017, repère 4.

¹³⁶⁹ Y.-M. Serinet, Contrat et obligations- Droit des contrats, Chronique sous la direction de J. Ghestin, *JCP G* n° 12, 20 Mars 2017, doctr. 325, spéc. n°5 : « Ce que vise la cour régulatrice, c'est la nécessité qu'impliquent les textes nouveaux relatifs à la nullité de cerner avec précision la nature de l'intérêt protégé par la loi dans la mesure où il commande la qualification de la nullité et la détermination de son régime. »

immobilier¹³⁷⁰. Il s'agit en effet de prémunir le propriétaire des risques d'un mandat de gestion sans précision de durée, de missions, et dépourvu de preuve écrite¹³⁷¹. Les références faites par la Chambre mixte aux lois du 6 juillet 1989, 24 mars 2014 et 6 août 2015 semblent indiquer un renouvellement dans l'analyse de la présence de l'ordre public dans les dispositions touchant à la location immobilière et aux rapports entre les propriétaires et leurs mandataires. La Chambre mixte indique que la loi *Hoguet*, comme les lois précitées, poursuit un double objectif de sauvegarde de l'intérêt général au travers de la régulation de la profession d'agent immobilier et de l'intérêt particulier de leurs clientèles. L'article 1179 alinéa 2 exigeant que l'objectif poursuivi par la règle de droit soit exclusivement concentré sur la sauvegarde d'un intérêt particulier il devient indispensable d'isoler parmi ces règles, celles qui participent du premier objectif ou du second. Ainsi, la finalité de la règle d'ordre public ne se déduirait pas en conséquence de l'objectif global que s'assignerait la loi dont elle dépend, mais supposerait une analyse au cas par cas des dispositions litigieuses¹³⁷².

440. Certains auteurs¹³⁷³ ont souligné le double apport de cette décision en ce qu'elle semble à la fois infléchir la hiérarchie naturelle qui semblait s'être instaurée entre ordre public de direction et de protection, et procéder à une réattribution des objectifs que s'assigne la loi en matière de location immobilière à l'aune des réformes récentes. C'est une analyse pour le moins pragmatique à laquelle se livre la Cour de cassation. La protection des intérêts des locataires étant assurée par divers textes au titre desquels la loi du 6 juillet 1989 et celle du 24 mars 2014, et la régulation de la profession d'agent immobilier faisant l'objet de nouvelles règles spécifiques¹³⁷⁴, il convient de redonner aux prescriptions formelles la valeur

¹³⁷⁰ J.-L. Meunier, La durée du mandat de l'agent immobilier, *JCP G* 1983, I, 3121, n° 26 s.

¹³⁷¹ Avis de l'avocat général https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_avis_sturlese_1520411.pdf p. 18 : « En effet, l'exigence du report du numéro d'enregistrement sur l'exemplaire du mandant permet de conférer une date certaine au mandat. Une telle exigence protège donc, à notre sens, essentiellement les intérêts du mandant, notamment lorsqu'il importe d'apprécier la durée du mandat, ou encore de déterminer son antériorité à une négociation engagée avec un tiers par le professionnel. »

¹³⁷² Avis de l'avocat général https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_avis_sturlese_1520411.pdf p. 18 : « A notre sens, ce n'est donc pas tant les objectifs généraux postulés du dispositif législatif global qu'il faut scruter, que la finalité spécifique de la règle méconnue qu'il faut apprécier *in concreto*, afin de déterminer la nature de la nullité applicable. » Dans le même sens Rapport https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_rapport_graff_daudret_1520411.pdf p. 16.

¹³⁷³ Y.-M. Serinet, Contrat et obligations- Droit des contrats, Chronique sous la direction de J. Ghestin, *JCP G* n° 12, 20 Mars 2017, doct. 325, spéc. n°5.

¹³⁷⁴ Le rapporteur note à ce titre que la loi ALUR 24 mars 2014 qui a entendu moderniser les professions de l'immobilier et réguler ce marché ne fait pas figurer les prescriptions formelles du mandat dans la liste des pratiques préoccupantes. Cf. https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_rapport_graff_daudret_1520411.pdf p. 21.

qu'elles revêtent à l'aune de ces réformes¹³⁷⁵ en réattribuant à ces textes leurs finalités. Le conseiller rapporteur indique en ce sens qu'« en présence d'une règle suscitant une difficulté à cerner l'ordre public ou l'intérêt en cause [...] on peut se demander s'il ne convient pas de déterminer la nullité, aussi voire préalablement, par rapport à la titularité du droit de critique, donc aux personnes à qui l'on entend (dans un souci d'intérêt général au sens large du terme ?) ouvrir ou réserver le droit d'anéantissement du contrat.¹³⁷⁶ » Cette analyse confirme donc l'intuition d'un ordre public évolutif identifié au moyen d'une analyse finaliste¹³⁷⁷. La recherche de l'équilibre motive cette solution de bon sens dès lors qu'il s'agit d'attribuer à chaque règle de droit l'objectif qui lui revient sans ajouter de protection artificielle qui menacerait directement l'investissement immobilier¹³⁷⁸. Appliquée au contrôle objectif de l'équilibre contractuel, cette solution ouvre la voie à une relecture de l'ordre public économique de direction et de protection, dont les vertus pédagogiques méritent d'être saluées. Elle laisse néanmoins croire à une segmentation de l'ordre public qui devrait en pratique se confronter à des obstacles de taille, tant, nous l'avons vu, cet ordre public apparaît traversé par des préoccupations multiples et parfois confondues.

441. Il y a fort à parier cependant que la règle fixée par l'article 1179 alinéa 2 du Code civil donnera une place marginale à l'ordre public de direction. Présentant un risque de détournement des finalités de la règle de droit¹³⁷⁹, l'ordre public de direction devrait se cantonner à un champ d'application restreint. L'ordonnance du 10 février 2016 témoigne en revanche d'un développement sans précédent de l'ordre public de protection et renouvelle la dimension catégorielle de celui-ci.

¹³⁷⁵ Y.-M. Serinet, *Contrat et obligations- Droit des contrats*, Chronique sous la direction de J. Ghestin, *JCP G* n° 12, 20 Mars 2017, doctr. 325, spéc. n°5 : « Il n'appartient plus aux parties au procès de se faire les auxiliaires de l'ordre public de direction dont on estimait naguère qu'il imprégnait aussi la loi Hoguet puisque les textes récents mettent en place de nouveaux mécanismes de régulation de la profession d'agent immobilier (obligations de formation continue, Code de déontologie, instances disciplinaires et de contrôles, nouvelles sanctions pénales et administratives) ».

¹³⁷⁶ Rapport p. 17.

¹³⁷⁷ Avis de l'avocat général https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_avis_sturlese_1520411.pdf p. 16.

¹³⁷⁸ Avis de l'avocat général https://www.courdecassation.fr/IMG/mixte_avis_sturlese_1520411.pdf p. 21.

¹³⁷⁹ J. Mestre, *Les effets pervers de l'ordre public*, in J. Ghestin *Mélanges Dalloz* 2001 p.123 : « une loi a des effets pervers lorsque, tout en atteignant le but recherché, elle a des effets, en quelque sorte secondaires, imprévus ou sous-estimés, contraires à l'intérêt général. »

§2. Le renouveau de l'ordre public de protection consacré par l'ordonnance du 10 février 2016

442. Le législateur a doté l'ordre public d'une place en apparence ambiguë à la lecture de l'ordonnance du 10 février 2016. Alors même que le rapport au président de la République affirme le caractère supplétif de volonté par principe des dispositions du Code civil¹³⁸⁰, il révèle dans le même temps un ordre public substantiel foisonnant. Ce paradoxe témoigne du rapport qu'entretient le droit commun des contrats avec l'ordre public et révèle plus largement les réticences du législateur lorsqu'il s'est agi de forger des instruments objectifs de contrôle de l'équilibre contractuel. Alors que consécration de l'ordre public de protection apparaît maladroite (I), un ordre public économique de protection décroisé se fait jour à la lecture de l'ordonnance du 10 février 2016 (II).

I. La consécration maladroite de l'ordre public de protection

443. Le législateur est incontestablement resté au milieu du gué s'agissant de la place de l'ordre public dans la réforme du droit des contrats. La lecture combinée de l'ordonnance du 10 février 2016 et du Rapport au Président y afférent est évocatrice. Alors que la première repousse l'ordre public aux confins du Code, le second revendique maladroitement un ordre public dynamique attaché à la protection de l'équilibre contractuel. L'ambiguïté formelle de la place conférée à l'ordre public (A) est d'autant plus patente qu'elle se double d'une incohérence substantielle lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux dispositions qui échappent à cet ordre public (B).

¹³⁸⁰ JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 25, Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « En revanche, dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. »

A. L'ambiguïté formelle de la place conférée à l'ordre public

444. L'ordonnance du 10 février 2016 et le Rapport au Président y afférent présentent une apparente contradiction (1) laissant présager le développement d'un ordre public virtuel important (2).

1. La contradiction apparente de l'ordonnance du 10 février 2016 et du rapport au président de la République en matière d'ordre public

445. La lecture combinée de l'ordonnance du 10 février 2016 et du Rapport au président de la République¹³⁸¹ fait apparaître une contradiction quant à la place qu'il convient de donner à l'ordre public dans le Code civil. Le Rapport précise à cet égard que « dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif¹³⁸² s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. »¹³⁸³ La lecture de l'ordonnance semblerait ainsi réduire à la marge les textes à caractère impératif. Les seules occurrences de l'adjectif « impératif » se rattachent en effet à l'obligation de négociation, de formation et d'exécution de bonne foi du contrat¹³⁸⁴. Cela signifie-t-il que la seule disposition d'ordre public soit relative à l'obligation de négocier, de conclure et d'exécuter le contrat de bonne foi ? Cela ne semble pas réaliste¹³⁸⁵.

446. Le rapport au Président révèle que l'article 1112-1 relatif à l'obligation d'information est lui aussi d'ordre public, le législateur l'ayant formulé par la périphrase suivante : « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. » Plus important encore, le même rapport

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² Pour une étude complète de la règle supplétive V. C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, et particulièrement sur la valeur relative de l'opposition traditionnelle de la règle impérative à la règle supplétive n°103 à 168, pp. 95-153.

¹³⁸³ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 33, 11 pp. 211-212.

¹³⁸⁴ Art. 1104 alinéa 2 et 1112 C. civ.

¹³⁸⁵ En ce sens V. M. Mekki, Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, *AJCA* 2017, p. 462 : « il existe des règles qui ne sont pas formellement impératives mais dont le caractère d'ordre public relève pourtant du bon sens juridique. »

précise que l'article 1171 relatif au déséquilibre significatif est lui aussi d'ordre public¹³⁸⁶, en raison de la sanction qui lui est réservée. Le réputé non écrit inscrirait donc, pour le législateur, l'instrument juridique du côté des dispositions d'ordre public¹³⁸⁷. L'on en déduira dans le même sens que l'article 1170 relatif aux clauses qui privent de leur substance l'obligation essentielle du débiteur est elle aussi d'ordre public, la clause en question étant réputée non écrite¹³⁸⁸. Plusieurs articles du Code civil modifié par l'ordonnance devraient ainsi être lus avec plus ou moins de facilité comme des dispositions d'ordre public compte tenu de la sanction qui leur est réservée. Il s'agit des dispositions relatives aux délais de paiement sollicités par le débiteur¹³⁸⁹, à la réduction judiciaire du montant de la clause pénale lorsque celle-ci est « manifestement excessive ou dérisoire »¹³⁹⁰, aux clauses visant à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux¹³⁹¹. C'est ce que semble au demeurant confirmer le Rapport de la commission des lois présenté au Sénat le 11 octobre 2017. Ce rapport indique en effet qu'« entrent dans la catégorie des dispositions impératives celles qui comportent une mention expresse de leur valeur d'ordre public, celles qui, sauf à être dépourvues d'effet réel, exigent le respect des règles d'ordre public ou réputent non écrites certaines clauses, ainsi que celles dont il se déduit clairement, au vu de leur rédaction, qu'elles ne peuvent être écartées ou pour lesquelles il n'est pas possible de concevoir une clause d'exemption.¹³⁹² »

447. L'« effet pédagogique¹³⁹³ » de la loi semble mis à mal par l'apparente contradiction des termes de l'ordonnance avec ceux du Rapport au président de la République. Cette contradiction peut pourtant révéler une répartition des fonctions entre le texte de l'ordonnance

¹³⁸⁶ JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 25, Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. »

¹³⁸⁷ En ce sens, F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *op. cit.* n° 33.12, p. 212.

¹³⁸⁸ Art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

¹³⁸⁹ Art. 1343-5 alinéa 5 C. civ. Il est difficile de savoir si le dernier alinéa porte uniquement sur les dispositions de l'alinéa précédent ou sur l'ensemble des dispositions de l'article 1343-5.

¹³⁹⁰ Art. 1231-5 alinéa 4 C. civ.

¹³⁹¹ Art. 1245-14 alinéa 1 C. civ.

¹³⁹² Rapport préc. p. 21. Le rapport range ainsi dans la catégorie des dispositions d'ordre public qui ne se présentent pas formellement comme telles les articles 1102, 1104, 1112, 1112-1, 1128, 1170, 1171, 1231-5, 1245-14 et 1343-5 du Code civil. Pour certains auteurs encore, la mention du caractère impératif de certaines dispositions du Code ne serait pas nécessaire tant elles porteraient la marque de l'ordre public. V. Ph. Delebecque, La réforme du droit des contrats : toujours autant d'incertitudes ! *AJContrat*, nov. 2017, 453 : « Était-il aussi nécessaire de détacher l'article 1134, alinéa 3, que tout le monde connaissait et comprenait pour l'ériger en un article « liminaire », tout en soulignant, son caractère d'ordre public, comme si l'on avait pu en douter ? »

¹³⁹³ J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998, p. 159.

lui-même et celui du Rapport. Si l'on admet que la loi n'a pas pour objet de révéler ses mobiles, il est permis de penser en revanche que le Rapport remplit la fonction de « pédagogie de l'explication¹³⁹⁴ ». Ce faisant, la lecture du Rapport ne révélerait pas les manques ou les carences de l'ordonnance, lesquels témoignent en réalité des qualités intrinsèques de la loi, mais manifesterait au contraire l'existence d'un sous-texte, d'une orientation en faveur de tel ou tel usage des articles du Code. Si la force normative du Rapport est faible, sa force explicative et complétive justifie en revanche qu'il en soit fait usage comme d'un révélateur. La place faite à l'ordre public dans l'ordonnance doit donc, selon nous, être appréciée au regard de ce sous-texte. Ce dernier témoigne d'un ordre public plus vaste qu'il n'y apparaît à la lecture du Code et laisse présager le recours à un ordre public virtuel important en droit commun.

448. Alors que la réforme du droit des contrats pouvait apparaître comme une occasion historique de déterminer la place de l'ordre public dans la matière contractuelle, le législateur est étonnamment resté silencieux sur ce point. L'ordre public « virtuel » pourrait ainsi éclore en dehors des dispositions ciblées par le Rapport au Président¹³⁹⁵.

2. Le développement de l'ordre public virtuel

449. À l'ordre public textuel vient s'ajouter un ordre public « virtuel » permettant de caractériser la présence d'ordre public en dehors des prévisions légales. Les commentateurs du Code civil ont très tôt identifié la part de mystère de cet ordre public « substantiel ». Demolombe¹³⁹⁶ écrivait ainsi dès 1845 : « Il ne faut pas croire, parce que la loi s'est formellement exprimée dans certains cas qui auraient pu paraître plus ou moins douteux, qu'une prohibition spéciale soit toujours nécessaire à cet égard. » C'est la même intuition que décrivaient encore, quelques années plus tard, Aubry et Rau dans les termes suivants : « Ni la

¹³⁹⁴ J. Carbonnier *op. cit.* p. 167.

¹³⁹⁵ C. Pérès, Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, *JCP G*, 2016, 454 : « il faut fortement nuancer l'idée que seuls les textes ouvertement qualifiés d'impératifs viendraient restreindre l'étendue de la liberté contractuelle. Le rapport au président de la République n'est qu'un élément d'interprétation parmi d'autres et son autorité, déjà relative, déclinera, comme celle de tout outil exégétique, au fil du temps. Or, l'attribution d'un caractère impératif (ou supplétif) à un texte qui en est formellement dépourvu rentre dans la mission générale de l'interprétation judiciaire de la loi. Le juge est donc toujours libre de considérer que telle disposition exclut toute clause contraire. Cela revient à déceler, dans la loi, cet ordre public virtuel que les tribunaux peuvent plus largement découvrir même en l'absence de texte ».

¹³⁹⁶ C. Demolombe, Cours de Code civil, Paris, 1845, Tome I, n°17 et 18.

législation, ni la doctrine, ne fournissent de critérium à l'aide duquel on puisse déterminer, d'une manière certaine, quelles sont les lois qui doivent être considérées comme intéressant l'ordre public¹³⁹⁷ ». Cette intuition était toutefois limitée par la méthode analytique du Code qui consistait essentiellement à énumérer les dispositions d'ordre public¹³⁹⁸. La « libre recherche scientifique » s'est ainsi donnée pour objet de révéler le droit dans d'autres sources que le droit écrit¹³⁹⁹. De nombreux auteurs du début du XXe siècle ont ainsi cherché à se défaire du positivisme juridique pour identifier de nouvelles sources de l'ordre public en dehors de la loi. La fonction des magistrats dans l'émergence d'un ordre public non textuel a fait apparaître peu à peu un ordre public virtuel. Pour le Professeur Mestre, cet ordre public virtuel est identifié par le juge, lequel n'hésite pas à « découvrir des obligations que les parties n'avaient pas expressément prévues¹⁴⁰⁰ ». L'ordonnance du 10 février 2016, semble avoir consacré cet ordre public virtuel au travers de l'article 1102 alinéa 2 du Code civil. Cet article se réfère « aux règles¹⁴⁰¹ » qui intéressent l'ordre public, et non aux dispositions ou aux lois d'ordre public¹⁴⁰².

450. L'ordonnance du 10 février 2016 semble plus particulièrement laisser une place importante à l'ordre public virtuel au travers de la notion de déséquilibre significatif. Elle remet en cause, ce faisant, l'ordre public de protection catégoriel, en protégeant les parties à un contrat d'adhésion par lequel un cocontractant impose à l'autre un déséquilibre significatif.

451. Le droit de la consommation participe à la mise en évidence d'un ordre public virtuel ou « implicite¹⁴⁰³ » par lequel le juge révèle des clauses abusives en dehors des listes de clauses noires et grises¹⁴⁰⁴. De simple faculté, ce pouvoir a été consacré comme une

¹³⁹⁷ C. Aubry et C. Rau, Cours de Droit Civil Français, Tome 1, Paris, Librairie Techniques, 1964, §36, p. 178.

¹³⁹⁸ A. Simon, L'ordre public en droit privé, Thèse, Rennes, 1941, p. 103.

¹³⁹⁹ F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique, Paris : Libr. Marescq Aîné, 1899, Tome 2, n°159.

¹⁴⁰⁰ J. Mestre, *op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁰¹ La règle n'englobe pas seulement les dispositions légales. Elle embrasse toutes les « normes ». V. en ce sens, C. Puigelier, Dictionnaire juridique, Larcier, coll. Paradigme, 2016, « Règle ».

¹⁴⁰² Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°283, p. 257 : « Cet ordre public virtuel est formellement consacré dans l'article 1102, alinéa 2 nouveau du Code civil qui se réfère aux « règles » qui intéressent l'ordre public et non plus seulement aux lois ».

¹⁴⁰³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil : Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013, n°375, p. 421.

¹⁴⁰⁴ Ainsi du fameux arrêt Lorthioir par lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la clause figurant sur le bulletin de dépôt qui exonère le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives devait être réputée non écrite dès lors qu'elle procurait « un avantage excessif » au laboratoire, et ce alors même que la clause en question ne figurait pas dans la liste des clauses abusives établie

obligation légale aux termes de laquelle le juge saisi d'un contrat de consommation doit relever d'office le caractère abusif d'une clause¹⁴⁰⁵. Cette possibilité permet notamment de révéler la présence de clauses blanches¹⁴⁰⁶ en dehors des articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation¹⁴⁰⁷. Ces clauses désignent à la fois les clauses abusives désignées comme telles par la jurisprudence en dehors des listes de clauses noires et grises, et les clauses que la Commission des clauses abusives fait figurer dans ses recommandations¹⁴⁰⁸. Ces décisions participent à l'édification d'un ordre public virtuel¹⁴⁰⁹ dont les consommateurs sont tentés de se prévaloir compte tenu de la standardisation et de la multiplication de contrats similaires. Cet ordre public « révélé¹⁴¹⁰ » par l'étude des clauses contractuelles fait apparaître un ordre public économique évolutif et adaptable. Il ne s'agit pas de limiter celui-ci à des dispositions figées, mais de lui permettre d'appréhender des situations variées par le recours à des critères objectifs.

452. À cet égard, il est possible de voir dans le Code civil les indicateurs d'un développement accru de l'ordre public virtuel. Dans cette perspective, la notion d'équilibre contractuel sera amenée à occuper une place centrale. L'une des manifestations de cet ordre public virtuel apparaît en creux au travers de la distinction opérée par l'ordonnance entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion¹⁴¹¹. Le contrat d'adhésion constitue assurément un terrain propice à l'identification de clauses abusives, dans la mesure où les parties n'ont

par décret. Civ. 1^{ère} 14 mai 1991, Bull. civ. I, n°153, *D.* 1991, 449 obs. J. Ghestin. V. aussi pour une illustration récente en droit européen CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *Andriuc et a.* La Cour de justice.

¹⁴⁰⁵ Cf. *infra* n°502.

¹⁴⁰⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives, *RDC* 2009, n°4, p. 1629 : « La question sera plus ciblée qui consistera essentiellement à s'intéresser aux clauses « blanches », c'est-à-dire aux clauses qui ne sont ni interdites ni présumées abusives. C'est à leur égard que la jurisprudence et les recommandations de la Commission des clauses abusives sont particulièrement utiles pour saisir ce qu'elles recouvrent. »

¹⁴⁰⁷ S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2^e éd. 2014, n°465 p. 464.

¹⁴⁰⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, préc. Pour des exemples de recommandations : La recommandation n° 08-01 relative aux contrats de fourniture de voyages proposés sur internet ; la recommandation n° 08-02 relative aux contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées. Pour des exemples de clauses blanches reconnues comme telles par la jurisprudence : Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, pourvoi n° 07-15226, *LEDC*, janvier 2009, p. 2, obs. O. Deshayes ; Civ. 1^{re}, 8 janv. 2009, pourvoi n°06-17630, *LEDC* mars 2009, p. 7, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

¹⁴⁰⁹ J. Hauser, et J.-J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, *Rép. civ. Dalloz*, n°84.

¹⁴¹⁰ J.-P. Blatter, *Liberté contractuelle dans la rédaction des baux commerciaux et modes alternatifs de règlement des conflits*, *AJDI* 2003, p. 921.

¹⁴¹¹ C. Pérès *op. cit.* : « Désormais, en droit commun, la liberté de stipuler une clause contraire à une disposition supplétive n'est plus la même suivant que la clause a été effectivement négociée ou non. Cela tient au fait que le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, que sanctionne l'article 1171 dans le contrat d'adhésion, s'apprécie notamment en comparant la clause litigieuse aux règles légales supplétives à laquelle elle déroge. »

pas été mises en mesure de négocier les termes de leur échange. La méthode d'identification des clauses abusives sur le fondement de l'article 1171 consisterait, dans cette optique, à comparer la clause du contrat d'adhésion aux règles supplétives auxquelles elle déroge¹⁴¹². Cette méthode est déjà appliquée en matière de droit de la consommation¹⁴¹³, et en droit allemand où la règle légale supplétive joue une fonction dite « de modèle et d'ordre¹⁴¹⁴ » dans l'étude des contrats d'adhésion.

453. Le droit allemand¹⁴¹⁵ apprécie en effet le déséquilibre contractuel à partir de la confrontation de « la teneur de la clause contestée à la réglementation légale qui aurait trouvé application à défaut de dérogation contractuelle¹⁴¹⁶ ». Ainsi le § 307 alinéa 3 du BGB servant d'assise juridique au contrôle du contenu des conditions générales contractuelles précise-t-il qu'il n'y a lieu d'exercer ce contrôle « qu'autant qu'elles [les clauses] modifient ou complètent des prescriptions juridiques¹⁴¹⁷ ». Échappent ainsi au contrôle du §307 les clauses qui se bornent à reproduire des règles de droit d'origine légale, réglementaire ou prétorienne d'une part, et les clauses qui déterminent les prestations principales d'autre part¹⁴¹⁸. Il s'agit ainsi de déduire le déséquilibre significatif à partir de l'écart creusé entre les prescriptions légales ou jurisprudentielles en vigueur et les dispositions contractuelles. Prenons l'exemple d'une clause contenue dans un contrat d'adhésion aux termes de laquelle le créancier renoncerait à la faculté de solliciter la résolution du contrat ainsi qu'à celle de solliciter des dommages et intérêts au titre de la réparation des conséquences de l'inexécution. Cette clause vient retirer au créancier les prérogatives contractuelles que lui offre l'article 1217 du Code civil, dont la rédaction trahit l'absence de caractère impératif¹⁴¹⁹. Le déséquilibre significatif

¹⁴¹² F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°33.13, pp. 213-214 : « Dans le contrat d'adhésion, l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat conduira sans doute le juge à apprécier plus strictement la clause qui déroge au modèle supplétif ».

¹⁴¹³ CJUE 14 mars 2013, *Aziz c/ Catalunyacaixa*, aff. C-415/11, *RTD eur.* 2013. 559, note C. Aubert de Vincelles.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ § 305 s. BGB.

¹⁴¹⁶ F. Kutscher-Puis, Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, *CCC* 2015, n°6 étude 7, spéc. n°5 : « Il s'agit en effet pour le juge de mesurer combien la partie ayant imposé ses clauses s'est écartée de la norme des droits et obligations des parties telle qu'elle découle de la loi. En ce sens, il ne s'agit aucunement d'une application de dispositions impératives de la loi, mais bien d'une dérogation au droit dispositif au détriment de l'une des parties, dérogation qui serait parfaitement permise dans un contrat négocié par les parties, mais ne l'est plus lorsque le contrat a été imposé au cocontractant sans que ce dernier n'ait eu de possibilité réelle d'en négocier les termes. »

¹⁴¹⁷ M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2004, n°113, p. 89.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ Art. 1217C. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en

pourrait être apprécié ici par comparaison entre ce que permet l'article 1217 du Code civil et ce qu'interdit la clause contenue dans le contrat d'adhésion. Lorsque cette comparaison fait paraître un avantage excessif au profit d'une partie sans contrepartie pour l'autre, les juges pourraient alors être inspirés de caractériser une clause abusive au sens de l'article 1171.

454. Cette méthode d'appréciation du déséquilibre significatif pourrait, si elle était transposée en droit français, opérer comme un révélateur de l'ordre public virtuel¹⁴²⁰. Outre l'ambiguïté formelle de la place conférée à l'ordre public dans la réforme, il apparaît qu'une incohérence substantielle vient troubler l'effectivité de plusieurs dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016.

B. L'incohérence substantielle du champ d'application de l'ordre public dans la réforme

455. Ainsi, l'ordre public virtuel peut être révélé par la sanction que le législateur a entendu réserver à certaines clauses, mais également au travers de dispositions dont l'efficacité qui en est attendue suppose qu'elles soient pourvues d'un caractère impératif¹⁴²¹. Il s'agit des cas pour lesquels il y aurait une incohérence substantielle à ne pas retenir le caractère impératif d'une disposition pourtant présentée comme une règle supplétive. C'est le cas, nous semble-t-il, de l'article 1195 relatif au régime de l'imprévision. Alors que cet article utilise le verbe pouvoir¹⁴²², marquant ainsi le caractère optionnel de la règle qu'il édicte¹⁴²³, tout laisse à croire pourtant que cette disposition relève de l'ordre public substantiel¹⁴²⁴.

nature de l'obligation ; -solliciter une réduction du prix ; -provoquer la résolution du contrat ; -demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

¹⁴²⁰ En ce sens, Th. Douville, (sous la direction de), *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2016, p. 141.

¹⁴²¹ Rapport de la commission des lois, préc. p. 21.

¹⁴²² Art. 1195 al. 1 C. civ. « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci **peut** demander une renégociation du contrat à son cocontractant. »

¹⁴²³ V. le débat en séance publique devant le Sénat en seconde lecture, p. 837, le Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale avant examen en seconde lecture, p. 6 et p. 30, ainsi que le débat en séance publique devant l'Assemblée nationale, 7 févr. 2018, p. 32.

¹⁴²⁴ En ce sens bien qu'isolé : B. Mercadal considère qu'« une clause ne saurait [...] être conçue de telle sorte qu'elle aboutirait à priver une partie de son droit de demander le rajustement du contrat lorsque les conditions de l'article 1195 sont remplies » in *Dossier Pratique – Réforme du droit des contrats*, Ed. Francis Lefebvre, n° 606, pp. 169-170.

456. L'article 1195 alinéa 1 écarte de son champ d'application les parties qui auraient accepté d'assumer le risque d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution de celui-ci excessivement onéreuse. Il est surprenant qu'en l'absence d'acceptation d'un tel risque la renégociation du contrat ne soit pas impérative, d'autant que l'ordonnance et le Rapport au Président¹⁴²⁵ valorisent la résolution amiable des différends contractuels. C'est en tout cas la solution que semblait retenir la jurisprudence dans plusieurs arrêts sanctionnant le refus d'une partie de renégocier le contrat devenu excessivement onéreux sur le fondement de l'obligation de bonne foi et de loyauté¹⁴²⁶. L'on ajoutera enfin que les parties n'ont pas besoin de l'autorisation du juge pour envisager de renégocier le contrat. Il aurait été plus judicieux de donner à l'obligation de renégociation un caractère impératif lorsqu'aucune des parties n'a entendu assumer le risque d'un tel changement de circonstances. Cela devrait d'ailleurs découler de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat, laquelle est expressément présentée comme étant d'ordre public¹⁴²⁷.

457. Cet ordre public économique identifié avec plus ou moins de facilité révèle donc une nature protectrice. Les dispositions touchées par celui-ci intéressent pour beaucoup l'équilibre du contrat et viennent enrichir l'ordre public économique de protection. La place laissée à l'ordre public de protection substantiel contraste donc avec celle qui lui est laissée formellement. Il faut ajouter à cela un renouvellement plus profond de la nature de cet ordre public. À un ordre public de protection catégoriel se substitue un ordre public de protection décloisonné.

II. La présence d'un ordre public économique de protection décloisonné

458. L'ordonnance du 10 février 2016 participe à l'accroissement de l'ordre public économique (A), et consacre des mesures de protection dont la caractéristique consiste à sortir d'une protection catégorielle au profit d'une protection décloisonnée (B).

¹⁴²⁵ Rapport au président de la République : « L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier. »

¹⁴²⁶ Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *JCP* 1993. II. 22164, note G. Virassamy ; Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357 *RTD civ.* 1999, 98, obs. J. Mestre ; CA Nancy, 26 sept. 2007 *RTD civ.* 2008. 295, obs. B. Fages.

¹⁴²⁷ Art. 1104 alinéa 2.

A. L'accroissement de l'ordre public économique

459. L'ordre public économique, à la différence du classique « n'est plus une notion d'exception, mais un instrument technique d'une législation diversifiée concurrente du droit civil classique. C'est une notion fonctionnelle. »¹⁴²⁸ La réforme du droit des contrats semble aller plus loin dans cette démarche de banalisation de l'ordre public économique¹⁴²⁹ dans la mesure où elle lui fait une place au sein même du Code civil. Une telle affirmation peut surprendre *a priori* tant l'ordonnance du 10 février 2016 réaffirme avec force le principe de la liberté contractuelle¹⁴³⁰. Toutefois, les dispositions relevant de l'ordre public, qu'il soit textuel ou virtuel, semblent en réalité nombreuses¹⁴³¹ et présentent incontestablement une dimension économique en ce qu'elles témoignent de « la politique économique d'ensemble des pouvoirs publics. »¹⁴³². Deux aspects de l'ordre public économique peuvent être mis en évidence de manière schématique. Le premier, consiste à sanctionner les atteintes au fonctionnement concurrentiel du marché et protège « l'économie générale du pays¹⁴³³ », tandis que le second sanctionne les atteintes à l'équilibre des relations commerciales¹⁴³⁴ et protège en cela « l'économie interne du contrat¹⁴³⁵ »¹⁴³⁶. Sans prétendre à une autonomie de ces deux composantes, la réforme du droit des contrats a intégré dans le droit commun plusieurs outils qui illustrent directement le souci de protection de l'équilibre des relations commerciales. Que l'on songe en effet à l'abus de dépendance, au déséquilibre significatif, à la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, à la renégociation du contrat pour imprévision, l'ensemble de ces dispositifs juridiques attestent d'une préoccupation en matière

¹⁴²⁸ G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis, 2^e éd. 1982, p. 42.

¹⁴²⁹ G. Farjat, *L'ordre public économique*, Thèse, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, n°30, p. 38 : « L'ordre public économique peut être défini comme l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°280, p. 255.

¹⁴³⁰ Art. 1102 alinéa 1 Code civil. G. Farjat, *L'ordre public économique*, Thèse, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, n°22, p. 32 : « L'ordre public n'apparaît que comme l'antithèse de la liberté contractuelle. »

¹⁴³¹ Cf. *supra* n° 418-422.

¹⁴³² G. Farjat, *op. cit.* *Droit économique*, p. 43.

¹⁴³³ G. Farjat, *op. cit.* *L'ordre public économique*, n°29, p. 37.

¹⁴³⁴ L. Donnedieu De Vabres-Tranié et F. Vever, *Force du contrat et ordre public économique*, *Gaz. Pal.* 2015, n°353, p. 12.

¹⁴³⁵ G. Farjat, *op. cit.* *L'ordre public économique*, n°29, p. 37

¹⁴³⁶ Le Professeur Farjat retient une définition englobante de l'ordre public économique lequel réunit à la fois l'ordre public strictement économique qui correspond à l'ordre public concurrentiel, l'ordre public « social » et l'ordre public de l'économie interne au contrat.

de déséquilibre contractuel dans les contrats d'affaires. Il s'agit ici de « vices économiques du contrat¹⁴³⁷ » auxquels on se propose de remédier.

460. L'intervention de l'État dans le champ économique des échanges contractuels n'est pas neuve, mais elle tend à revendiquer un champ d'action plus vaste à l'épreuve de la globalisation des échanges et du droit sur lequel ils reposent¹⁴³⁸. La mondialisation contraint en effet le libéralisme à se maintenir par la défense des opérateurs là où ces derniers étaient jusqu'ici jugés suffisamment aptes à défendre leurs intérêts eux-mêmes¹⁴³⁹. L'accentuation des déséquilibres contractuels et l'accroissement des écarts de richesse entre les acteurs économiques contraignent l'État à intervenir à la fois pour remédier à cette situation, mais encore et surtout pour permettre aux États de mener à bien leur politique économique générale. La réforme du droit des contrats entérine en quelque sorte le déclin du libéralisme triomphant du Code civil de 1804¹⁴⁴⁰, qui laissait aux parties le soin de déterminer l'équilibre subjectif de leurs échanges¹⁴⁴¹, pour promouvoir une intervention de l'État par le vecteur incontournable de l'outil contractuel¹⁴⁴². D'inspiration sociale libérale, ou néolibérale au sens keynésien du terme¹⁴⁴³, la réforme du droit des contrats s'inscrit en porte à faux avec une politique économique du « laisser-faire¹⁴⁴⁴ ». La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015¹⁴⁴⁵ manifeste, de ce point de vue, la nécessité de

¹⁴³⁷ G. Farjat, *op. cit.* L'ordre public économique, n°29, p. 37.

¹⁴³⁸ J.-B. Racine, Droit économique et lois de police, *RIDE* 2010, 1, p. 142.

¹⁴³⁹ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, Théorie générale du procès, PUF coll. Thémis Droit privé, 2e éd., 2013, n° 49, p. 209.

¹⁴⁴⁰ J. Vogel, Faut-il réformer la réforme du droit des contrats ? Une nécessité pour l'économie et les entreprises françaises, *AJContrat* nov. 2017, 470 : « Conçu à une époque où la France était libérale, notre droit des contrats obéissait à des principes fondamentaux communs à tous les droits occidentaux et favorables à l'activité économique. » ; V. aussi, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°36, p. 22 : « Pendant longtemps, la liberté contractuelle a été considérée comme le meilleur moyen de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers et par là même de satisfaire l'intérêt général. »

¹⁴⁴¹ G. Farjat, Droit économique, PUF, coll. Thémis, 2^e éd. 1982, p. 50 ; M. Mohamed Salah, Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? in Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 262 : « L'ordre public économique libéral revêt donc le caractère d'une règle d'exception. »

¹⁴⁴² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 16^e éd. 2014, n°294, pp. 302-303 ; H. Barbier, Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, 42^{ème} colloque de l'association droit et commerce, *Gaz. Pal.* Hors-série, 12 juin 2017, p. 7 : « la main invisible du marché, celle décrite par Adam Smith, est gantée par le législateur. »

¹⁴⁴³ Pour une analyse des différents courants du libéralisme G. Dostaler, Les chemins sinueux de la pensée économique libérale, *L'économie politique*, Altern. Economiques, 2009/4 (n° 44), pp. 42-64.

¹⁴⁴⁴ J. M. Keynes, « The end of *laissez-faire* » (1926), in *Essays in Persuasion*, Collected Writings Volume IX, Cambridge : Macmillan / Cambridge University Press for the Royal Economic Society, [1931] 1972.

¹⁴⁴⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Dans le même sens, IX^e Rapport sur la politique de concurrence, Commission de la concurrence, 1979, p. 10 : « Le régime de concurrence, tel qu'il est institué par le traité,

promouvoir l'équilibre des relations commerciales afin d'augmenter la croissance. « Selon une certaine conception du libéralisme, la définition de l'intérêt général implique de prendre en compte la force des uns et la faiblesse des autres.¹⁴⁴⁶ » C'est bien cette conception du libéralisme dont la réforme du droit des contrats semble se faire l'écho¹⁴⁴⁷. La protection des parties faibles participe alors à l'objectif de protection d'un marché efficace et concurrentiel¹⁴⁴⁸.

461. L'ordre public économique dans sa composante protectrice a longtemps été présenté comme un droit de classe¹⁴⁴⁹ ou un droit catégoriel dont l'objet consistait à appréhender les relations contractuelles de certaines catégories de contractants identifiés en raison des déséquilibres de puissances économiques auxquels ils étaient structurellement exposés. Cette « stratification sociale¹⁴⁵⁰ » de l'ordre public tend à être remise en cause par l'ordonnance du 10 février 2016 laquelle opère une généralisation de cet ordre public au travers de la notion de contrat d'adhésion. Alors que la définition du contrat d'adhésion se concentrait classiquement sur les critères subjectifs de la volonté des parties et des qualités subjectives de ces dernières¹⁴⁵¹, il apparaît que les mesures protectrices consacrées par la réforme du droit des contrats reposent, au contraire, sur un contrat d'adhésion objectivé.

B. Des mesures protectrices concentrées sur le modèle d'un contrat d'adhésion objectivé

462. L'ordre public économique contemporain présente un caractère catégoriel (1) que l'ordonnance du 10 février 2016 renouvelle par le recours à un contrat d'adhésion objectivé

implique finalement que les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence effective respectent le principe de l'équité économique ».

¹⁴⁴⁶ M. Hervieux, *Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction*, in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 323.

¹⁴⁴⁷ C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF Droit coll. Thémis droit privé, 2002, p. 122.

¹⁴⁴⁸ C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *op. cit.* p. 126 : « Un tel cloisonnement du droit de la concurrence entre l'ordre public de concurrence et les intérêts privés qui s'attachent aux modalités de son exercice, est réducteur de la nature de l'économie de concurrence. Il apparaît tout au contraire que les effets bénéfiques de la concurrence pour la collectivité ne peuvent être détachés des modalités individuelles de son exercice. »

¹⁴⁴⁹ L. Jossierand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, *DH* 1937, n°1, chron. 1.

¹⁴⁵⁰ C. Labrusse-Riou, *La relativité du contrat : les personnes*, in *La relativité du contrat*, Trav. Ass. Henri Capitant, Journées nationales, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ 2000, p. 26.

¹⁴⁵¹ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Pichon, 1901, au sujet du contrat d'adhésion : « il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat ».

(2). Cela signifie que la qualification de ce contrat repose non pas sur la volonté des parties ou leurs qualités subjectives, mais sur un certain nombre de critères formels qui font de l'objet contractuel envisagé le critère déterminant de qualification. Ce contrat d'adhésion ainsi analysé fait apparaître en creux un ordre public de protection prescriptif (3).

1. Le caractère catégoriel de l'ordre public de protection contemporain

463. L'ordre public économique de protection contemporain présente une dimension catégorielle indiscutable. Celui-ci vise assurément à protéger des catégories de cocontractants que sont notamment les consommateurs, les assurés, les salariés, les preneurs commerciaux, ou les sous-traitants. Ces « statuts¹⁴⁵² » attribuent à des catégories socio-économiques, des droits leur permettant de se prémunir des effets produits par le déséquilibre contractuel induit par leur position. Cette parcellisation du droit des contrats alimente les plus vives controverses depuis de nombreuses années¹⁴⁵³, et enrichit la complexité de la règle de droit. L'ordonnance du 10 février 2016 aurait-elle épuisé la protection catégorielle, et assisterait-on au déclin de celle-ci ? Le Professeur Malinvaud prédisait dès 1981, un « déclin des droits catégoriels¹⁴⁵⁴ » provoqué par l'épuisement de ce mécanisme même. L'ordonnance du 10 février 2016 peut le laisser penser. Elle donne à voir non pas une disparition de la protection des droits catégoriels, mais plutôt un renouvellement de leur approche. Il ne s'agit plus de protéger une catégorie de cocontractants, mais d'identifier des catégories de contrats auxquels sont attachés divers dispositifs de protection. On passe alors d'une protection catégorielle subjective à une protection catégorielle objective. En cela, il est permis de dire que la dimension catégorielle de la protection contre les déséquilibres contractuels s'efface au profit d'une protection générale.

¹⁴⁵² L. Josserand, Sur la reconstitution d'un droit de classe, *DH* 1937, n°1, chron. 1 : « on voit se développer, par opposition à la notion de droit commun, la conception d'une législation de classe, plus précisément d'un droit professionnel qui se subdivise naturellement en une série de compartiments correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions de chacun de nous peut occuper dans la société [...] d'où une dispersion, une fragmentation du droit qui s'oppose de plus en plus vigoureusement à la conception unitaire de notre Code civil » ; T. Ivainier, Le contrat moderne face à la prolifération des statuts des personnes, *JCP* 1977, I, 2876, n°44 : « Depuis quelques décennies, le législateur ne cesse de distribuer les masques les plus variés aux acteurs qui occupent notre scène juridique, au point que, de nos jours, personne ne reconnaît plus personne. Dépassé par les événements, le metteur en scène, je veux dire le juriste, semble en avoir pris son parti et démissionner de sa fonction essentielle qui est de combattre le désordre des réalités, entretenu par l'incohérence des textes. »

¹⁴⁵³ G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, *in* Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 351 : « Dans cette recherche des intérêts divers qu'il ne peut pas connaître le législateur est l'esclave des corporations reconstituées, des associations qui pullulent. »

¹⁴⁵⁴ Ph. Malinvaud, La protection des consommateurs, *D.* 1981, p. 62.

464. Cette protection témoigne de l'objectivation du contrôle de l'équilibre contractuel en ce qu'elle supplée la volonté de la partie désignée comme faible par une disposition légale posant *a priori* le principe de son infériorité¹⁴⁵⁵. « Ce n'est plus lors la volonté des parties qui détermine les effets des contrats, dans chaque cas particulier, mais la loi qui les précise d'office et d'une manière générale.¹⁴⁵⁶ » Cela conduit au développement d'un ordre public de protection prescriptif.

2. L'émergence d'un contrat d'adhésion objectif

465. L'ordre public de protection décloisonné trouve son expression dans la figure du contrat d'adhésion¹⁴⁵⁷ et la sanction des clauses abusives qui lui est rattachée. L'article 1171 ainsi intégré au Code civil modifierait le phénomène de « parcellisation¹⁴⁵⁸ » de la protection de la partie faible tel que décrit par le Professeur Chazal. Ce phénomène désigne le morcellement des dispositifs de protection par référence à des catégories de cocontractants. Cette parcellisation « inadaptée¹⁴⁵⁹ » reposant sur des postulats « erronés¹⁴⁶⁰ », a consisté à mettre en évidence des catégories de contrats auxquelles étaient associées des dispositions

¹⁴⁵⁵ Le Doyen Gény parlait à ce sujet de « présomptions légales de la volonté des contractants », in *Science et Technique en Droit privé positif*, III, n°237, p. 342 et s.

¹⁴⁵⁶ E. H. Perreau, Une évolution vers un statut légal des contrats, in *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 355.

¹⁴⁵⁷ R. Saleilles, *op. cit.* n°89, p. 229. Il faut citer parmi la littérature abondante consacrée à ce contrat : G. Dereux, De la nature juridique des contrats d'adhésion, *RTD civ.* 1910, p. 503 ; V. Pichon, Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature, Thèse Lyon 1912 ; J. Dollat, Les contrats d'adhésion, Thèse, Paris, 1915 ; R. Demogue, Traité des obligations en général, t. II, A. Rousseau, 1923, n°616 et s. ; M. Domergue, Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, Thèse Toulouse 1935 ; G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1976 ; P. Nordmann, Le contrat d'adhésion. Abus et remèdes, Thèse, Lausanne 1974 ; J. Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, n°27, p. 479.

¹⁴⁵⁸ J.-P. Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, Thèse, Grenoble II, 1996, p. 63 : « 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. » Le Professeur Chazal tire lui-même l'expression de 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. Il faut préciser que cette approche catégorielle en matière de protection de la partie faible ne se retrouve pas dans la plupart des systèmes de *common law*. C'est le cas notamment du droit américain des contrats qui utilise la notion *unconscionability* (section 2.302 du *Uniform Commerce Code*) comparable au déséquilibre significatif. À la différence du droit français, le droit américain des contrats ne restreint pas le champ d'application de cette notion à certains types de contrat mais se veut volontairement général pour appréhender tous les types de contrats qui remplissent les critères d'application de cette notion. V. sur ce point T. Mliczak, Le déséquilibre significatif entre droit américain et droit français des contrats, Mémoire de Master 2, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2016, spéc. p. 37.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

protectrices spécifiques. Il s'agissait de multiplier les « petits contrats¹⁴⁶¹ » comme autant d'expressions des catégories de cocontractants érigées par le législateur. L'article 1171 du Code civil peut sembler s'inscrire dans cette filiation, dans la mesure où il limite son champ d'application aux contrats d'adhésion. Il serait pourtant inexact de considérer que ces derniers décrivent une catégorie contractuelle autonome avec un champ d'application *ratione personae* propre¹⁴⁶². En effet, aucun régime spécifique contraignant les règles de formation ou d'exécution de ce contrat « en série¹⁴⁶³ », ni même la qualité des parties, ne permettait jusqu'ici d'en faire une catégorie contractuelle autonome¹⁴⁶⁴. Il s'agissait, pour reprendre les termes du Professeur Chazal, « plus d'une notion sociologique que juridique¹⁴⁶⁵. » En recourant à un critère processuel attaché à la phase de formation du contrat, le contrat d'adhésion parvient en réalité à dépasser les catégories contractuelles subjectives existantes pour offrir au déséquilibre significatif une dimension objective. Il est frappant de relever à cet égard que le législateur n'a pas entendu préciser à l'article 1171 que le déséquilibre significatif et celui qui opère au détriment de l'adhérent¹⁴⁶⁶. Il dépersonnalise l'ordre public de protection habituellement attaché aux qualités subjectives des cocontractants pour privilégier une protection générale des cocontractants.

¹⁴⁶¹ J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998, p. 303. Cette expression est utilisée par l'auteur pour désigner les contrats de prêt, dépôt, jeu mandat, cautionnement, transaction. L'auteur les présente en 1969, comme des petits contrats par contraste avec les grands contrats que serait le contrat de société, la vente et le contrat de louage. Depuis 1969 ces « petits contrats » se sont toutefois multipliés à mesure que le législateur a instauré de nouvelles catégories de cocontractants.

¹⁴⁶² G. Dereux, *La nature juridique des « contrats d'adhésion »*, *RTD civ.* 1910, p. 541, V. dans le même sens, J. Flour, J.-L. Aubert ; E. Savaux, *op. cit.* n°189. C'est notamment cette difficulté qui a vraisemblablement motivé le dépôt d'un amendement par la Commission des lois. V. Amendement présenté par M. Pillet, *Projet de loi Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 1^{ère} lecture n° 578, 11 oct. 2017 : « En second lieu, cet amendement tend à clarifier les définitions respectives du contrat de gré à gré et du contrat d'adhésion, le second pouvant donner lieu, pour cette seule forme de contrat, à un contrôle juridictionnel des éventuelles clauses abusives présentes dans le contrat imposé par l'une des parties. Les définitions actuelles, qui ne sont pas strictement symétriques, comportent des ambiguïtés et des incertitudes de périmètre unanimement critiquées. [...] Pour distinguer ces deux contrats de façon plus claire et opérante pour la jurisprudence, il est proposé de retenir le critère de négociabilité : le contrat de gré à gré serait celui dont toutes les clauses sont négociables, même si elles ne sont pas effectivement négociées, tandis que le contrat d'adhésion serait celui qui comporte des clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties. »

¹⁴⁶³ L. Josserand, *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 337.

¹⁴⁶⁴ Sur les interprétations qui divisent la doctrine s'agissant de l'interprétation qu'il convient de faire de la notion de conditions générales postérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016 V. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°366, p. 326.

¹⁴⁶⁵ J.-P. Chazal, *op. cit.* p. 185.

¹⁴⁶⁶ M. Latina, *Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion* in *Le contrat d'adhésion : Perspectives franco-québécoises*, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître. L'auteur souligne à juste titre que cela est propre à l'article 1171 C. civ., l'article L. 212-1 C. consom. et l'art. L. 442-6, I, 2° C. com. identifient la partie au détriment de laquelle le déséquilibre significatif produit ses effets. Cela crée une situation inédite puisque « le contrat étant d'adhésion, le propriétaire, alors même qu'il a choisi et imposé le contrat, pourrait être autorisé à demander la suppression d'une clause, dont il n'avait pas perçu le caractère abusif à son détriment, faute pour l'article 1171 du Code civil d'exclure cette possibilité. »

466. L'ordonnance du 10 février 2016 est donc venue sortir l'ordre public économique de protection du jeu des catégories, en consacrant un contrat d'adhésion dépourvu de considérations subjectives. Cet ordre public de protection présente néanmoins une autre face prescriptive qu'il convient d'étudier.

3. Un ordre public de protection prescriptif

467. L'ordre public économique dont il vient d'être fait état présente une double face. Protecteur¹⁴⁶⁷ en ce qu'il offre au débiteur la faculté de solliciter un réajustement du contrat par la suppression des clauses réputées non écrites, il contribue dans le même temps à renforcer sa dimension prescriptive¹⁴⁶⁸ lorsqu'il détermine de manière autoritaire le contenu du contrat, ou prescrit l'accomplissement d'actes positifs¹⁴⁶⁹. La distinction étanche entre ordre public de protection et de direction apparaît ici comme une aporie tant il est évident que l'ordre public de protection est traversé par une dimension prescriptive. Le législateur qui entend protéger le cocontractant des articles 1170 et 1171 du Code civil entend, dans le même temps, prescrire le respect de l'équilibre contractuel. L'ordre public de direction tend bien à instaurer « un équilibre ou une organisation économique que la liberté n'assure pas naturellement¹⁴⁷⁰ ». Pour certains auteurs¹⁴⁷¹, l'ordre public de protection serait toujours poussé par la préoccupation finale d'organisation d'un marché. Tel serait le cas en matière de droit du travail, où le souci de rééquilibrage des relations entre employeurs et salariés se doublerait d'un objectif d'organisation du marché du travail.

¹⁴⁶⁷ Communiqué de presse du 11 février 2016 Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « La réforme publiée ce jour répond aux besoins pratiques des particuliers et des entreprises et s'articule autour de trois objectifs : simplicité efficacité et protection. »

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Communique_presse_droit_contrats_02_2016.pdf

¹⁴⁶⁸ E. H. Perreau, Une évolution vers un statut légal des contrats, *in* Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Génay, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 355, au sujet des statuts contractuels : « c'est une technique nouvelle dans la législation des contrats, cessant d'être purement interprétatif de volonté pour devenir absolument impérative. »

¹⁴⁶⁹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2025, pp. 726-728.

¹⁴⁷⁰ Civ. 3^{ème} 1^{er} oct. 2008, *RDC* 2009, n°1, p. 165, obs. J.-B. Seube.

¹⁴⁷¹ F. Riem, Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ? *in* Les déséquilibres économiques et le droit économique, sous la direction scientifique de Laurence Boy, Larcier, 2015, pp. 17 à 32. L'auteur utilise l'expression « d'ordre privé organisationnel ».

468. Il s'agit de substituer à la normativité privée¹⁴⁷² produite par les relations d'affaires, une normativité publique d'origine légale. Les acteurs économiques semblent d'ailleurs très tôt avoir saisi cet enjeu, en témoigne l'opposition très forte du MEDEF qui s'est exprimée dès 2015 à l'encontre du projet de réforme du droit des contrats¹⁴⁷³. La protection de la partie faible est en effet en opposition radicale avec la théorie de l'économie de marché. Celle-ci repose sur le postulat fondamental de l'égalité abstraite des opérateurs¹⁴⁷⁴. Dès lors, l'instauration de régimes légaux de protection contrevient au bon fonctionnement du libéralisme tel que défendu par Smith¹⁴⁷⁵ ou Walras¹⁴⁷⁶. Cette approche libérale a toutefois largement évolué aujourd'hui, si bien que les économistes comme les juristes s'accordent à reconnaître la nécessité d'intervenir dans l'économie de marché pour assurer son effectivité. La lutte contre les déséquilibres contractuels se présente donc comme un outil de régulation du marché, mobilisé tantôt par les opérateurs et tantôt par les pouvoirs publics.

469. Qualifiée de loi de police¹⁴⁷⁷ en ce qu'elle vise à faire « respecter l'ordre public économique¹⁴⁷⁸ », l'article L. 442-6, I, 2° présente les deux faces d'une même pièce. L'une relevant d'un ordre public de protection lorsqu'il s'agit pour le partenaire commercial victime de faire sanctionner le déséquilibre significatif dont il a été victime, et l'autre relevant d'un ordre public de direction lorsqu'il s'agit de donner à l'administration ou au ministre de

¹⁴⁷² G. Farjat, Pour un droit économique, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, pp. 54 à 57. Au sujet de la normalisation : « L'évolution économique entraîne une normalisation de fait. [...] En fait, la normalisation satisfait tout le monde. Les parties « faibles » avec les dispositions de protection mais aussi les puissants : la normalisation peut avoir un résultat, et souvent un objectif, concentrationniste. »

¹⁴⁷³ https://www.lesechos.fr/03/05/2015/lesechos.fr/02145489033_la-reforme-du-droit-des-contrats-franchit-une-nouvelle-etape.htm Plus récemment, certains auteurs ont encouragé une réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 en soulignant les effets néfastes de cette dernière sur la compétitivité des entreprises. En ce sens, V. J. Vogel, art. préc. p. 471 : « La réforme aboutit en pratique à un immense gâchis. La modernisation du droit, positive et nécessaire, se trouve occultée par le choix idéologique du protectionnisme juridique et de la judiciarisation des contrats. Notre nouveau droit des contrats fragilise leur force obligatoire à chaque étape de processus contractuel. Il conduit à une forte insécurité juridique pour les entreprises et rend notre droit et la place de Paris moins attractifs. »

¹⁴⁷⁴ J. Carbonnier, Droit civil, vol. 2, Les obligations, PUF, Quadrige, 2004, n° 993, p. 2048 : « la présomption est qu'un contrat est juste [...] s'il a été accepté librement ».

¹⁴⁷⁵ A. Smith, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Paris : Guillaumin 1859, p. 298 : « Blesser 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 ».

¹⁴⁷⁶ L. Walras, Éléments d'économie politique pure, 1ère éd., Paris, 1874.

¹⁴⁷⁷ T. com Paris, 7 juin 2012, n° 10/1024. V. aussi pour une solution similaire en matière de rupture brutale des relations commerciales établies CA Paris 4 oct. 2012 RG n°11/17783 ; CA Grenoble, ch. com. 4 oct. 2012 n°12/02110, T. com. Pontoise, 2 février 2012, n° 2009F00281.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

l'Économie la possibilité de solliciter la condamnation au paiement d'une amende civile¹⁴⁷⁹. « Cette action du ministre de l'Économie se situe ainsi entre la défense d'intérêts privés et la protection de l'ordre public économique.¹⁴⁸⁰ » Le recours à la notion de « loi de police » est évocateur. Il s'agit, selon l'article 9 alinéa 1 du règlement Rome I, d'une « disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». L'« intimité profonde¹⁴⁸¹ » qui unit les lois de police à l'ordre public économique explique l'utilisation de la notion de loi de police comme instrument de promotion de l'ordre public économique s'agissant des pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce¹⁴⁸². Le recours à la loi de police est présenté par certains auteurs comme une garantie de préservation d'intérêts économiques menacés par la mondialisation des échanges¹⁴⁸³. Il s'agirait par ce biais « d'assurer l'effectivité du droit économique dans l'ordre international¹⁴⁸⁴ ». Si le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations recourt au procédé des lois de police pour trouver à s'appliquer dans l'ordre international¹⁴⁸⁵, le droit des pratiques restrictives soulève sur ce point des difficultés d'application.

470. La décision *Expedia* rendue par le tribunal de commerce de Paris le 7 mai 2015¹⁴⁸⁶, et l'arrêt rendu à sa suite par la Cour d'appel de Paris le 21 juin 2017¹⁴⁸⁷ en fournissent une illustration. Les juges consulaires avaient été saisis par le ministre de l'Économie qui entendait voir appliquer l'article L. 442-6, I 2° et L. 442-6, II, d) du Code de commerce à des

¹⁴⁷⁹ Plus, récemment, D. Bensaude, obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 6 juill. 2016, *Gaz. Pal.* 2016, n° 40, p. 34. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris ayant considéré inapplicable la convention d'arbitrage incluse dans le contrat liant *Apple* distribution international et *Orange* au motif que l'action du Ministre de l'Économie vise la défense de l'intérêt général, et la protection du marché et de la concurrence, non celle des intérêts immédiats des contractants lésés.

¹⁴⁸⁰ P. Reis, L'intervention du ministre de l'Économie dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement : entre défense des intérêts privés et protection de l'ordre public économique, in *Le droit économique entre intérêt privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, p. 164.

¹⁴⁸¹ J.-B. Racine, *Droit économique et lois de police*, *RIDE* 2010, 1, p. 142.

¹⁴⁸² Pour des auteurs rejetant l'idée s'une assimilation de la loi de police à l'ordre public Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013, n° 173, p. 158.

¹⁴⁸³ J.-B. Racine, art. préc.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

¹⁴⁸⁵ L. Idot, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, *JDI*, 1995, n° 2, p. 321.

¹⁴⁸⁶ T. com. Paris, 7 mai 2015, Min. de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique c/ *Expedia* Inc et a. obs. G. Loiseau, *CCE* n°7, juill. 2015, comm. 58. G. Loiseau. V. aussi dans le même sens T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Economie et des Finances et autres / Société *Booking.com* B.V et Société *Booking.com* France).

¹⁴⁸⁷ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784.

contrats comportant une clause d'application de la loi anglaise et contenant des clauses de parité tarifaire¹⁴⁸⁸ aussi appelées « d'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires ». Le tribunal de commerce décidait dans sa décision du 7 mai 2015 qu'« il faut donc considérer que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est une disposition dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police »¹⁴⁸⁹. En revanche, le tribunal de commerce ne retenait pas la même solution pour l'article L. 442-6, II, d) sanctionnant la pratique permettant de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant, au motif que cette interdiction n'a pas de portée générale et ne vise que les secteurs pour lesquels plusieurs fournisseurs se trouvent en face d'un seul acheteur. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 juin 2017 devait toutefois infirmer ce dernier point, en affirmant que l'article L. 442-6, II, d), au même titre que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce constituait bien une loi de police. Refusant de limiter le périmètre de ce texte au seul secteur de la distribution, la Cour d'appel y voit au contraire un outil « crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques ». Cette solution est heureuse en ce qu'elle reflète plus fidèlement, nous semble-t-il, les objectifs poursuivis par l'article L. 442-6, II, d). Si la loi de modernisation de l'économie affichait la volonté d'appréhender les déséquilibres existants dans le domaine de la grande distribution, ce marché présente avec celui de la réservation en ligne, des similitudes structurelles et conjoncturelles justifiant l'intégration de ce secteur dans le champ d'application de l'article L. 442-6, II, d) du Code de commerce¹⁴⁹⁰.

471. Cette solution n'allait pas de soi tant les premières décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce semblaient circonscrire son champ d'application au secteur de la grande distribution alimentaire¹⁴⁹¹. Cette analyse contribuait

¹⁴⁸⁸ Cf. *supra* n°606-607.

¹⁴⁸⁹ M. Behar-Touchais, Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements *Bruxelles I*, *Rome I* et *Rome II* ? *RDC* 1^{er} déc. 2015, n°4, p. 889.

¹⁴⁹⁰ La menace de déréférencement qui pèse sur certains fournisseurs est comparable à celle qui touche les établissements hôteliers ; les établissements hôteliers payent des commissions pour que la plateforme assure leur visibilité sur les moteurs de recherche comme le font les distributeurs pour les produits des fournisseurs sur les linéaires.

¹⁴⁹¹ Certains auteurs se prononcent d'ailleurs en faveur d'un cantonnement du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com à ce seul secteur. V. en ce sens F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^e éd. 2015, n°948, p. 957 ; V. aussi M. Behar-Touchais pour qui le déséquilibre

néanmoins à limiter le rayonnement du déséquilibre significatif et interdisait d'y voir une loi de police. C'est un tout autre chemin qui a donc été emprunté par les juges consulaires dans les décisions sus évoquées et dont il est permis de se féliciter. La protection de la partie faible souffre en effet de l'idée selon laquelle elle poursuivrait un objectif distinct du pouvoir de direction économique. La dimension catégorielle¹⁴⁹² de cette protection a ainsi été présentée comme l'une des caractéristiques de cet ordre public de protection. Il faut admettre aujourd'hui que cette protection s'est généralisée au moins s'agissant du déséquilibre significatif, et qu'elle porte avec elle la défense d'impératifs économiques et sociaux qui lui sont indissociables.

472. Un arrêt de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation en date du 1^{er} octobre 2008 illustre la porosité des notions. Il s'agissait ici de déterminer la nature des dispositions figurant dans l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹⁴⁹³ et des conditions d'attribution des logements appartenant à l'OPAC. L'article 14 de la loi précitée permet de maintenir le contrat de location au profit d'une liste de personnes en cas d'abandon du domicile par le locataire. Rendu au visa des articles 6 du Code civil, 2, 14 et 40, III, de la loi de 1989, l'arrêt précise que « les dispositions de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ainsi que les conditions d'attribution des logements appartenant à l'OPAC, d'ordre public, ne sont pas destinées à assurer la seule protection des preneurs ». L'intérêt de cette décision consistait à préciser la nature de l'ordre public des articles 14 et 40 de cette loi. En indiquant que ces dispositions n'assurent pas la seule protection des preneurs, la Cour de cassation indique en filigrane que l'ordre public de protection est celui qui est exclusivement destiné à assurer la protection d'une catégorie d'individus. Alors que le critère distinctif promu par la doctrine porte sur l'identification de l'objectif prioritaire poursuivi par le législateur, cet arrêt propose d'aborder la question sous un autre angle. Ainsi, lorsque la règle visée protège uniquement l'intérêt d'une catégorie de personnes, l'on devrait considérer qu'elle relève de l'ordre public de protection, tandis que lorsque la règle poursuit à la fois cet objectif et celui de l'organisation

significatif constitue un « banal texte de droit des contrats sans grande portée hors de la grande distribution, ou hors des secteurs nécessitant une régulation » in Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n° 21, 25 mai 2015, doct. 603.

¹⁴⁹² J.-B. Racine, préc. n°19.

¹⁴⁹³ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

de l'économie, l'ordre public de direction devrait l'emporter¹⁴⁹⁴. C'est la solution retenue par les articles 1179 et 1180 issus de l'ordonnance du 10 février 2016. La réception de cette distinction par la jurisprudence révèle en réalité le caractère fonctionnel¹⁴⁹⁵ de la notion, les juges façonnant la notion selon l'effet qu'ils entendent voir produire par la sanction encourue. « Faute de ligne directrice, la jurisprudence relative à la sanction de l'ordre public économique ressemble à une casuistique.¹⁴⁹⁶ »

473. Alors que la doctrine est relativement unanime pour voir dans le droit de la concurrence l'incarnation de l'ordre public de direction, et dans le droit commun des contrats celle de l'ordre public de protection, le rapprochement des outils juridiques propres à ces deux disciplines traduit pourtant la poursuite d'intérêts communs. Il s'agit d'insuffler une politique de l'équilibre dans les échanges économiques quelles qu'en soient les parties, et de remettre à cette occasion les rênes de la normativité contractuelle entre les mains de l'État. Nul doute en effet que l'équilibre contractuel contient en lui une dimension de politique économique¹⁴⁹⁷. Il s'agit par ce biais de venir contenir les effets de la puissance économique des opérateurs privés, et de permettre à des entreprises de petite ou moyenne taille de faire face à la concurrence du marché.

¹⁴⁹⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.* Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2178, p. 895 : « Quand, à propos d'une règle de droit déterminée, un intérêt général suffisamment net coexiste avec la protection d'intérêts particuliers, c'est le premier qui doit déterminer le régime de la sanction. »

¹⁴⁹⁵ J. Hauser, J.-J. Lemouland, art. préc., n°43.

¹⁴⁹⁶ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.* Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2025, p. 726.

¹⁴⁹⁷ Cons. constit. 13 mai 2011, déc. n°2011-126, QPC : « Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a [...] entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports commerciaux et prévenir la répétition de ces pratiques ; qu'eu égard aux objectifs de préservation de **l'ordre public économique** qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général ».

CONCLUSION DU CHAPITRE

474. L'ordre public économique apparaît donc comme l'un des dispositifs du contrôle objectif de l'équilibre contractuel aux côtés des notions de contenu et de but illicite. Il s'agit, au moyen de ces outils, de sanctionner le déséquilibre contractuel en appréciant la conformité de celui-ci à l'ordre public.

475. Alors que la notion de contenu apparaît comme une synthèse des notions de cause et d'objet, sa présence au rang des conditions de validité de la convention n'apparaît pas convaincante. Le contenu du contrat se présente assurément comme une grille de lecture de l'opération contractuelle, plus soucieuse de redonner au contrat sa cohérence économique et juridique. Le but illicite du contrat, au contraire, est une notion plus autonome permettant de sanctionner le déséquilibre contractuel lorsque celui-ci prend la forme d'une atteinte à l'ordre public économique. La cause illicite semble avoir induit la notion de but illicite du contrat de sorte que cette notion se présente comme une réplique de la « cause » plus fidèle et plus éprouvée que la notion de contenu. L'on peut néanmoins voir dans cette nouveauté lexicale et ses applications une approche objective renouvelée du déséquilibre contractuel. Cette approche consiste, nous l'avons vu à s'attacher aux effets produits par le contrat, là où il convenait auparavant de s'intéresser aux motifs subjectifs des parties.

476. L'ordre public apparaît, dans ce contexte, comme un rouage essentiel du contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Si l'ordre public textuel apparaît limité, le Code civil offre aux parties et au juge la possibilité de déceler la présence d'un ordre public virtuel foisonnant. Qu'il s'agisse d'un ordre public de direction ou de protection, ces dispositions manifestent le passage d'une notion d'exception à une notion fonctionnelle qui consiste à appréhender le contrat par les effets qu'il produit et non par référence à la volonté des parties. L'ordonnance du 10 février 2016 acterait ainsi la transformation du droit commun des contrats « d'un droit des personnes à un droit du marché.¹⁴⁹⁸ » L'ordre public de protection est appelé dans ce nouveau paysage à se généraliser, tandis que le déséquilibre significatif concurrentiel trahit la

¹⁴⁹⁸ H. Barbier, Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires, 42^{ème} colloque de l'association droit et commerce, *Gaz. Pal.* Hors-série, 12 juin 2017, p. 10. V. déjà dans le même sens, M. Behar-Touchais, L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, *in* « L'ordre concurrentiel », Mélanges en l'honneur d'Antoine Prioivano, éditions Frison-Roche, 2004, p. 242 : « Or, s'il n'est pas question d'affirmer que c'est la logique marchande qui règle en droit français des contrats, il est frappant de constater qu'il existe bien plus d'hypothèses que par le passé où elle est prise en considération. »

présence d'un ordre public de direction tout à fait singulier. « Police contractuelle » ou vecteur de « moralisation » des contrats d'affaires, l'ordre public économique se place comme la figure de proue du contrôle objectif de l'équilibre contractuel et confirme la porosité des objectifs qu'il s'assigne.

477. Conclusion du Titre 2. La cause, nous l'avons vu, hante toujours le droit commun des contrats. Évincée en raison de la complexité que ses détracteurs dénonçaient autant qu'ils l'alimentaient, le mécanisme causaliste demeure néanmoins sur le fond. La consécration de la contrepartie convenue reprend ainsi, sous un vocable rajeuni, le principe de la cause objective et recentre les applications de l'ancienne notion autour de la question de l'existence de la contrepartie. Les applications particulières de la cause ont pour leur part été déclinées au travers d'outils ponctuels de rééquilibrage des conventions. Ainsi de l'obligation essentielle (art. 1170) qui témoigne du processus de transformation de la cause en outil de purge des clauses ayant pour effet de priver l'engagement d'une partie de tout effet. Bien que la nouvelle distribution des fonctions causales puisse séduire, elle révèle en pratique les mêmes limites que celles découvertes par le passé sur le fondement de l'ancien article 1131. Il apparaît dès lors indispensable de circonscrire le champ d'application de ces outils afin d'écarter tout effet de superposition des textes et, partant, de confusion. La dissociation des fonctions de contrôle de l'existence de la contrepartie et de licéité apparaît dans cette perspective comme une solution efficace. Le contrôle de la licéité du contrat en ressort renforcé. Bien que la notion de but illicite ait été présentée comme la reprise de la cause illicite, il apparaît judicieux de faire une lecture strictement objective du nouvel article 1162 du Code civil. Plus fidèle en cela à l'esprit des textes européens dont il s'inspire. Plus généralement, le Code civil révèle un contrôle de la licéité du contrat fédérateur, faisant converger les enjeux économiques jusqu'ici cantonnés à certains contrats spéciaux vers la notion d'ordre public économique. Alors que le Code civil apparaissait jusqu'ici comme l'écrin d'un contrat neutre, protégé de l'économie de marché et de ses enjeux, la réforme nous oblige à abandonner définitivement ce schéma et à y substituer une approche pragmatique moins déconnectée du paysage contractuel et des conflits qui s'y jouent¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁹ H. Barbier, art. préc. p. 10 : « les nouvelles directions prises par le droit civil dans le sens de l'esprit du droit des affaires ont eu pour effet combiné de faire perdre au droit commun des contrats la neutralité qu'il conservait jusqu'à présent. De droit concentré sur les points communs à tout contrat [...] le droit commun des contrats tend désormais vers un engagement marqué vers l'équilibre contractuel. »

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

478. L'étude des outils d'identification objective des déséquilibres contractuels menée dans cette première partie a donc fait apparaître ce phénomène comme le fruit d'apports endogènes et exogènes à la matière contractuelle. Répondant à l'insuffisance de la théorie volontariste du contrat, ces outils d'un nouveau genre présentent la particularité de redonner au contrat sa dimension économique et contribuent ainsi à un réalisme juridique plus soucieux de la sécurité des parties et des tiers. La volonté des parties ne s'en trouve pas évincée, mais elle est au contraire reconstruite aux termes d'une analyse attentive de l'économie générale du contrat replacé dans son contexte. L'objectivation des vices du consentement intègre pour sa part une fonction autonome de sanction des déséquilibres contractuels fondée sur une lecture innovante des notions de qualités essentielles, d'abus ou de dépendance économique. Appliqué aux contrats d'affaires, ce contrôle objectif de l'équilibre contractuel apparaît comme un rempart à l'exploitation par une partie de sa puissance économique au détriment de l'autre.

479. L'intégration du déséquilibre significatif dans le droit commun des contrats illustre le parachèvement du processus d'objectivation du contrôle de l'équilibre contractuel. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil à sa suite, viennent au secours des conventions qui sont affectées d'un déséquilibre de puissance économique leur ôtant toute forme objective d'utilité. La difficulté en la matière se situe alors dans les influences d'une telle notion. D'origine consumériste et concurrentielle, le déséquilibre significatif intègre des problématiques de protection du marché et de la partie faible en apparence contradictoires. L'entrée de ce dispositif dans le Code civil finit de questionner les objectifs poursuivis par le nouvel article 1171 et exacerbe les risques de contrariété avec ses homonymes. L'ordonnance du 10 février 2016 incite en réalité à adopter une nouvelle conception de la partie faible. Le contrat d'adhésion désigne ainsi le nouveau siège de cette protection et dessine en creux une partie faible fonctionnelle¹⁵⁰⁰ répondant aux impératifs du marché.

¹⁵⁰⁰ A. Combaluzier-Vaude, Contribution à la notion de partie faible dans les contrats, Thèse, Montpellier III, 2008, spéc. n°172, p. 158.

480. Dans le nouveau décor façonné par le législateur, la cause disparue en apparence, est reprise dans ses fonctions au travers de la contrepartie convenue et des clauses qui privent l'obligation essentielle du débiteur de sa substance. Le contrôle de la licéité du contrat est assuré pour sa part par les notions de contenu et de but illicite du contrat. Si ces notions peuvent sembler marquées du sceau de la cause, elles témoignent en vérité d'un affranchissement de celle-ci au profit d'une approche objective de l'illicéité fondée non plus sur la recherche subjective de la volonté des parties, mais sur la conformité du contrat à un ordre public de protection et de direction renforcé.

481. Les remèdes offerts à ces déséquilibres semblent poursuivre la voie tracée par les outils précédemment étudiés. Soucieux de redonner aux contrats une rationalité économique perdue, ces remèdes entretiennent la même dualité que les outils d'identification qui les précèdent. Il s'agit en effet d'assurer à l'échelle des parties comme à celle du marché, une gestion du déséquilibre soucieuse de ménager sa survie et son adaptabilité.

SECONDE PARTIE : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS

482. La diversité des outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel a pour corollaire la grande hétérogénéité des remèdes que le droit offre aux juges et aux parties pour sanctionner les déséquilibres. Ces remèdes présentent, à l'échelle des parties, une dimension objective dans la mesure où il ne s'agit pas tant de préserver la volonté première des parties, mais davantage de sanctionner une situation de déséquilibre en s'attachant à biffer partiellement ou à modifier le contenu du contrat afin qu'il réponde à l'utilité économique qui en est objectivement attendue. Il s'agit donc d'appréhender le contrat non comme la chose des parties, mais comme un instrument économique autonome dont le déséquilibre doit être corrigé. Les sanctions que réserve le droit aux contrats déséquilibrés se sont affinées au cours des années et présentent aujourd'hui une grande précision ainsi qu'une grande adaptabilité. Ces remèdes appellent néanmoins un effort de clarification tant certains semblent se confondre et s'utiliser indifféremment les uns pour les autres. Plus largement, les remèdes aux déséquilibres contractuels témoignent des fonctions normatives et régulatrices du contrôle de l'équilibre contractuel à l'échelle du marché. La commission d'examen des pratiques commerciales et l'autorité de la concurrence participent par leurs avis et leurs décisions à la standardisation des contrats d'affaires et alimentent ainsi l'ordre public concurrentiel dont elles sont les garantes. La fonction régulatrice du contrôle de l'équilibre contractuel participe à l'objectivation du contrat et fait entrer dans le champ contractuel l'autorité étatique dont les pouvoirs d'investigation et de sanction semblent, dans certains secteurs, illimités. Si la volonté du législateur de protéger la partie faible apparaît louable, elle masque cependant une intrusion de l'État et de ses intérêts dans le champ contractuel. Il s'agit alors de déterminer les conditions d'une interventionnisme contractuel efficace et de pointer les risques qui s'attachent au développement d'un tel contrôle. Il convient pour décrire ce phénomène de préciser les remèdes aux déséquilibres contractuels à l'échelle des parties (Titre 1), comme à celle du marché (Titre 2).

TITRE 1 : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS À L'ÉCHELLE DES PARTIES

483. La sanction des déséquilibres contractuels a longtemps consisté à exercer une mesure répressive et autoritaire témoignant de la gravité de l'atteinte portée aux conditions légales en matière de formation ou d'exécution du contrat. Cette approche répressive a laissé le pas — et la réforme de 2016 s'en fait l'écho — à une approche plus pragmatique de la question. Bien que le terme de remède¹⁵⁰¹ n'apparaisse pas dans l'ordonnance du 10 février 2016¹⁵⁰², celui-ci permet de décrire le changement de philosophie porté par la réforme en matière de sanction¹⁵⁰³. À l'objectif exclusivement répressif s'est en effet ajoutée une dimension préventive, témoignant de la dimension curative¹⁵⁰⁴ du remède. Celui-ci, étymologiquement issu du latin *remedium* désigne la médecine, et revient à présenter le déséquilibre comme la conséquence d'une affection contractuelle plus neutre dans son principe que la violation délibérée de dispositions légales impératives. Emprunté aux systèmes de *common law*, le remède désigne « l'ensemble des moyens tendant à assurer la satisfaction du créancier en cas de refus d'exécution ou d'exécution défectueuse du contrat¹⁵⁰⁵ ». Ces remèdes, à la différence des sanctions, concentrent leur attention non sur la personne du débiteur défaillant, mais sur celle du créancier dont l'intérêt est apprécié prioritairement¹⁵⁰⁶. Leur nature est plurielle¹⁵⁰⁷ et permet de dépasser le cloisonnement habituel qui consiste à distinguer les pathologies du

¹⁵⁰¹ Le grand Robert de la langue française, « remède » sens 1 « Substance, opération, appareil employé à un traitement », sens 2 « ce qui est employé pour supprimer ou guérir un mal » ; CNRTL « remède » sens 1 « moyen thérapeutique ». Le terme de remède ne figure pas dans les dictionnaires juridiques habituels. Pour un usage de l'expression, G. Gandolfi (sous la coordination de) Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, *Milano Dott. A. Giuffrè editore*, 2004, Titre XI, p. 62 « Autres anomalies du contrat et remèdes » ; R. Desgorges, La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur, Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée, Paris 1999, p. 243 ; P. Grosser, Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, Thèse, Paris I, 2000.

¹⁵⁰² L'expression figurait néanmoins dans le projet d'ordonnance de 2015 à l'article 1127 alinéa 3.

¹⁵⁰³ CNRTL « sanction » sens 2, B, a) « Peine ou récompense prévue pour assurer l'observation d'une loi, l'exécution d'une mesure réglementaire, d'un contrat » b) « Peine ou récompense en relation avec une interdiction ou une injonction, liée à un mérite ou un défaut. »

¹⁵⁰⁴ Il est significatif sur ce point de voir les expressions employées dans certains manuels de droit des obligations récents. V. en ce sens Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017 qui évoquent la « réparation » du contrat vicié, n°413, p. 370, et dont un paragraphe est intitulé « Les remèdes à l'inexécution des contrats ».

¹⁵⁰⁵ S. Le Gac-Pech, Vers un droit des remèdes, *LPA* 4 déc. 2007, n°242, p. 7.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.* « Cette différence est symptomatique d'une opposition plus fondamentale entre l'approche des systèmes civilistes et de *Common Law* en matière de contrat : les premiers ignorent le concept de *reliance*, de même que l'analyse économique du contrat, qui sont le fruit de raisonnements dont le point de départ est essentiellement l'intérêt du créancier. »

¹⁵⁰⁷ Les remèdes peuvent être judiciaires, contractuels, unilatéraux, ou consensuels.

contrat selon que l'on se place au moment de la conclusion ou à celui de l'exécution du contrat¹⁵⁰⁸.

484. Ces remèdes ont intégré dans leurs modalités de mise en œuvre la dimension prophylactique propre au remède pour l'appliquer au contrat. La disparition du contrat est apparue dans cette perspective comme un remède insuffisant, là où son adaptation est plus à même de sauvegarder l'efficacité économique de la convention et sa pérennité. Ces remèdes peuvent être qualifiés d'objectifs dans la mesure où leur mise en œuvre repose sur la constatation d'une inefficacité contractuelle, là où les sanctions traditionnelles se présentaient comme la conséquence de la violation délibérée d'une condition de validité ou d'exécution du contrat par l'une des parties. Ces remèdes se sont donc diversifiés et leur nombre témoigne de la volonté de mettre à la disposition des parties des remèdes adaptés aux déséquilibres qui affectent les contrats. La disparition de tout ou partie du contrat déséquilibré (Chapitre 1), et sa révision (Chapitre 2) se présentent ainsi comme les deux types de remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels.

¹⁵⁰⁸ S. Le Gac-Pech, art.préc.

Chapitre 1 : La disparition de tout ou partie du contrat déséquilibré

485. La sanction du déséquilibre contractuel présentait classiquement un caractère radical. Apprécié au travers de la notion de cause sous l'empire du Code civil de 1804, le déséquilibre était sanctionné lorsque le contrat trahissait l'absence d'une cause objective. La nullité venait ainsi anéantir un contrat vicié depuis son origine. Cette disparition d'un bloc avait pour conséquence de faire disparaître rétroactivement le contrat et l'opération économique à laquelle il servait de support. Ces sanctions n'étaient donc pas choisies en fonction de l'efficacité qu'elles pouvaient produire, mais se présentaient davantage comme la conséquence d'un vice affectant les conditions de validité de la convention. « Le renouveau des sanctions contractuelles ¹⁵⁰⁹ » a consisté pour partie à attribuer à ces sanctions traditionnelles de nouvelles fonctions notamment en matière de déséquilibres contractuels. La nullité s'est ainsi raffinée et a pris des formes plus adaptées aux besoins suscités par les déséquilibres du contrat, tandis que la caducité a été étendue à plusieurs scénarios pour lesquels l'opération économique visée par le contrat viendrait à faire défaut. Ces sanctions objectives consistent à appréhender le contrat comme un objet économique dont il convient de préserver prioritairement l'utilité ¹⁵¹⁰. La diversification de la sanction de nullité offre sur ce point un exemple parlant. Alors que cette sanction incarnait classiquement le sort du contrat mal formé, ses formes contemporaines obligent à repenser les fonctions de cette sanction à l'aune du déséquilibre contractuel. La caducité est à son tour instrumentalisée par le législateur pour sanctionner le contrat dont l'un des éléments essentiels disparaît. Le recentrage de cette sanction autour du déséquilibre contractuel constitue l'affirmation de la volonté du législateur d'offrir à cette situation une sanction dissuasive. Il s'agit pour la nullité du contrat (Section 1) comme pour sa caducité (Section 2) de traiter objectivement le déséquilibre du contrat par le recours à des sanctions adaptées.

¹⁵⁰⁹ F. Collart-Dutilleul, C. Coulon, *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica 2007.

¹⁵¹⁰ S. Le Gac-Pech, art. Préc.

Section 1 : La nullité du contrat

486. L'article 1178 du Code civil dispose qu'un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. À côté de cette nullité traditionnelle s'ajoutent plusieurs dispositions aux termes desquelles une clause sera réputée non écrite. Ces deux notions abordées dans la sous-section 1 du Code civil intitulée « la nullité » se présentent en conséquence comme des remèdes affiliés. Leur recours croissant en matière de déséquilibres contractuels témoigne de leur efficacité et souligne plus largement un souci de préservation du contrat expurgé de ses déséquilibres. La nullité partielle du contrat (§1) et le réputé non écrit (§2) doivent être envisagés successivement afin de mettre à jour les ressorts de chacun de ces remèdes et les liens qu'ils entretiennent avec le déséquilibre contractuel.

§1. La nullité partielle

487. La nullité partielle s'impose comme un remède prisé, adapté à la gestion des déséquilibres contractuels. À la nullité totale trop radicale succède la nullité partielle plus attachée à la préservation de l'utilité économique du contrat¹⁵¹¹. Ce remède chirurgical bénéficie désormais d'un aliéna¹⁵¹² consacré à sa définition dont on perçoit immédiatement les insuffisances, mais également les points de superposition avec le remède consistant à réputer une clause non écrite. La nullité partielle se caractérise dans l'ordonnance du 10 février 2016 par une objectivité nouvelle (I) néanmoins insuffisante à assurer la rationalisation de cette sanction (II).

I. L'objectivation de la nullité partielle

488. L'objectivation de la nullité partielle est le fruit d'une évolution lente des modes de détermination de l'étendue de la nullité. Alors que la théorie classique des nullités reposait sur la détermination subjective de l'étendue de la nullité fondée sur la théorie volontariste (A), l'article 1184 peut être lu comme la consécration légale d'une approche objective du caractère déterminant de l'engagement affecté par la cause de nullité (B).

¹⁵¹¹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 2062-2064, pp. 764-767.

¹⁵¹² Art. 1184 al. 1 C. civ.

A. La détermination subjective de l'étendue de la nullité fondée sur la théorie volontariste

489. La nullité partielle est une modalité de mise en œuvre de la nullité définie comme la sanction du contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité, c'est-à-dire en l'absence d'un consentement valide, de la capacité d'une ou des parties à contracter, ou lorsque le contenu du contrat n'est pas licite et certain¹⁵¹³. Cette nullité était exclue dans la théorie classique, les partisans de celle-ci tenant pour principe la disparition totale du contrat affecté d'un vice, quel qu'il soit, compte tenu de l'indivisibilité du contrat¹⁵¹⁴. L'ordre public économique se satisfaisant mal de l'annulation totale du contrat¹⁵¹⁵, l'article 1184 alinéa 1 du Code civil dispose que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. » La place de cet alinéa en tête de l'article relatif à l'étendue de la nullité fait apparaître la nullité partielle comme le principe en la matière, là où elle était auparavant présentée comme une exception¹⁵¹⁶.

490. La nullité partielle présente, *a priori*, un caractère subjectif dès lors qu'il s'agit de déterminer l'étendue de la nullité au regard de la place occupée par la clause litigieuse dans la volonté des parties¹⁵¹⁷. Cette solution n'est pas propre au droit français¹⁵¹⁸ et manifeste la

¹⁵¹³ Art. 1128, 3° C. civ.

¹⁵¹⁴ J. Piédelièvre, Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble, Thèse, Paris, 1911 ; F. Génay, La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, *RTD civ.* 1926, 630 ; G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1936, p. 265 ; Y. Pagnerre, Rupture du contrat par annulation, *J.-Cl. Contr. Distr.* Fasc. 172, 1^{er} mai 2010, n°299.

¹⁵¹⁵ G. Farjat, L'ordre public économique, Thèse, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, n° 472, p. 373 : « Au fond, l'Ordre public économique n'exige l'annulation totale de la convention que lorsqu'il a échoué, lorsqu'il n'a pu diriger le contrat, lorsque celui-ci est insusceptible de modification *a posteriori*. L'ordre public économique répugne à l'annulation totale. »

¹⁵¹⁶ L'article 3-16 des principes Unidroit crée une présomption de nullité partielle : « L'annulation se limite aux seules clauses du contrat visées par la cause d'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat ». V. aussi, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°419-420, pp. 375-376 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 343 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 2577 ; C. Thibierge, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, n°7, p. 363 ; Y.-M. Serinet, Le juge et l'illicéité du contrat, *in* Le renouveau des sanctions contractuelles, *Économica* 2007, n°3, p. 87.

¹⁵¹⁷ La première trace de cette conception subjective remonte vraisemblablement à Civ. 3 mai 1863, *S.* 1864, I, 269 : « il est constant que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu, comme dans les litiges actuels que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ».

prégnance de la théorie volontariste sur le Code civil de 1804. Ce dernier opérait à cet égard une distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Alors que l'article 1172 ancien disposait que « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend », l'article 900 ancien disposait pour sa part que « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » Les actes à titre onéreux affectés d'une cause de nullité devaient donc par principe être annulés dans leur intégralité, tandis qu'en matière de contrat à titre gratuit, il était procédé au mécanisme du réputé non écrit. Cette différence de traitement s'expliquait par les origines historiques de ces deux articles,¹⁵¹⁹ mais a été rapidement critiquée et remplacée au profit d'une détermination volontariste et subjective de l'étendue de la nullité¹⁵²⁰.

491. Dès la deuxième moitié du XIX^e siècle, la jurisprudence s'est attachée, sur le fondement de l'article 900 ancien, à rechercher la cause impulsive et déterminante¹⁵²¹ de la condition de la libéralité¹⁵²² afin de déterminer le périmètre de la nullité sur l'acte juridique. De la même manière, les juges recherchaient sur le fondement de l'article 1172 anc. si la cause constituait ou non un motif déterminant de l'engagement. Il s'agissait ainsi de rechercher la place tenue par les stipulations visées dans la volonté des parties¹⁵²³. La partie

¹⁵¹⁸ § 139 BGB : « lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte tout entier est nul à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait été cependant conclu » ; Art. 1219 alinéa 1 Code civil italien : « la nullité d'une partie du contrat ou la nullité de l'une de ses clauses emporte celle du contrat tout entier, s'il apparaît que les contractants ne l'auraient pas conclu sans la partie de son contenu entachée de nullité » ; Art. 20 alinéa 2 du Code suisse des obligations : « si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont, seules, frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles ».

¹⁵¹⁹ L'article 900 du Code civil anc. est un texte inspiré de la loi du 5 septembre 1791 et présente une dimension révolutionnaire. Les libéralités constituaient pour le législateur révolutionnaire un risque réel de violation de la loi que ne constituaient pas, ou moins, les actes à titre onéreux V. Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, 1969, n°38, p. 42 et n°64, p. 78.

¹⁵²⁰ Y. Pagnerre, Rupture du contrat par annulation, *J.-Cl. Contr. Distr.* Fasc. 172, 2010, n°298.

¹⁵²¹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 16^e éd. 2014, pp. 313 à 340, n° 259 à 279.

¹⁵²² L'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 mai 1863 est le premier à faire usage de ce raisonnement, S. 1864, I, 269, D.P., 1863 I 429. Ce principe instauré en matière de donations fut étendu ensuite aux legs Civ. 7 juill. 1868, S. 1868.I.435, DP 1868.I.446.

¹⁵²³ Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, 1969 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 2577, p. 1249 ; S. Bros, et Ch. Larroumet, de droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n° 566, p. 565 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil : Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013, n°420, p. 462 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 13^e éd, 2014, n°403, p. 304 ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis

qui sollicitait l'annulation totale du contrat devait démontrer qu'elle n'aurait pas conclu le contrat en l'absence de la clause litigieuse¹⁵²⁴. Cette acception volontariste de la théorie des nullités¹⁵²⁵ révélait cependant un certain nombre de limites.

492. Cette recherche présentait un haut degré d'incertitude¹⁵²⁶ et pouvait conduire à des effets pervers dans la mesure où la sanction de nullité pouvait être écartée alors même que la cause de nullité aurait requis la disparition rétroactive de la partie de l'acte concernée¹⁵²⁷. Le « pronostic rétrospectif¹⁵²⁸ » auquel devaient se livrer les juges révélait alors les mêmes zones d'ombres que celles qui avaient, en son temps touché la cause¹⁵²⁹. Certains auteurs ont souligné à cet égard la prise en compte implicite des « exigences de l'ordre public¹⁵³⁰ » dans les décisions rendues. Les juges, sous couvert de la recherche de la volonté de parties, se montrent en effet attentifs à la règle d'ordre public méconnue¹⁵³¹, et s'attachent ce faisant au résultat produit selon que le contrat est annulé totalement ou partiellement¹⁵³². L'incursion de l'ordre public dans le champ des nullités était ainsi perçue comme une difficulté supplémentaire, l'ordre public et l'autonomie de la volonté étant difficile à articuler en pratique. L'une des solutions proposées consistait à maintenir le principe de l'autonomie de la volonté soumise à la divisibilité préalable de l'acte¹⁵³³ et d'admettre, à titre d'exception, des situations pour lesquelles l'ordre public viendrait supprimer une clause seulement du contrat. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante et l'évolution récente du droit commun des

Droit, 4^e éd. 2016, n°451, p. 509 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 359, p. 375.

¹⁵²⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 2577, p. 1249, Th. Douville (sous la direction de), La réforme du droit des contrats, commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2016, p. 158.

¹⁵²⁵ Ph. Simler, *op. cit.* n° 281, p. 343.

¹⁵²⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.* n° 360, p. 376.

¹⁵²⁷ Pour pallier ces difficultés, certains auteurs ont proposé que seule la partie dont le consentement a été déterminé par la clause affectée de la cause de nullité puisse demander la nullité totale de l'acte, et que son cocontractant ne puisse se prévaloir que de la nullité partielle V. Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, 1969, n° 379 ; D'autres auteurs ont proposé d'instaurer des présomptions du caractère déterminant de la volonté en fonction des clauses V. J.-P. Doucet, L'indexation, Thèse, LGDJ, 1965, p. 136.

¹⁵²⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* n° 420, p. 463. V. aussi, H. Tandogan, La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats. Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques. Thèse, Genève, 1952, p. 71.

¹⁵²⁹ Cf. *supra* n° 282.

¹⁵³⁰ *Ibid.* V. aussi, Ph. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public : étude de droit comparé France Angleterre URSS, Thèse, Paris, 1951, n°387.

¹⁵³¹ Pour exemple : Civ. 3^{ème}, 14 juin 1983, Bull. civ., III, n°136.

¹⁵³² O. Gout, Le juge et l'annulation du contrat, Thèse, PUAM, 1999, n°539, p. 379.

¹⁵³³ Cette divisibilité s'entend d'une divisibilité matérielle et objective de l'acte juridique. Il s'agit de déterminer si, matériellement, la disparition d'un élément du contrat n'affecte pas l'intégralité de celui-ci.

contrats plaide en faveur d'une séparation nette de la nullité partielle et du réputé non écrit. Le besoin d'objectivation de la nullité partielle semble trouver sur ce point un écho dans la rédaction de l'article 1184 du Code civil.

B. La consécration légale d'une approche objective du caractère déterminant de l'engagement affecté par la cause de nullité

493. L'article 1184 du Code civil instaure un principe général de détermination de l'étendue de la nullité fondée sur une lecture objectivée du caractère déterminant de l'engagement affecté par la cause de nullité (1). À ce principe s'ajoute un garde-fou destiné à contrer les effets des clauses d'indivisibilité artificielles, lequel témoigne de la résurgence d'une lecture finaliste de l'ordre public (2).

1. Le principe général de détermination de la nullité fondé sur une lecture objectivée du caractère déterminant de l'engagement

494. Il faut, selon l'article 1184 alinéa 1 du Code civil, que la cause de nullité ait constitué un élément déterminant non du consentement, mais de l'engagement¹⁵³⁴ des parties. L'engagement peut être entendu ici comme le résultat de la manifestation de volonté, c'est-à-dire l'obligation consentie¹⁵³⁵. En ce sens, la détermination de l'étendue de la nullité s'objective pour se concentrer non sur les volontés des cocontractants, mais sur les obligations consenties¹⁵³⁶. S'il apparaîtrait ainsi que la cause de nullité affecte l'engagement essentiel¹⁵³⁷ du débiteur, le juge aura alors intérêt à privilégier la nullité totale tandis que si cette même cause de nullité n'affecte qu'un engagement accessoire, ce dernier privilégiera la

¹⁵³⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016 sens 1 : « Promesse ; plus généralement, manifestation de volonté (offre ou acceptation) par laquelle une personne s'oblige », sens 2 : « L'obligation qui résulte de cet engagement volontaire », sens 3 : « Plus généralement, l'obligation résultant d'une source quelconque ».

¹⁵³⁵ Les projets de réforme du droit des obligations avaient opté pour une formulation proche du nouvel article 1184 alinéa 1 centrée autour de la notion d'engagement V. Art. 1130-2 de l'avant projet Catal ; Art. 86 du projet *Terré* ; Art. 99 et 100 du projet de la Chancellerie de 2013.

¹⁵³⁶ Plusieurs auteurs ne partagent pas cette analyse et considèrent, au contraire, que l'art. 1184 al. 1 « fait référence au critère subjectif de « l'élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles » » V. O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 341. Les auteurs ajoutent cependant : « Il n'est pas certain que cette présentation soit bienvenue ni même réellement défendable : dès lors que le choix entre nullité de la seule clause et nullité du contrat est lié à la protection d'un impératif politique d'ordre public, celui-ci passera tout naturellement avant la volonté des parties. »

¹⁵³⁷ Cf. *supra* n°313 à 327.

nullité partielle du contrat. La condition de divisibilité du contrat réapparaît alors comme le préalable nécessaire à la nullité partielle. Le juge devra s'assurer que l'engagement affecté par la cause de nullité ne fait pas matériellement obstacle au maintien du reste du contrat. La condition relative à la divisibilité matérielle de l'acte juridique se confond ici avec le caractère déterminant de l'engagement, la mise en œuvre de la première consistant à définir la place de la clause litigieuse dans l'édifice contractuel. Cela revient à « analyser l'importance de la pratique litigieuse sur l'économie du contrat¹⁵³⁸ ». Les textes de droit européen des contrats¹⁵³⁹ optent majoritairement pour une approche objective de la nullité partielle, ou mixte en ce qui concerne les Principes contractuels communs¹⁵⁴⁰. L'engagement ne se confond pas avec le consentement et renvoie à la dimension objective du contrat. Le critère subjectif de la nullité partielle se teinte donc d'objectivité pour faire porter le contrôle du juge sur l'élément matériel du contrat. Certains auteurs ont souligné le caractère éminemment objectif de la nullité partielle et l'effet contreproductif qu'il y aurait à introduire ici des circonstances subjectives¹⁵⁴¹. Ces auteurs ont ainsi proposé de recourir au critère unique de la mesure de l'illicite déduite du but de la règle de droit sanctionnée, quelle que soit l'étendue de la nullité¹⁵⁴².

495. Prenons l'exemple d'une clause d'indexation d'un bail commercial et celui d'une clause de non-concurrence contenue dans le contrat de cession d'un fonds de commerce. La

¹⁵³⁸ O. Gout, *op. cit.* n°523, p. 369.

¹⁵³⁹ V. aussi pour les PEDC Art. 4 : 116 : « Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à ces clauses à moins qu'en égard aux circonstances de la cause il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat. » ; Art. 3.16 Principes UNIDROIT : « L'annulation se limite aux seules clauses du contrat visées par la cause d'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat » ; G. Gandolfi (sous la coordination de) Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, *Milano Dott. A. Giuffrè editore*, 2004 Art. 144, 1° : « Sauf ce que dispose l'art. 143 alinéa 1, si la nullité touche seulement une clause ou une partie du contrat, celui-ci demeure valable dans sa partie restante, pourvu que cette dernière possède une consistance et une validité autonome et réalise de manière raisonnable le but poursuivi par les parties. »

¹⁵⁴⁰ *VARI II AUCTORES*, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson, Société de Législation comparée, 2008, Art. 4 : 201 alinéa 2 : « Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrats, l'annulation se limite à ces clauses sauf : (a) lorsque les parties sont d'accord pour annuler tout le contrat ; (b) ou, lorsque ces clauses ont été déterminantes du consentement des parties ou que leur annulation ne permettrait plus aux parties d'atteindre, de manière raisonnable, le but poursuivi. Il appartient à la partie qui l'invoque de prouver le caractère déterminant de la clause sauf lorsqu'elle porte sur un élément essentiel du contrat. »

¹⁵⁴¹ C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilités, Thèse, LGDJ, 1992, n° 495, p. 292 : « Quelle raison y aurait-il de fonder la mesure de la nullité totale sur le critère objectif de la violation de la loi et celle de la nullité partielle sur le critère subjectif de la volonté des parties ? »

¹⁵⁴² *Ibid.*

disparition de ces deux clauses ne constitue pas, objectivement, un obstacle matériel au maintien du contrat de bail commercial dans un cas et de la cession de fonds de commerce dans le second. Pour autant, ces mêmes éléments peuvent avoir été, dans l'esprit des parties, ou de l'une d'entre elles seulement, déterminant de leur engagement. La question est donc la suivante : le juge peut-il prononcer la nullité partielle de cette seule clause alors même que l'une des parties aurait indiqué le caractère déterminant de celle-ci dans le contrat ? L'article 1184 alinéa 1 permet de répondre par l'affirmative, celui-ci précisant qu'il suffit que la clause litigieuse ait été déterminante pour une seule des parties. L'on perçoit immédiatement les limites de l'analyse subjective. Les parties seront en effet bien inspirées, comme cela est déjà le cas en pratique, de préciser dans les clauses précitées qu'elles constituent un élément déterminant de leur consentement. Bien qu'objectivée, la dimension irréductiblement volontariste du contrôle de l'étendue de la nullité ne parvient pas à emporter l'adhésion. L'article 1184 alinéa 2 instaure à cette fin une restriction supplémentaire dans l'appréhension subjective de la nullité partielle.

2. Un garde-fou instauré par l'article 1184 alinéa 2

496. L'alinéa 2 de l'article 1184 établit une deuxième restriction à la détermination subjective de l'étendue de la nullité. Le législateur y indique en effet que « le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.¹⁵⁴³ » Reste à préciser ce que le législateur a entendu par l'expression « les fins de la règle exigent son maintien ». Cela semble signifier qu'il existerait des règles dont l'objectif réside dans le maintien du contrat là où d'autres, au contraire, devraient entraîner la disparition de tout ou partie du contrat. Faut-il y voir la marque d'une différence de degré de l'ordre public dont la nullité vient sanctionner la violation ? C'est ce que défendent certains auteurs pour lesquels cette affirmation « fait directement écho à la théorie moderne des nullités : la nullité a à s'adapter, dans son étendue, au but de la règle violée.¹⁵⁴⁴ » Cet outil constituerait ainsi le marqueur d'une « politique juridique¹⁵⁴⁵ » contemporaine, attachée à la correction des déséquilibres contractuels. Lorsque la clause contrevient à une

¹⁵⁴³ L'avant-projet *Catala* contenait une disposition semblable art. 1130-2 alinéa 2, ainsi que l'avant-projet *Terré* art. 86 alinéa 2.

¹⁵⁴⁴ Th. Douville, (sous la direction de), *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2016, p. 159.

¹⁵⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°719, p. 387.

disposition d'ordre public, le juge devrait se poser la question de la nature de cet ordre public ou de sa portée et neutraliser, en fonction de celle-ci, la clause qui ferait obstacle au prononcé d'une nullité partielle.

497. La distinction entre ordre public économique de direction et de protection n'apparaît pas comme un critère de partage pertinent entre les cas pour lesquels il conviendrait de maintenir le contrat de ceux pour lesquels il ne le faudrait pas. Cela reviendrait à considérer arbitrairement que les règles relevant de l'ordre public économique de direction exigent la suppression de l'intégralité de l'acte, tandis que celles relevant de l'ordre public économique de protection devraient, au contraire, conduire à son maintien¹⁵⁴⁶. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne faille pas chercher dans la logique de protection de certaines dispositions d'ordre public un argument en faveur du maintien du contrat. Il ne faut pas en revanche procéder par catégorie pour faire dépendre de l'une ou de l'autre des effets automatiques¹⁵⁴⁷. Le contrôle instauré par l'alinéa 2 suppose, nous semble-t-il, une analyse casuistique des effets qu'une telle disposition devrait produire dans une situation donnée.

498. Imaginons la clause d'un contrat de financement d'un concessionnaire automobile qui autoriserait le financeur, établissement de crédit, à modifier unilatéralement les lignes de crédit octroyées au concessionnaire sans réciprocité pour ce dernier. Cette clause, entendue comme créant un déséquilibre significatif au détriment du concessionnaire serait assortie de la mention suivante : « Le financeur précise que l'existence de cette clause est déterminante de son consentement, et constitue un tout indivisible du reste du contrat ». Ici la règle méconnue est, comme il a été dit plus haut, d'ordre public, sans qu'il soit nécessaire de préciser la nature de celui-ci. La disparition de l'intégralité du contrat en application de la clause précitée aurait pour effet d'anéantir rétroactivement le contrat et de priver le concessionnaire d'un moyen de financement que l'on sait difficile à obtenir compte tenu des sommes engagées, et mettrait en danger la santé financière de ce dernier à très court terme. Il faut donc se poser la question des implications pratiques d'un tel maintien dans le cas d'espèce pour déterminer si les fins de la

¹⁵⁴⁶ Certains auteurs ont d'ailleurs proposé de distinguer la nullité relative de la nullité absolue selon que le vice affecte le consentement ou qu'il affecte l'acte. V. Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (Un aspect particulier de la théorie générale des nullités), *RTD civ.* 1969, 692.

¹⁵⁴⁷ Y. Pagnerre, Rupture du contrat par annulation, *J.-Cl. Contr. Distr.* Fasc. 172, 1^{er} mai 2010, n°304 : « La violation de l'ordre public de direction impose *a priori* la disparition totale de l'acte. Mais là encore le dogmatisme est à refuser tant les intérêts défendus par le législateur sont divers. »

règle violée exigent ou non son maintien. À l'évidence, une telle situation requerrait le maintien du contrat amputé de la seule clause.

499. Cette résurgence de l'ordre public constituerait ainsi un rempart supplémentaire dans la lutte contre les déséquilibres contractuels induits par des « clauses d'indivisibilité¹⁵⁴⁸ » destinées à créer artificiellement une manifestation de volonté de verrouillage des clauses suspectes. Bien qu'efficaces en principe¹⁵⁴⁹, ces clauses d'indivisibilité seront ainsi impuissantes à faire obstacle à l'application d'une disposition d'ordre public¹⁵⁵⁰. Ce mécanisme serait heureux puisqu'il éviterait une forme de chantage du « tout ou rien », courant en pratique, et destiné à dissuader le cocontractant de soulever la nullité d'une clause qui entraînerait avec elle l'anéantissement de toute l'opération économique. L'objectivité de la nullité partielle en serait donc affirmée avec plus de force.

500. Alors que l'alinéa 1 de l'article 1184 est lu par certains auteurs¹⁵⁵¹ comme le marqueur du caractère traditionnellement subjectif de la nullité partielle, l'alinéa 2 viendrait au contraire limiter cette analyse dans le pouvoir d'appréciation objective reconnu au juge¹⁵⁵². Il s'agira de déterminer dans un premier temps l'étendue de la nullité à l'aune de la place occupée par la disposition litigieuse dans l'engagement des parties, et de s'interroger, dans un second temps, sur la portée de la règle d'ordre public méconnue en présence d'une clause visant à faire obstacle à la nullité partielle. Cet ultime contrôle pourrait en réalité venir évincer celui de l'article 1184 alinéa 1. Il faudrait en effet basculer sur l'article 1184 alinéa 2 à chaque fois qu'une clause d'indivisibilité tend à entraîner la nullité de l'acte dans son entier. Les choses pourraient se résumer de la manière suivante : le principe général est celui de la nullité partielle de la partie seulement du contrat affecté par la cause de nullité. L'exception est celle de la nullité intégrale laquelle se déduit du caractère déterminant de la clause litigieuse de l'engagement des parties.

¹⁵⁴⁸ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso 2011, n°457, p. 271, donnant l'exemple suivant : « Il est expressément précisé que toutes les clauses figurant au présent contrat constituent des clauses essentielles sans lesquelles les parties n'auraient pas donné leur accord. Toute annulation de l'une quelconque des dispositions du contrat, en tout ou partie, entraînera donc l'annulation corrélative des dispositions restantes. »

¹⁵⁴⁹ Civ. 3^{ème} 31 janvier 2001, 99-13.986, Inédit, *JCP G*, 2001, I, 354, n°1.

¹⁵⁵⁰ J. Mestre, J.-Ch. Roda *op. cit.* n°463, p. 276 : « on peut douter de l'efficacité d'une clause d'indivisibilité en présence d'une clause abusive [...] La clause abusive sera réputée non-écrite, en revanche, le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions s'il peut subsister sans ladite clause. »

¹⁵⁵¹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°486, p. 406.

¹⁵⁵² M. Mekki, *Fiche pratique : la nullité, entre tradition et modernité*, *Gaz. Pal.* 2017, n°1, p. 21.

501. Au-delà de l'objectivation de l'analyse des volontés, la nullité partielle présente une dimension objective lorsqu'il s'agit par ce biais de rationaliser l'usage de la nullité¹⁵⁵³ en identifiant par avance des pratiques contractuelles prohibées. Cela consiste concrètement à inscrire formellement les causes de nullité dans les textes législatifs applicables aux contrats afin d'assurer aux parties la visibilité suffisante pour empêcher une prise de risque non désirée. À la prévention s'ajoute la rationalisation de la sanction opérée par la nullité partielle. Ce remède permet en effet de sauvegarder le contrat expurgé des causes de nullité. Cette rationalisation est, en pratique, freinée par le flou attaché au contrôle subjectif de la nullité partielle. Si nous avons souligné l'effort d'objectivation réalisé par l'article 1184 alinéa 1 du Code civil, la nullité partielle apparaît encore comme un remède insuffisant à assurer la rationalisation de la sanction lorsque les parties n'ont pas précisé la place qu'elles entendaient donner aux clauses du contrat dans leur décision de s'engager.

II. Une sanction insuffisante à assurer la rationalisation du traitement des déséquilibres contractuels

502. L'efficacité de la lutte contre les déséquilibres contractuels réside, nous semble-t-il, dans une utilisation rationnalisée de ces remèdes. Cela signifie que les moyens juridiques déployés pour corriger ces déséquilibres doivent représenter un coût procédural et technique faible, pour une efficacité forte. La nullité partielle n'apporte pas satisfaction sur ce point¹⁵⁵⁴. La prégnance de la théorie volontariste conduit à appliquer, aujourd'hui encore, des outils subjectifs de détermination de l'étendue de la nullité qui supposent un contrôle judiciaire incertain¹⁵⁵⁵. La nullité partielle suppose en effet un recours au juge systématique, sauf dans l'hypothèse où les parties parviendraient à une nullité conventionnelle, ce qui, en pratique, devrait être exceptionnel¹⁵⁵⁶. Pour cette raison, la nullité partielle ne parvient pas à convaincre lorsqu'elle prétend traiter les déséquilibres contractuels. Les clauses réputées non écrites, au

¹⁵⁵³ O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse, PUAM, 1999, n°541, p. 381.

¹⁵⁵⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2626, p. 1310.

¹⁵⁵⁵ Y.-M. Serinet, *Le juge et l'illicéité du contrat*, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Économica 2007, n° 12, p. 92.

¹⁵⁵⁶ D'autant plus que l'art. 1961 du Code général des impôts ne reconnaît pas la nullité conventionnelle. Cet article dispose que les impositions versées au titre du contrat ne sont restituables que si l'annulation a été prononcée par un jugement ou un arrêt passé en force de chose jugée.

contraire, apparaissent plus à même de remplir cette fonction. Leur inscription formelle dans le Code civil en fait des outils préventifs efficaces. L'objectif de prévention y est plus manifeste, compte tenu de l'identification claire des clauses visées par ce remède. Quant à la rationalisation, le réputé non écrit présente un caractère automatique rendant son application économe et ses effets prévisibles.

503. Alors qu'en matière de nullité partielle classique le juge doit opérer un contrôle en deux temps à savoir identifier la cause de nullité et, dans un second temps, déterminer en application de l'article 1184 alinéa 1 l'étendue de la nullité ; il ne procède, pour le réputé non écrit, qu'à la première de ces étapes. Plus exactement, le juge va devoir s'assurer que la clause qui lui est soumise est bien visée comme telle par une disposition légale. Par exemple, les magistrats saisis d'une demande tendant à voir réputer non écrite une clause créant un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil, devront s'assurer que la clause litigieuse crée bien un déséquilibre significatif. En revanche, ces derniers n'auront pas à déterminer l'étendue de la nullité au sens de l'article 1184 alinéa 1.

504. La nullité partielle serait-elle dès lors condamnée à disparaître ? Cette sanction renvoie-t-elle encore à une réalité ou constitue-t-elle une construction juridique permettant de penser le réputé non écrit ? Le remplacement progressif des textes prévoyant la nullité partielle du contrat au profit de nouveaux remèdes¹⁵⁵⁷ conduit à questionner l'actualité de la nullité partielle. La jurisprudence de ces dernières années révèle un usage extrêmement marginal de la nullité partielle, lorsqu'il ne s'agit pas d'utiliser les expressions de « nullité partielle » et « réputé non écrit » les unes pour les autres¹⁵⁵⁸. Cette nullité demeure en revanche utile lorsqu'il s'agit de remédier à un contrat dont l'une des conditions de validité fait défaut partiellement. C'est le cas par exemple de la vente de parcelles dont une ne serait pas la propriété du vendeur¹⁵⁵⁹. La nullité partielle est indiscutablement actuelle ne serait-ce que par la place de principe qui lui est faite dans le Code. Elle semble toutefois constituer la manifestation de la politique juridique de sauvetage du contrat plus que le moyen concret d'y parvenir. Prise entre la nullité intégrale et le réputé non écrit, la nullité partielle peine à

¹⁵⁵⁷ V. notamment Art. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce, art. 7 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

¹⁵⁵⁸ V. notamment,

¹⁵⁵⁹ Civ. 3^{ème}, 27 oct. 2016, n°15-23846, publié au bulletin. V. aussi, Civ. 3^{ème}, 12 décembre 2012 n° 11-24384, Publié au bulletin en matière de bail qualifié de « convention pluriannuelle de pâturage » pour lequel le preneur n'était pas autorisé par le Préfet à exploiter toutes les parcelles mais seulement certaines d'entre elles.

trouver des applications. Dans ces circonstances, le procédé du réputé non écrit présente des avantages procéduraux et préventifs plus poussés qui plaident en faveur de sa généralisation.

§2. Le réputé non écrit

505. Le réputé non écrit occupe dans la réforme du droit des contrats une place incontournable. Bien que présentes auparavant dans les articles 1386-15 alinéa 1, 1152 et 1231 du Code civil de 1804, les clauses réputées non écrites ont vu leur domaine d'application s'étendre de manière considérable. Cette présence renforcée oblige à préciser le contenu de cette notion (I) et ses modalités de mise en œuvre (II).

I. Le contenu de la notion

506. Le réputé non écrit occupe une place privilégiée en matière de sanction des déséquilibres contractuels. L'on pourrait même dire qu'il en constitue la sanction naturelle à la lecture du nouveau Code civil¹⁵⁶⁰. Cette « police de la cohérence du contrat¹⁵⁶¹ » souffre toutefois d'un manque de précision¹⁵⁶². Les débats entourant sa nature se font plus nombreux à mesure que le législateur multiplie les recours à ce remède. Alors que le réputé non écrit est couramment présenté comme une forme de nullité partielle (A), la multiplication des textes qui lui sont consacrés conduisent à défendre une définition autonome de la notion fondée sur son caractère objectif (B).

A. Le réputé non écrit et la nullité partielle

507. Le réputé non écrit à la différence de la nullité partielle, se présente comme un remède objectif permettant d'identifier par avance un contenu prohibé et d'en définir les effets (1). Cela en fait un remède particulièrement adapté au traitement des déséquilibres contractuels (2).

¹⁵⁶⁰ Art. 1170, 1171, 1231-5 alinéa 4, 1245-14, 1343-5 alinéa 5 du C. civ.

¹⁵⁶¹ S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Thèse, Economica, 2006, n°510, p. 260.

¹⁵⁶² V. sur ce point l'article 1169 du projet d'ordonnance disposant que : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. »

1. Un remède objectif permettant d'identifier par avance un contenu prohibé et d'en définir les effets

508. Plusieurs auteurs considèrent que le réputé non écrit ne serait qu'une forme de nullité partielle¹⁵⁶³, ces deux sanctions ayant pour but commun de « supprimer du contrat la clause contractuelle considérée comme contraire à une norme impérative.¹⁵⁶⁴ » La « seule originalité¹⁵⁶⁵ » de cette sanction tiendrait dans l'étendue du réputé non écrit¹⁵⁶⁶. Alors que la nullité permettrait d'ajuster le périmètre de disparition du contrat, le réputé non écrit circonscrirait, au contraire, son étendue par la suppression de l'unique clause visée par le législateur. Sans contester les affinités des deux sanctions¹⁵⁶⁷, l'ordonnance du 10 février 2016 vient apporter un nouvel éclairage sur la place qu'il convient de donner au réputé non écrit dans le champ de la nullité. L'article 1184 du Code civil se divise en deux paragraphes, l'un consacré à la nullité totale ou partielle, et l'autre au réputé non écrit. Cette rédaction conduit à inscrire formellement le réputé non écrit dans le champ des nullités, l'article précité figurant dans la section 4 consacrée aux nullités. Elle conduit toutefois à envisager distinctement la nullité partielle et le réputé non écrit, les ressorts de ces deux remèdes étant manifestement différents.

509. La législation récente en matière contractuelle et commerciale indique les faveurs du législateur pour le réputé non écrit. Certaines dispositions du Code de commerce ont ainsi été modifiées pour transformer des clauses « nulles et de nul effet¹⁵⁶⁸ » en clauses « réputées non

¹⁵⁶³ V. en ce sens, Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, 1969 ; C. Guelfucci-Yhibierge, Nullité, restitutions et responsabilités, Thèse, LGDJ, 1992 ; S. Bros, Ch. Larroumet, Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°566, p. 565 et n°453, p. 442 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°419, p. 375 ; V. Pour une analyse différente O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 342 : « En substance, comme son nom l'indique, la clause réputée non écrite est une forme d'inexistence partielle davantage qu'une déclinaison de la nullité. »

¹⁵⁶⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2631, p. 1319.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶⁶ R. Baillod, À propos des clauses réputées non écrites, in Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, n°6, p. 19.

¹⁵⁶⁷ Certaines clauses auparavant nulles ont, par la suite, été déclarées réputées non écrites par le législateur. C'est le cas des clauses léonines dans les contrats de société, un temps déclarées nulles sur le fondement de la cause, avant d'être réputées non écrites aux termes de l'article 1844-1 alinéa 1 du Code civil.

¹⁵⁶⁸ Art. L. 145-15 du Code de commerce en vigueur jusqu'à la loi Pinel : « Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54. » *Idem* Art. L. 145-16 alinéa 1.

écrites¹⁵⁶⁹ ». L'article L. 311-5-1 alinéa 2 issu de la loi du 6 août 2015 déclare non écrite la clause de parité tarifaire par laquelle la plateforme de réservation en ligne retire à l'hôtelier sa liberté de consentir des rabais ou avantages tarifaires au client en dehors de la plateforme. La même loi sanctionne par le réputé non écrit la clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un contrat de distribution commerciale¹⁵⁷⁰, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant. L'engouement pour ce remède témoigne de la particularité du procédé et pose la question de l'actualité de la nullité partielle comme concept autonome et distinct du procédé de réputé non écrit. Bien que les législations récentes traduisent l'intérêt du législateur pour le non-écrit, il faut, nous semble-t-il, maintenir une distinction entre ces deux notions. S'il a été montré dans quelle mesure la détermination de la nullité tend à s'objectiver, il n'en demeure pas moins que cette forme de nullité ne doit pas se confondre avec le procédé spécifique du réputé non écrit. Il s'agit d'injecter, par touches, de l'ordre public économique¹⁵⁷¹ dans la matière contractuelle en établissant par avance la liste des affections contractuelles les plus graves. Nulle place pour la volonté dans le réputé non écrit¹⁵⁷². Il s'agit de purger non seulement un élément du contrat indépendamment de la volonté des parties, mais de déterminer encore l'étendue de cette suppression sans leur concours. Ce remède « chirurgical » s'explique par la transformation formelle du contrat. Celui-ci se présentant de plus en plus comme un agencement de clauses, le déséquilibre y est appréhendé à l'intérieur de ces dernières. Le Professeur Mekki souligne à cet égard

L'on distingue les clauses nulles et de nul effet des clauses nulles de plein droit par référence à l'intervention du juge que requièrent les secondes et non les premières.

¹⁵⁶⁹ Art. L. 145-15 du Code de commerce en vigueur depuis le 20 juin 2014 : « Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54. » *Idem* Art. L. 145-16 alinéa 1.

¹⁵⁷⁰ L'art. L. 341-1 du Code de commerce définit ces contrats de la manière suivante : « des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent Code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail ».

¹⁵⁷¹ G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, n°8, p. 352 : « Peut-on traiter avec autant de sévérité la convention contraire à l'ordre public économique, la faute n'est plus ici d'avoir contracté, car le contrat était désirable en soi, mais uniquement de prétendre en modifier les conditions. Il n'est plus dès lors utile de faire tomber le contrat, il suffit d'en effacer les clauses contraires à la loi ». ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, Thèse, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, n° 471, p. 373 : « L'annulation partielle, qu'elle s'accompagne ou non d'une disposition légale corrigeant le contrat, fait que les stipulations contraires n'accèdent pas à la vie juridique. On pourrait dire que l'ordre public économique n'exige pas qu'on annule mais qu'on ignore ! On organise davantage l'inefficacité que la nullité. La règle est telle que l'acte contraire n'a aucune valeur, qu'il n'existe pas, tenu pour non écrit. »

¹⁵⁷² Th. Douville, (sous la direction de), *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2016, p. 159.

l'émergence d'un « droit commun des clauses du contrat qui prend les traits d'un contrôle de légalité propre à certaines clauses et d'un arsenal de sanctions adaptées à leur spécificité »¹⁵⁷³. Cela ne signifie pas que le contrat ait disparu pour autant, mais il se présente davantage comme un « référent »¹⁵⁷⁴ permettant de s'assurer de la cohérence de l'agencement des clauses du contrat ; cela explique la place à part du réputé non écrit dans le champ des nullités, et justifie son recours lorsqu'il s'agit plus précisément de sanctionner un déséquilibre contractuel.

2. Un remède prisé particulièrement adapté au traitement des déséquilibres contractuels

510. Parce que le réputé non écrit constitue un remède prévisible et objectif, celui-ci apparaît adapté à la gestion des déséquilibres contractuels. L'article L. 442-6, III° du Code de commerce offre sur ce point une illustration parlante de la nécessité d'associer aux outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel le remède du réputé non écrit. Cet article dispose que le ministre de l'Économie, et le ministère public peuvent faire « constater » la nullité des clauses litigieuses. La question du fondement d'une telle nullité a été posée à la Commission d'examen des pratiques commerciales ainsi que celle de la faculté pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité avec une action en nullité¹⁵⁷⁵. La Commission, dans son avis en date du 23 janvier 2014¹⁵⁷⁶, a répondu que le partenaire

¹⁵⁷³ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2nd partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* 2007, n°2 p. 239. L'auteur souligne l'émergence d'un « droit commun des clauses du contrat ». Dans le même sens, M.-A. Frison-Roche, Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique, *RTD civ.* 1998, 49. L'auteur souligne qu'« est en train de naître le droit des clauses ». V. pour un usage antérieur de l'expression M. Mohamed Salah, La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires, *RJ Com.* 1997, pp. 297-307, p. 306 « On a souvent insisté, ces dernières années, sur le phénomène de parcellisation d'un droit des contrats, obligé de se diversifier et de se spécialiser pour pouvoir coller à la réalité économique. Non seulement, ce droit s'est enrichi de nouvelles figures contractuelles, qui tranchent, par leur complexité avec les contrats « pérennisant des modèles millénaires comme l'échange, la vente ou le prêt » mais il a aussi tendance à passer d'un droit du contrat à un droit des clauses contractuelles. ». L'auteur renvoie sur ce point à l'intervention de M.-A. Frison-Roche, Rapport général sur la redécouverte des piliers du droit, Colloque CREDECO intitulé « Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation : premier bilan », Nice, 30 et 31 octobre 1996.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Avis n°14-02, 23 janv. 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive. La CEPC utilise également la notion de réputé non écrit dans son avis semblant, en cela, utiliser indifféremment la nullité partielle et le réputé non écrit.

¹⁵⁷⁶ Avis n°14-02, 23 janv. 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive. V. dans le même sens, M. Chagny, Un texte pour la nullité ? Quand la réforme du droit commun des contrats appelle celle du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence, *RDC* 2018, n°1, p.

commercial victime du déséquilibre significatif pouvait cumuler une action en responsabilité avec une action en nullité. « Cette disposition spéciale [L. 442-6, I, 2°] n'interdit pas à la victime d'une pratique visée par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'ordre public concurrentiel sur le fondement du droit commun. » Cette nullité totale ou partielle, précise la Commission, devra s'effectuer sur le fondement des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil ancien¹⁵⁷⁷. Malgré un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁷⁸ qui refusait à la victime de la pratique de solliciter la nullité de la clause litigieuse, d'autres décisions démontrent les faveurs des juges pour la nullité du contrat¹⁵⁷⁹. Cela est heureux, dans la mesure où le maintien des clauses qui créent un déséquilibre significatif viderait le mécanisme de l'article L. 442-6, I, 2° de son intérêt¹⁵⁸⁰. Comment participer efficacement au respect de l'ordre public économique si les clauses litigieuses continuent de se maintenir dans les contrats ?

137 : « Au demeurant, le raisonnement qui consiste à écarter la nullité au motif que celle-ci n'a pas été prévue n'emporte pas la conviction : ni l'absence d'une référence expresse à la nullité, ni la prévision d'une autre sanction n'empêchent le prononcé de la nullité sur le fondement du droit commun dès lors que les intérêts en cause le justifient. Sauf dans des cas limitatifs, la nullité n'a pas à être prévue par un texte spécial ; l'adage « pas de nullité sans texte » est assez étroitement cantonné et ne concerne manifestement pas, au regard de la solution adoptée par la Cour de cassation en matière de prix imposés de revente, les règles du droit de la concurrence. »

¹⁵⁷⁷ Il s'agirait probablement, aujourd'hui, des articles 1102 al. 2 et 1162 du C. civ. En ce sens, Nîmes, 25 février 2010 ; Paris, Pôle 5 Chambre 5, 24 mars 2011 ou encore, de façon implicite, Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 octobre 2012.

¹⁵⁷⁸ CA Paris, 6 sept. 2016, n°15/21026, commentaire C. Grimaldi, *RDC* 1^{er} mars 2017, n°1, p. 86. Cet arrêt allait à l'encontre de plusieurs décisions rendues par des Cour d'appel en sens contraire V. notamment, Rouen, Chambre civile 1, 12 décembre 2012, n° 12/01200 ; Paris, Pôle 5, Chambre 11, 7 juin 2013, n° 11/08674. En faveur de la nullité absolue : CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059. Une solution similaire avait été rendue quelques mois plus tôt par la Cour d'appel de Paris : Paris, pôle 5, ch. 4, 18 mai 2016, n° 14/12584, SARL Lylou c/ SAS Opti'mom, *Juris-Data* n° 2016-011263 *RTD civ.* 2016, 852, obs. H. Barbier. Il faut également prendre note de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 24 mai 2017, n°15-18484 qui précise que seul le Code de la consommation permet l'annulation d'une clause pour déséquilibre significatif. Il s'agit toutefois d'un arrêt de rejet non publié au Bulletin ; A. Dadoun, Le spectre de l'adage « pas de nullité sans texte » en droit des contrats, *RDC* 2018, n°1, p. 139 souligne à juste titre que cette incertitude jurisprudentielle « paraît mettre en évidence la force attractive de l'adage « pas de nullité sans texte » ».

¹⁵⁷⁹ CA Nîmes, 25 févr. 2010, n° 07/00606, Min. de l'Économie c/ SAS Carrefour France ; CA Paris, 5-5, 24 mars 2011, SAS Valensi J.-M. et a. c/ SAS Carcoop et a. ; CA Paris, 5-5, 24 mars 2011, Accorequip et a. c/ Min. de l'Économie ; CA Paris, 5-4, 29 oct. 2014, n° 13/11059, affirmant que « les contrats contraires aux dispositions des articles L. 442-6 du Code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par tout personne intéressée » ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2010-85 QPC ; CA Paris, 22 févr. 2017, n° 16/17924 ; CA Paris, 11 octobre 2017, n° 15/03313, *La lettre des réseaux*, 7 nov. 2017, obs. M. Doisy.

¹⁵⁸⁰ Pour des auteurs favorables à l'éradication des clauses créant un déséquilibre significatif sur le fondement de l'art. L. 442-6, I, 2° C. com. Y. Picod, *Encyclopédie Dalloz*, v° Nullité, n° 22 ; V. Sélinsky, La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, *RLDC* 2005, n° 177, p. 114 et s. ; M. Chagny, L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?, *RTD com.* 2013. 500 et s. ; M. Chagny, Un texte pour la nullité ? Quand la réforme du droit commun des contrats appelle celle du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence, *RDC* 2018, n°1, p. 137 ; A. Dadoun, art. préc. : « il est incohérent que la loi admette l'action en nullité du contrat exercé par un tiers et que le juge ferme cette même action à la victime de la pratique restrictive de concurrence ».

511. Dans cette perspective, la nullité n'apparaît pas comme une sanction satisfaisante, seul le réputé non écrit étant véritablement adapté au déséquilibre significatif concurrentiel. La référence au « constat¹⁵⁸¹ » tend en effet à considérer que la clause devra être réputée non écrite. La filiation consumériste du texte et la prégnance de l'ordre public économique conduisent à écarter la sanction de nullité partielle, au profit du réputé non écrit. Ce texte vise en effet à éradiquer des clauses qui créent un déséquilibre significatif au détriment du partenaire commercial. Il s'agit, comme pour l'article L. 212-1 du Code de la consommation, de purger des clauses qui contreviennent directement à l'ordre public économique et identifiées préalablement comme telles par le législateur. Cela en fait un remède autonome exclusivement objectif, là où la nullité partielle maintient une ambivalence quant à la place donnée à la volonté des parties.

B. Un remède autonome exclusivement objectif

512. Sophie Gaudemet¹⁵⁸² a démontré dans sa thèse la spécificité du remède consistant à réputer une clause non écrite et plaidé en faveur de son autonomie et de celle de son régime¹⁵⁸³. Désigné par cette dernière comme un « procédé objectif¹⁵⁸⁴ », en ce qu'il se présente comme un remède indifférent « à l'importance que les parties ont pu accorder à la clause¹⁵⁸⁵ », le réputé non écrit se distinguerait sur ce point de la nullité partielle plus attachée à la volonté des parties¹⁵⁸⁶. Dans le même sens, le Professeur Farjat a souligné le caractère objectif de l'ordre public économique, et partant celui du réputé non écrit. « Chaque fois qu'un texte d'ordre public économique a prévu la nullité d'un élément du contrat ou la modification du contrat, quels que soient les termes utilisés, quelle qu'ait été la volonté des parties, il convient d'annuler toujours ce seul élément.¹⁵⁸⁷ » Le réputé non-écrit se définit en effet comme la sanction de la violation d'une règle impérative identifiée comme la

¹⁵⁸¹ L. 442-6, III al. 2 C. com.

¹⁵⁸² S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse, Economica, 2006, n°142, p. 81.

¹⁵⁸³ Dans le même sens, J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, *D.* 1993, p. 59 ; O. DEshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 342 : « Jurisprudence et doctrine ont là encore œuvré de concert pour dégager un mécanisme d'invalidation autonome par sa notion et son régime. »

¹⁵⁸⁴ J. Kullmann, *op. cit.* spéc. n° 596, p. 303.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.* ; Dans le même sens V. O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 342 : « Le choix de cette sanction emporte neutralisation nécessaire – et même interdiction de tenir compte – de l'intention des parties. »

¹⁵⁸⁶ *Ibid.* « À ce titre, il ne saurait être confondu avec la nullité partielle lorsque l'étendue de celle-ci est déterminée par application d'un critère subjectif. »

¹⁵⁸⁷ G. Farjat, *L'ordre public économique*, Thèse, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, p. 382.

manifestation de l'ordre public. Le critère de distinction essentiel entre le réputé non écrit et la nullité partielle nous semble se concentrer sur ce point. Plus qu'une nullité de plein droit¹⁵⁸⁸, le réputé non écrit est la sanction automatique du manquement à « une règle impérative précise¹⁵⁸⁹ ». Cela interdirait, en conséquence, de développer des applications jurisprudentielles du déséquilibre significatif lorsque le législateur n'a pas explicitement prévu le recours à ce remède¹⁵⁹⁰. La jurisprudence découvrant des clauses non écrites paraît ainsi constituer un frein à l'autonomie de cette notion, et plus encore à son utilité. La difficulté tient néanmoins à l'absence de traitement rigoureux de la question par le législateur. L'autonomie du réputé non écrit devrait reposer sur un usage conscient de la notion par le législateur. Si le recours législatif au non écrit semble répondre aux besoins de sécurité et de prévisibilité juridiques, le législateur n'est-il pas conscient du caractère déterminant de son intervention en ce domaine.

513. « La nullité sanctionne toujours un vice alors qu'en interdisant par avance l'insertion d'une clause, le législateur intervient positivement afin de protéger certaines personnes et garantir un équilibre contractuel, que l'enjeu soit politique, moral, familial, économique ou encore d'ordre individuel ou collectif, sans pour autant que la clause interdite soit entachée de vice¹⁵⁹¹ ». Cela confère au réputé non écrit un caractère prophylactique¹⁵⁹² et prescriptif¹⁵⁹³, faisant de lui un remède, là où la nullité se présente comme une sanction exclusivement curative.

514. La règle impérative méconnue par la clause réputée non écrite connaît des degrés de précision variables. Est ainsi réputée non écrite la clause par laquelle le bailleur commercial interdit au locataire de céder son bail ou les droits qu'il détient sur son fonds de commerce¹⁵⁹⁴

¹⁵⁸⁸ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11^{ème} éd. PUF, 2016, « De plein droit 1°) (toujours) sans qu'il soit nécessaire de le prévoir expressément ; sans formalité ; 2°) (parfois) sans qu'il soit possible d'en décider autrement. »

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ L'on ne peut que déplorer ici la disparition de la mention du réputé non écrit dans l'article L. 212-1 du Code de la consommation à la suite de l'ordonnance du 14 mars 2016, et la mention de « l'interdiction » des clauses abusives à l'article R. 212-1 du même Code.

¹⁵⁹¹ V. Cottureau, La clause réputée non écrite, *JCP* 1993, I, 3691.

¹⁵⁹² Le grand Robert de la langue française « prophylaxie » sens 1 « ensemble des mesures et précautions à prendre pour prévenir les maladies », sens 2 « mesures prises pour éviter un danger » ; CNRTL « prophylaxie » sens B « Ensemble de mesures prises pour prévenir, écarter ou éviter un danger quelconque ou considéré comme tel. »

¹⁵⁹³ Cf. *supra*, n°440.

¹⁵⁹⁴ L. 145-16 Code de commerce. V. aussi, L. 145-15.

ou celle par laquelle les parties ont exclu la faculté du juge de modérer ou d'augmenter la clause pénale¹⁵⁹⁵. D'autres règles impératives sont, elles, moins précises. C'est le cas des articles 1171 et 1170 du nouveau Code civil, dont les critères apparaissent encore flous au même titre que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Raymonde Baillod indique au sujet des clauses abusives de l'article L. 212-1 du Code de la consommation que « la définition de ces clauses ne permet pas d'envisager une cancellation *ab initio* [...] Elles appellent nécessairement une appréciation du juge.¹⁵⁹⁶ » Le décret du 18 mars 2009 est toutefois venu remédier à cette carence par l'inclusion des clauses dites « noires » et « grises » répondant au critère de précision de la règle impérative méconnue par la clause abusive, et confortant encore la dimension préventive du remède. Le réputé non écrit devrait donc reposer sur une définition précise et limitée des clauses qu'il affecte, sans quoi l'intervention du juge deviendrait un préalable nécessaire à la constatation du caractère abusif. Si cette analyse se conçoit aisément pour certaines branches du droit, il faut reconnaître qu'elle se heurte à de plus amples difficultés lorsqu'il s'agit d'en faire application en droit commun des contrats. Les articles 1170 et 1171 du Code civil, comme l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne permettent pas d'identifier avec précision les clauses visées par ces articles. Ces dispositions ouvrent au contraire la voie à un recours au juge systématique, du moins dans les premiers temps de leur application, pour percer la substance de leur signification. Cet obstacle ne constitue pas pour autant un critère de nature à exclure la sanction du réputé non écrit. Il s'agit comme cela a été démontré plus haut, de la caractéristique même de l'ordre public économique contemporain, et plus particulièrement de celle portée par la réforme.

515. Cet ordre public s'affranchissant de sa dimension catégorielle, les situations qu'il est amené à embrasser impactent nécessairement sa prévisibilité. L'on passe d'un ordre public catégoriel formel à un ordre public économique de droit commun substantiel. Les juges devront ainsi rechercher, dans les contrats qui leur seront soumis, la substance de l'ordre public économique sans que le législateur fournisse ici de liste de clauses « abusives ». Madame le Professeur Gaudemet a souligné en ce sens l'utilisation transversale du réputé non écrit dans le droit commun des contrats¹⁵⁹⁷. S'affranchissant d'une approche catégorielle du

¹⁵⁹⁵ Art.1231-5 alinéa 4 du C. civ.

¹⁵⁹⁶ R. Baillod, À propos des clauses réputées non écrites, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, n°16, p. 24.

¹⁵⁹⁷ S. Gaudemet, *op. cit.* n°399, p. 200 : « Dans quelques hypothèses, le législateur a mis le procédé du réputé non écrit au service de la défense de politiques d'ensemble, entendues comme des politiques communes à tous

contrat, le réputé non écrit, à l'image de l'ordre public qu'il préserve, se généralise. L'autonomisation du réputé non-écrit est encore encouragée par l'importance des conséquences qui s'attachent aux modalités de mise en œuvre de ce remède.

II. Les modalités de mise en œuvre du réputé non écrit

516. La mise en œuvre du réputé non écrit suppose d'identifier les personnes susceptibles de réputer non écrite une clause (A), le délai dont elles disposent pour le faire (B) et les conséquences du réputé non écrit sur le contrat (C)

A. Les personnes susceptibles de réputer la clause non écrite

517. L'action tendant au constat du caractère non écrit d'une clause doit être ouverte au plus grand nombre. Le rôle du juge (1), comme celui des titulaires d'un intérêt à agir (2) doit être précisé.

1. Le rôle du juge en matière de clause réputée non écrite

518. Le rôle occupé par le juge en matière de clause réputée non écrite se limite à un constat (a) qui n'en demeure pas moins efficace si l'on considère le renforcement de l'office du juge en matière de relevé d'office du caractère abusif des clauses (b).

a. Un contrôle judiciaire limité au constat du caractère non écrit de la clause

519. Le réputé non écrit présente la particularité de produire ses effets en dehors du juge. Alors que la nullité suppose par principe le constat judiciaire de la nullité de tout ou partie de l'acte¹⁵⁹⁸, le réputé non écrit opère de lui-même sans que les parties ou le juge n'aient à se prononcer sur la légalité de la clause litigieuse. Cela ne signifie pas que le juge n'aura jamais à connaître d'une clause réputée non écrite. Bien au contraire. Mais son rôle se trouvera, en pratique, bien différent de celui qui aurait été le sien dans l'hypothèse où le demandeur se fonde sur la nullité de la clause. Le juge saisi de la question de savoir si une clause doit être

les contrats. Ces clauses sont réputées non écrites quelle que soit la nature du contrat qui le contient ». Les articles 1231-5 alinéa 4 et 1245-14 du C. civ. en sont de bons exemples.

¹⁵⁹⁸ Art. 1178 alinéa 1 C. civ.

réputée non écrite ne pourra, si tel est bien le cas, que constater ce caractère et limiter l'étendue de la sanction à la clause visée par la loi¹⁵⁹⁹. Le jugement rendu sera donc déclaratif¹⁶⁰⁰ et non constitutif. La clause réputée non écrite ne se révèle pas à l'épreuve de ce constat judiciaire, elle lui préexiste.

520. Alors que la nullité doit être judiciaire sauf accord des parties, le réputé non écrit ne requiert pas son constat par le juge, il s'impose à lui, en dehors de lui¹⁶⁰¹. C'est cette solution qui s'est imposée en matière de droit de la copropriété jusqu'à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 21 juin 2006¹⁶⁰². Alors que la Cour de cassation admettait jusqu'à cette date que les clauses étaient « non avenues par le seul effet de la loi¹⁶⁰³ », la troisième Chambre civile opte, depuis 2006, pour une solution radicalement différente, subordonnant les effets du réputé non écrit au constat judiciaire de ce caractère. Par un arrêt en date du 28 avril 2011¹⁶⁰⁴ la troisième Chambre civile a réaffirmé sa position de principe s'agissant d'une clause du règlement de copropriété qui encadrait la désignation des scrutateurs de l'assemblée générale de la manière suivante : les scrutateurs devaient être désignés parmi les deux membres de l'assemblée générale présents et acceptants qui possédaient le plus grand nombre de quotes-parts de copropriété. Alors que la SCI Primo sollicitait la nullité de l'assemblée générale litigieuse la troisième Chambre civile rejette ce moyen au motif qu'« ayant relevé que la clause litigieuse du règlement de copropriété n'avait jamais été déclarée non écrite par une décision de justice exécutoire, la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une telle demande, en a exactement déduit qu'elle devait recevoir application ». La même solution a été retenue en 2013¹⁶⁰⁵ au sujet d'une clause de répartition de charges communes spéciales d'entretien et d'étanchéité de la toiture de deux bâtiments. Cette solution nous semble contraire à l'esprit même du réputé non

¹⁵⁹⁹ O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse, PUAM, 1999, n°122, p. 96 : « Quand bien même cependant le juge serait saisi, son rôle serait des plus élémentaires et se réduirait à sa plus simple expression. Il consisterait effectivement à constater que les conditions posées par la loi sont remplies, pour se borner à en déduire que la clause litigieuse est véritablement réputée non écrite. »

¹⁶⁰⁰ S. Gaudemet, *op. cit.* n°151, p. 85 : « C'est, en réalité, dans les conditions de naissance d'une situation de droit que devrait tenir la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs : née dès avant le jugement dans l'hypothèse d'un jugement déclaratif, la situation juridique naît du jugement en présence d'un jugement constitutif. » : Dans le même sens, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.M. Laithier, *op. cit.* p. 342, au sujet du jugement rendu au sujet d'une clause réputée non écrite : « le jugement est déclaratif qui ne fait que constater l'absence de clause »/

¹⁶⁰¹ S. Gaudemet *op. cit.* n°14, p. 23 : « Quand une clause est réputée non écrite, sa cancellation devrait, en conséquence de la fiction d'inexistence consacrée par le législateur, pouvoir être opérée par tout intéressé, sans requérir nulle intervention judiciaire. »

¹⁶⁰² Civ. 3^e, 21 juin 2006, *D.* 2006. *Pan.* 2764, obs. P. Capoulade.

¹⁶⁰³ Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 69, *RDI* 1988. 246.

¹⁶⁰⁴ Civ. 3^e, 28 avr. 2011, FS-P+B, n° 10-14.298, *Actu Dalloz*. 27 mai 2011, obs. P. Chenu.

¹⁶⁰⁵ Civ. 3^{ème} 10 juill. 2013, n° 12-14.569 (n° 907 FS-P+B+I), *D.* 2013, 1897, obs. Y. Rouquet.

écrit dont la spécificité tient précisément dans son caractère automatique et extrajudiciaire. Elle peut toutefois s'expliquer par l'obligation faite au juge en cette dernière hypothèse de procéder à une nouvelle répartition¹⁶⁰⁶. Le caractère judiciaire du réputé non écrit permet ici de donner date certaine à la prise d'effet de celui-ci. Il apparaît indispensable de limiter cette solution au seul article 43 de la loi du 10 juillet 1965 sans quoi la spécificité du réputé non écrit ne serait alors qu'une chimère.

521. L'effet déclaratif du jugement constatant le caractère non écrit de la clause est un élément constitutif de ce remède. Le législateur désignant par avance les clauses dont il indique qu'elles sont contraires à l'ordre public, le juge ne peut que faire le constat du caractère non écrit de la clause. La sanction de nullité, à la différence du réputé non écrit, est subordonnée à la déclaration de nullité. Pour reprendre les termes de Sophie Gaudemet : « La clause dite nulle est en réalité simplement annulable tant que sa nullité n'a pas été prononcée en justice. Son anéantissement requiert une intervention du juge.¹⁶⁰⁷ » L'article 146 de l'avant-projet de Code européen des contrats présente ainsi les causes « d'annulabilité du contrat », qu'il distingue de la nullité du contrat désignant le sort du contrat une fois qu'il a été procédé à l'annulation de celui-ci.

522. La réforme du droit des contrats a néanmoins apporté un tempérament au caractère judiciaire de la nullité. L'article 1178 alinéa 1 du Code civil dispose en effet que « la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». Cet article ouvre donc la voie à une nullité commune aussi appelée « nullité conventionnelle¹⁶⁰⁸ ». Cette sanction figurait déjà dans l'Avant-Projet *Catala*¹⁶⁰⁹ de réforme du droit des obligations ainsi que dans le Projet *Terré*¹⁶¹⁰. Cette forme de sanction amiable¹⁶¹¹

¹⁶⁰⁶ Art. 43 de la loi du 10 juillet 1965. V. en ce sens, Y. Rouquet, obs. sous Cass. 3e civ. 30 janv. 2008, *D.* 2008. 486.

¹⁶⁰⁷ S. Gaudemet, *op. cit.* n°170, p. 93. V. aussi, J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2571, p. 1243

¹⁶⁰⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations : Précis Dalloz*, 2013, 11e éd., n° 389 ; Pour des auteurs utilisant l'expression de « nullité amiable » Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations : LGDJ*, 2015, 7e éd., n° 697 ; Pour une analyse de la nullité conventionnelle comme catégorie de transaction : O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse, PUAM, 1999, n°153, p. 111.

¹⁶⁰⁹ Art. 1130-1 : « La nullité est prononcée par le juge, à moins que les parties à l'acte ne la constatent d'un commun accord. »

¹⁶¹⁰ Projet *Terré*, art. 85.

¹⁶¹¹ M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Thèse, Economica, 2013, n°385, p. 306.

fait figure de nouveauté¹⁶¹² et questionne quant à sa nature. Une thèse¹⁶¹³ a entrepris de définir la nature juridique de ce type de sanction. Il s'agirait selon son auteur, d'un acte juridique produisant un effet de droit attaché à une manifestation de le créer¹⁶¹⁴. Cette définition insiste donc sur le rattachement de la sanction amiable au domaine du juridique. Cette nullité amiable a pour effet l'extinction du contrat initial. Elle peut être analysée comme une manifestation particulière du *mutuus dissensus*. Cette lecture de la sanction s'oppose toutefois à de nombreuses critiques¹⁶¹⁵, notamment celle consistant à relever que le contrat éteint par l'effet de cette sanction n'est pas légalement formé¹⁶¹⁶. Une autre critique invite à souligner que le *mutuus dissensus* ne vaut que pour l'avenir là où la nullité conventionnelle produit un effet rétroactif. D'autres auteurs ont soulevé, au contraire que « si les parties à une convention valable, peuvent, ce dont personne ne doute, y renoncer par un *mutuus dissensus*, combien plus sûrement doivent-elles pouvoir constater l'inefficacité d'une convention viciée.¹⁶¹⁷ »

523. Si cette nullité amiable ne présente pas d'obstacle théorique insurmontable, la rédaction de l'article 1178 alinéa 1 du Code civil n'est pas satisfaisante pour au moins deux raisons. S'une part, l'emploi du verbe constater n'est pas adapté à la nature constitutive du jugement prononçant la nullité du contrat. Le législateur aurait eu intérêt à indiquer ici que les parties décident d'un commun accord de prononcer la nullité du contrat qui les lie. D'autre part, on comprend mal comment les parties pourraient, en pratique opter pour la disparition rétroactive du contrat. Il y a fort à parier que les parties auront recours au juge *in fine* lorsqu'il s'agira de déterminer le bien-fondé de la nullité constatée de manière conventionnelle¹⁶¹⁸. Plus précisément le juge devra contrôler successivement la procédure de sanction et le contenu de la sanction prononcée¹⁶¹⁹. La sanction de nullité conventionnelle s'apparentant à un acte juridique¹⁶²⁰, certains auteurs¹⁶²¹ ont suggéré que cet accord devait revêtir les

¹⁶¹² La jurisprudence faisait toutefois mention d'annulation amiable dans certaine de ces décisions V. notamment : Cass. 3e civ., 17 févr. 1999, n° 97-13.683 et n° 97-15.703, inédit ; Cass. 3e civ., 13 avr. 2005, n° 04-10.774 : JurisData n° 2005-028073.

¹⁶¹³ *Ibid.*

¹⁶¹⁴ M. Jaouen *op. cit.* n° 126, p. 111.

¹⁶¹⁵ R. Vatinet, *Le mutuus dissensus*, *RTD civ.* 1987, 252 ; O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, *op. cit.* n°157, p. 113.

¹⁶¹⁶ M. Jaouen *op. cit.* n° 80, p. 78.

¹⁶¹⁷ Avant-projet *Catala*, Exposé des motifs, p. 33 par Ph. Simler. Dans le même sens, Y. Picod, *Rép. civ. Dalloz*, V. Nullité, n° 32.

¹⁶¹⁸ Y.-M. Serinet, *La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité*, *JCP G* n° 29, 18 Juillet 2016, 845.

¹⁶¹⁹ M. Jaouen *op. cit.* n°233, p. 191.

¹⁶²⁰ M. Jaouen *op. cit.* n°348.

¹⁶²¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats, Dossier pratique, Francis Lefebvre*, 2016, n° 521 s.

conditions habituelles de validité du contrat. Le juge devra donc s'assurer du consentement des parties à l'acte, leur capacité de contracter, et l'existence d'un contenu licite et certain¹⁶²². Cela suppose en pratique que les parties manifestent clairement leur volonté de voir constater la nullité du contrat, mais qu'elles définissent encore les effets qu'elles entendent voir produire à cette nullité. Cela soulève à juste titre la question du périmètre de la nullité conventionnelle¹⁶²³ et de ses effets dans le temps. Certains auteurs ont ainsi soutenu l'idée selon laquelle la nullité conventionnelle pourrait échapper au principe légal de la rétroactivité¹⁶²⁴. Si l'admission d'une nullité « conventionnelle¹⁶²⁵ » trahit l'effort d'harmonisation du droit des contrats avec les divers corpus européens¹⁶²⁶, une fois encore le choix mériterait de s'affirmer dans un sens ou un autre pour gagner en efficacité.

524. Une deuxième question se fait jour lorsqu'il s'agit de définir le rôle du juge en matière de clause réputée non écrite. Le juge peut-il ou doit-il relever d'office le caractère non écrit de la clause dont il aurait à connaître ? Le renforcement de l'office du juge en matière de relevé d'office des clauses abusives présente dans cette perspective une évolution encourageante pour le traitement des déséquilibres contractuels.

b. Le renforcement de l'office du juge en matière de clauses abusives

525. L'étude de l'office du juge en matière de clauses abusives suppose d'envisager le devoir de requalification de ce dernier (α), avant de déterminer la finalité de la règle d'ordre public mobilisée (β).

¹⁶²² Art. 1128 C. civ. ; Dans le même sens, Y.-M. Serinet *op. cit.*

¹⁶²³ La question se pose de savoir si les parties peuvent convenir d'un commun accord d'une nullité partielle.

¹⁶²⁴ Y.-M. Serinet, art. préc. « Il semble également loisible de déroger au régime légal des restitutions consécutives à l'annulation dans la mesure de ce qu'autorise la liberté contractuelle, c'est-à-dire sous réserve des dispositions sanctionnant la partie de mauvaise foi et du respect de l'ordre public ».

¹⁶²⁵ Réforme du droit des obligations : le droit des nullités, *JCP N.* n° 1, 6 Janvier 2017, act. 101.

¹⁶²⁶ Les principes européens du droit des contrats admettent la nullité unilatérale Cf. Art. 4 : 112 et 4 : 113 ; il en va de même pour l'avant-projet de Code européen des contrats art. 148 ; *VARII AUCTORES*, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Société de Législation comparée*, 2008, art. 4 : 401, 1° : « Hors le cas d'atteinte aux principes fondamentaux, l'invalidation du contrat nul ou inefficace a lieu par voie de notification aux parties ».

α. Le devoir de requalification du juge

526. La solution traditionnellement retenue en matière de nullité repose sur la distinction entre nullité relative et absolue. Alors que dans le premier cas le juge ne pourrait pas relever d'office le caractère non écrit de la clause, il le devrait dans l'autre. La question du pouvoir du juge de relever d'office le caractère non écrit de la clause suppose préalablement de distinguer ce pouvoir de son pouvoir de requalification.

527. L'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile fait obligation au juge de restituer aux faits et aux actes leur exacte qualification à condition qu'il respecte l'objet du litige¹⁶²⁷ et sa cause¹⁶²⁸ tels que définis par les parties. Bien que le devoir de requalification et le pouvoir de relever d'office un moyen de droit se distinguent en apparence, il arrive en pratique que les deux se confondent. Ainsi, le juge peut, dans certains cas, relever d'office un moyen sans que cela porte atteinte à la qualification juridique des faits ou des actes retenue par les parties, mais il est possible également que le moyen relevé d'office consiste à requalifier la prétention juridique des parties. Cela s'explique par « le lien intime entre relevé d'office d'un moyen de droit, et requalification, qu'il s'agisse d'une requalification des faits et actes litigieux, ou de l'objet de la demande. ¹⁶²⁹ » La requalification implique, en effet, de relever d'office un moyen de droit afin de le substituer à la qualification juridique existante¹⁶³⁰. Pour autant, la requalification se présente comme un devoir imposé au juge tandis que l'ancien alinéa 3 de l'article 12 présente le relevé d'office comme une simple faculté¹⁶³¹. L'annulation de cet alinéa par le Conseil d'État a été motivée par deux raisons. D'une part, en posant une faculté pour le juge et non un devoir cet alinéa entraînait une rupture d'égalité entre les justiciables selon que le juge devant lequel ils se trouvaient faisait ou non usage de cette faculté. D'autre part, il était reproché à ce texte de ne pas faire référence au principe du contradictoire, de sorte que les parties n'étaient pas invitées à se prononcer sur le moyen relevé d'office. Deux interprétations s'imposent quant aux effets qu'il convient d'associer à la suppression de cet

¹⁶²⁷ Art. 4 et 5 CPC.

¹⁶²⁸ Art. 7 alinéa 1 CPC.

¹⁶²⁹ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne, Dalloz, Précis, 32^e éd. 2014, n°521, p. 422.

¹⁶³⁰ H. Motulsky, Prolégomènes, D. 1972, Chron. 91, n°46.

¹⁶³¹ Anc. Art. 12 alinéa 3 : « Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties. » Le Conseil d'État a annulé cet alinéa par décision du 12 oct. 1979, D. 1979, note Bénabent.

alinéa 3. La première consiste à dire que l'alinéa 1 de l'article 12 se suffit à lui-même et qu'il met à la charge du juge l'obligation de relever d'office des moyens de pur droit¹⁶³² applicables au litige. La seconde consiste à dire que l'article 16 alinéa 3 du Code de procédure civile intègre en substance la faculté et non le devoir de relever des moyens de pur droit d'office dans le respect du principe du contradictoire. L'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 21 décembre 2007¹⁶³³ est venu mettre un terme au débat doctrinal¹⁶³⁴ et jurisprudentiel en affirmant que « si l'article 12 alinéa 2 oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». Ainsi, lorsque les parties soumettent au juge un moyen de droit précis, ce dernier n'est pas tenu de relever d'office un autre moyen de droit, sauf lorsque le moyen est d'ordre public¹⁶³⁵. Il doit en revanche requalifier les faits s'il estime que l'application du moyen de droit invoqué par les parties ne permet pas de donner gain de cause au demandeur. En revanche, lorsque les parties ne soumettent au juge aucun moyen de droit, il appartient à ce dernier de faire application du moyen de droit qui s'impose¹⁶³⁶. La véritable difficulté consiste à identifier ce qui constitue un moyen d'ordre public. Cela suppose d'identifier la finalité de la règle d'ordre public mobilisée.

β. La finalité de la règle d'ordre public mobilisée

528. La question de la finalité de la règle d'ordre public invoquée s'est posée avec une acuité particulière en matière de droit de la consommation. Saisie de la question de savoir si le

¹⁶³² Les moyens de pur droit peuvent être définis comme ceux « qui n'exigent l'appréciation d'aucun fait non déduit devant le juge du fond. » S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 32^e éd. 2014, n°523, p. 423. Il faut distinguer ces moyens des moyens de mélanges de fait et de droit V. J. Normand, *Le juge et le litige*, Thèse, LGDJ, 1965, p. 212.

¹⁶³³ Cass. ass. plén. 21 déc. 2007, *JCP* 2008 II, 10006, note L. Weiller ; *D.* 2008, chron. p. 1102, obs. o. Deshayes.

¹⁶³⁴ Pour les auteurs qui considèrent que le juge a l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit même lorsqu'ils ne sont pas d'ordre public G. Bolard note sous Civ. 1^{ère} 22 avr. 1997, *JCP* 1997, II, 22944 ; H. Motulsky, *La cause de la demande*, *D.* 1964, Chron. 243, n°24 ; J. Vincent, *Mélanges P. Roubier*, 1961, n°62, p. 303 ; J. Normand, *J.-Cl. Pr. Civ. Fasc 152*, n°89 ; A. Dorsner-Dolivet et Th. Bonneau, *L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure civile*, *D.* 1986, chron. 65. Pour des auteurs qui pensent que le juge n'a pas l'obligation de relever les moyens de pur droit qui ne seraient pas d'ordre public : Croze et Morel obs. sous Civ. 2^e 4 nov. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, Somm. 464 ; R. Martin *D.* 1990, chron. 163, n°5 et *D.* 1996, chron. 20.

¹⁶³⁵ Ex. Art. 125 CPC.

¹⁶³⁶ N. Fricero, P. Julien, *Procédure civile*, 5^e éd. LGDJ, 2014, n°257, p. 122. V. aussi, L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis droit, 2^e éd. 2010, p. 774.

juge devait relever d'office le caractère abusif d'une clause, la Cour de cassation a rappelé plusieurs fois¹⁶³⁷ qu'il n'appartient pas au juge de relever d'office le caractère abusif de la clause lorsque la règle d'ordre public mobilisée a pour seule finalité la protection du cocontractant. L'on retrouvait ici la distinction traditionnelle entre nullité relative et absolue, le juge ne pouvant soulever d'office la nullité du contrat ou de la clause litigieuse que lorsque la nullité invoquée est absolue. Cette solution a été vivement critiquée par une partie de la doctrine qui soulignait à juste titre l'effet contreproductif d'une telle analyse¹⁶³⁸. Certains auteurs proposent ainsi de distinguer selon que le détenteur du droit de critique de la clause est le demandeur ou le défendeur. Tandis que le premier sollicite l'exécution du contrat assortie de dommages et intérêts, le second intente une action en exécution ou en résolution assortie de dommages et intérêts. Il faudrait alors considérer que le demandeur a renoncé dans le premier cas à se prévaloir de la nullité de l'acte de sorte qu'il n'appartient pas au juge de relever d'office le caractère abusif de la clause. Il conviendrait cependant, dans le second cas, que le juge vienne au secours du consommateur en relevant d'office le caractère non écrit de la clause litigieuse¹⁶³⁹. Cette solution n'a pas été retenue par la CJCE dans son arrêt *Océano Grupo* du 27 juin 2000¹⁶⁴⁰. La CJUE a considéré, à son tour, que le juge avait le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause même lorsqu'était mis en cause l'ordre public de protection du consommateur¹⁶⁴¹.

529. C'est pour remédier à cette opposition que la loi du 3 janvier 2008 est venue inscrire à l'article L. 141-4, devenu l'article R. 632-1¹⁶⁴² du Code de la consommation la faculté pour le juge de soulever d'office toutes les dispositions dudit Code dans les litiges nés de son

¹⁶³⁷ Civ. 1^{ère} 15 févr. 2000, Bull. I, n°4 ; Civ. 1^{ère} 10 juill. 2002, n° 00-22.199 (n° 1231 F-P) ; Cass. 1^{ère} civ. 4 déc. 2003, Bull. I, n°367.

¹⁶³⁸ F. Canut, Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection, *D.* 2007. 2257 : « Empêcher le juge de sanctionner d'office la violation de telles dispositions, par le professionnel, qui est aussi le « sachant », la partie forte au contrat, revient à nier la protection légale reconnue au consommateur. » ; O. Gout, note sous Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002, *D.* 2003. Jur. 549, spéc. n° 6 : « Traditionnellement les civilistes, au-delà de la tentation de rechercher les pouvoirs du juge en contemplant exclusivement le caractère de la nullité défendent l'idée que le juge doit relever de sa propre initiative une nullité absolue, celle-ci répondant à des intérêts que l'Etat a pour mission d'incarner. En revanche en cas de nullité relative, seuls les bénéficiaires de la règle protégée peuvent demander la nullité de l'acte, car ces derniers sont toujours susceptibles de renoncer à se prévaloir de l'irrégularité de l'acte. Mais à vrai dire cette présentation mérite d'être nuancée, en tout cas lorsqu'on est en présence d'une nullité protégeant un intérêt privé. »

¹⁶³⁹ Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, *D.* 2003. Jur. 549, spéc. n° 6, note O. Gout.

¹⁶⁴⁰ CJCE, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98 ; *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sanchez Alcon Prades et a.* note M. Carballo Fidalgo, G. Paisant, *JCP G*, n°15, 11 avr. 2001, II, 10513.

¹⁶⁴¹ G. Paisant, note sous CJCE 4 oct. 2007, *Rampion*, *JCP G* 2008. II. 10031.

¹⁶⁴² L'art. R. 632-1 du C. consom. A été créé par le décret du n°2016-884 du 29 juin 2016.

application¹⁶⁴³. Cet article a mis fin aux querelles relatives à la distinction entre ordre public de protection et de direction pour inclure dans une même catégorie, que l'on peut désigner comme l'ordre public consommériste, les dispositions du Code de la consommation. Les juges n'ont évidemment pas tardé à faire application de ce texte, nombre de consommateurs n'étant pas assistés d'un avocat ou étant défaillants à se présenter devant le juge¹⁶⁴⁴. Le droit de l'Union européenne a dans le même temps étendu l'office du juge en matière de droit de la consommation. Alors que l'arrêt *Rampion* ne reconnaissait qu'une faculté de relever d'office la violation des dispositions relatives à la transposition de la directive de 1986¹⁶⁴⁵ sur le crédit à la consommation, la CJCE¹⁶⁴⁶ a reconnu, deux années plus tard dans son arrêt *Pannon*, une obligation à la charge du juge « d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet », toujours, bien entendu, dans le respect du principe du contradictoire¹⁶⁴⁷. « L'office du juge national engendre donc une obligation de relever d'office lorsqu'il s'agit de normes issues d'une directive communautaire, alors qu'il crée une faculté si la norme est d'origine nationale¹⁶⁴⁸ ». L'arrêt rendu par la CJUE le 21 avril 2016¹⁶⁴⁹ a réaffirmé cette obligation faite aux juges nationaux en indiquant que le juge national est tenu d'examiner d'office le respect par les professionnels des règles du droit de l'union en matière de protection des consommateurs. L'alinéa 2 de l'article R. 632-1 du Code de la consommation a consacré cette obligation en disposant que le juge « écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ». Le juge aura ainsi l'obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause lorsque celle-ci figure sur la liste noire de l'article R. 212-1 du Code de la consommation. Il en sera de même lorsqu'elle figure sur la liste grise de l'article R. 212-2, en l'absence de preuve contraire de la

¹⁶⁴³ H. Croze et G. Poissonier, Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue, *D.* 2008, chron. p. 1285.

¹⁶⁴⁴ V. Avena-Robardet, Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé, *D.* 2009, p. 365.

¹⁶⁴⁵ Directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

¹⁶⁴⁶ CJCE 4 juin 2009, n° C-243/08, *Pannon GSM*, *D.* 2009. Jur. 2312, note G. Poissonier. Pour des applications récentes de l'arrêt *Pannon* en droit interne, Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698, F-P+B, note S. Bernheim-Desvaux CCC juill. 2016, comm. 176 ; Civ. 1^{ère} civ. 3 novembre 2016, n° 15-20.621 (n° 1227 F-P+B), *RTD Civ.* 2017 p. 129, obs. H. Barbier ; Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, FS-P+B+R+I, n° 16-13.050, Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, FS-P+B+I, n° 15-27.231, *AJCA*, 2017, p. 278, obs. B. Brignon.

¹⁶⁴⁷ CJUE, 21 févr. 2013, aff. C-472/11.

¹⁶⁴⁸ N. Fricero, Procédure civile, *D.* 2010, p. 169.

¹⁶⁴⁹ CJUE 21 avr. 2016 affaire C-377/14 Ernst Georg Radlinger et Helena Radlingerová/Finway a.s. ; Communiqué de presse du même jour de la CJUE n°43/16 ; H. Aubry, Obligation pour le juge national d'examiner d'office si les mentions du contrat de crédit sont conformes à la directive du 23 avril 2008 relative au crédit à la consommation, *D.* 2016. 1744.

part du professionnel, mais également lorsque le juge, après avoir relevé d'office la caractéristique abusive de la clause et avoir entendu les parties, décidera que cette dernière est contraire à l'article L. 212-1 du Code de la consommation¹⁶⁵⁰. Cette obligation permet d'assurer l'équilibre du contrat conformément à la volonté du législateur là où le déséquilibre devient le plus sensible, c'est-à-dire dans la phase de l'instance judiciaire.

530. Une fois la caractéristique abusive de la clause relevée d'office, le juge doit réputer la clause non écrite, mais il ne peut en aucun cas réviser son contenu. En effet, la CJUE a jugé que la directive 93/13 s'oppose à une réglementation d'un État membre qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive de réviser le contenu de la clause¹⁶⁵¹. Il s'agit là d'une application classique du réputé non écrit dont l'objectif est d'éradiquer une clause qui est censée n'avoir jamais existé. Il est donc impossible de modifier le contenu d'une clause qui n'existe pas. L'office du juge en matière de droit de la consommation nous semble témoigner d'une utilisation juste de l'ordre public économique en matière contractuelle. Il s'agit de revendiquer comme une priorité le souci de protection du consommateur et partant de l'économie reposant sur les contrats de consommation, en assurant le respect des dispositions que le législateur a voulu impératives. Cette solution présente l'avantage, à notre sens, de rompre avec le débat dépassé de la distinction entre ordre public de protection et de direction dont le corollaire est celui qui consiste à distinguer les nullités relatives des nullités absolues. Les déséquilibres contractuels souffrent aujourd'hui des obstacles que constituent ces distinctions théoriques et qui conduisent trop souvent à aller à l'encontre de l'esprit même des règles impératives voulues par le législateur. En dehors du droit de la consommation, le juge se limite à relever d'office la règle de droit applicable lorsque les parties n'en ont pas invoqué¹⁶⁵², et lorsque le moyen est d'ordre public¹⁶⁵³. Cette solution fait alors rejaillir la question de la distinction entre ordre public de protection et de direction et particulièrement si l'on songe aux articles 1170 et 1171 du Code civil.

¹⁶⁵⁰ G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017, n°658, p. 358 ; N. Sauphanor-Brouillaud, *La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016*, *RDC* 2016, n°3, p. 492 ; Pour une application récente, Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, no 15-20621, *Gaz. Pal.* 3 avr. 2017, n°14, p. 22 obs. S. Piédelièvre,

¹⁶⁵¹ CJUE 14 juin 2012, aff. n°C-618/10. Dans le même sens, CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Dirk Frederik : JurisData* n° 2013-012577.

¹⁶⁵² C'est le cas en matière de procédure orale et particulièrement en matière de référé.

¹⁶⁵³ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, éd. Thémis, 2^e éd. p. 774.

531. L'ordre public de direction entraîne l'obligation pour le juge de relever d'office le moyen de droit applicable, tandis que l'ordre public de protection ne lui offre qu'une faculté de le faire¹⁶⁵⁴. L'impact de cette distinction sur l'office est contreproductif et conduit à réduire la protection des contractants victimes de déséquilibres contractuels généralement mal informés des effets de la loi¹⁶⁵⁵. Certains auteurs ont ainsi proposé d'abandonner la distinction entre ordre public économique de protection et de direction¹⁶⁵⁶. Cette proposition est d'autant plus pertinente que certaines décisions récentes laissent entrevoir une nouvelle forme de contrôle de l'ordre public économique non plus par l'identification de sa composante protectrice ou directrice, mais par l'intensité de la disposition d'ordre public ou son caractère général. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi indiqué que « les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L. 441-6 du Code de commerce, qui répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours¹⁶⁵⁷ ». Ce caractère impérieux a ainsi permis de faire appliquer la loi nouvelle à laquelle n'était par principe pas soumis le contrat litigieux conclu avant son entrée en vigueur. L'intensité de la règle invoquée est présentée comme une raison suffisamment impérieuse pour justifier son application immédiate aux contrats en cours. Plus encore, la décision *Expedia*¹⁶⁵⁸ du 7 mai 2015 a adopté une méthode d'analyse innovante consistant à s'intéresser à la portée de la règle de droit. Le tribunal de commerce a ainsi précisé au sujet de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce que « cette protection ne doit pas être considérée comme s'attachant à des intérêts catégoriels, rien n'indiquant qu'elle se limite au secteur de la grande distribution ». La même solution a été réservée par la Cour d'appel de Paris¹⁶⁵⁹ à la pratique restrictive de concurrence visée par l'article L. 442-6, II, d) du Code de commerce consistant à faire bénéficier automatiquement une partie des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. La Cour d'appel considère en effet qu'il s'agit d'une « disposition [s]

¹⁶⁵⁴ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op. cit.* p. 775.

¹⁶⁵⁵ M. Hervieu, Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction, in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 328 : « indépendamment de son obsolescence, la distinction de l'ordre public économique selon son orientation, directrice ou protectrice, fragilise inutilement la défense des droits relevant de l'ordre public économique. Contestable, le rattachement de certaines règles à l'ordre public économique de protection érige, en outre, des barrières regrettables à l'action des autorités judiciaires et administratives ».

¹⁶⁵⁶ M. Hervieu, *art. préc.* p. 333.

¹⁶⁵⁷ Com. 3 mars 2009 n°07-16527, obs. L. Mordefroy, *Gaz. Pal.* 2009, n° 206, p. 11.

¹⁶⁵⁸ T. com. Paris, 7 mai 2015, Min. de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique c/ *Expedia Inc et a.* CCE n°7, juill. 2015, comm. 58, obs. G. Loiseau. Décision confirmée sur ce point par CA Paris Pôle 5 - Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784.

¹⁶⁵⁹ CA Paris Pôle 5 - Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784.

impérative [s] dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et s'avèrent donc indispensable pour l'organisation économique et sociale.¹⁶⁶⁰ »

532. Le mécanisme du réputé non écrit se présente donc comme un remède efficace en ce qu'il s'applique à des clauses sans distinguer la nature de l'ordre public atteint. Sa mise en œuvre serait d'autant plus efficace si l'office du juge s'émancipait également de cette distinction¹⁶⁶¹. Le remède consistant à réputer une clause non écrite suppose ensuite d'identifier le rôle des parties dans la mise en œuvre d'une telle action.

2. Le rôle des parties aux contrats et des tiers titulaires d'un intérêt à agir

533. L'efficacité du procédé du réputé non écrit repose sur l'admission la plus large des plaideurs à même d'agir sur ce fondement. Le réputé non écrit se présente, à la différence de l'action en nullité, comme une action ouverte, indifférente à la détermination des titulaires du droit d'agir sur ce fondement. La seule exigence d'un intérêt à agir doit donc être défendue (a) et l'action de groupe généralisée apparaît dans cette perspective comme un instrument judiciaire (b).

a. Une action soumise à la seule exigence d'un intérêt à agir

534. Poursuivant la démonstration d'un remède efficace et automatique, il apparaît que la seule exigence d'un intérêt à agir suffit à ouvrir l'action individuelle aux fins de constatation du caractère non écrit d'une clause¹⁶⁶². Cette proposition va incontestablement dans le sens de la recherche de cohérence et d'efficacité du remède en matière de déséquilibres contractuels. Alors que l'action en nullité relative du contrat suppose que l'on ait qualité à agir¹⁶⁶³ au sens

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ En ce sens, F. Canut, Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection, *D.* 2007, 2257.

¹⁶⁶² S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, Thèse, *Économica*, 2006, n°203, p. 107 : « s'agissant de l'action individuelle en constatation du réputé non écrit, seule l'exigence d'un intérêt direct et personnel au constat de cet état du droit devrait être requise, sans qu'il existe de restriction tirée de la finalité poursuivie par la règle de droit transgressée. »

¹⁶⁶³ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, éd. Thémis, 2^e éd. p. 353, n°84 : « La qualité peut se définir comme l'habilitation légale, le titre juridique conférant spécialement à telle personne ou à telle catégorie de personnes le droit de saisir le juge d'un certain type de prétention ou d'être entendu de lui dans la défense à un type de prétention déterminé. » ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*,

de l'article 31 du Code de procédure civile, le réputé non écrit ne limite par aucune règle les personnes susceptibles d'agir sur ce fondement. La qualité en matière de nullité se présente en effet comme une restriction du droit d'agir au bénéfice de la seule partie que la loi entend protéger¹⁶⁶⁴. La théorie moderne des nullités¹⁶⁶⁵ fait dépendre le pouvoir de solliciter la nullité de tout ou partie du contrat de la finalité de la règle de droit transgressée¹⁶⁶⁶. L'article 1179 du Code civil dispose en ce sens que « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. » L'article 1180 précise encore que la nullité absolue peut être sollicitée par toute personne ayant intérêt à agir ainsi que le ministère public, tandis que seule la partie que la loi entend protéger peut se prévaloir de la nullité relative. Bien que cette distinction fondée sur le critère téléologique de l'intérêt protégé ait été adoptée par la jurisprudence¹⁶⁶⁷, elle ne résout pas les difficultés attachées à l'identification des intérêts protégés par la loi. Plus encore, l'article 1179 alinéa 2 prend soin de préciser que la nullité est relative lorsque son objet est exclusivement celui de la protection d'un intérêt privé¹⁶⁶⁸. Cette formulation exclut donc en pratique une action en nullité relative sur le fondement d'une règle qui poursuivrait des objectifs multiples¹⁶⁶⁹. Elle laisse dans le même temps en suspens la question de l'opportunité d'une action en nullité absolue pour les cas où la règle de droit poursuivrait des objectifs concomitants de sauvegarde de l'intérêt particulier et général.

PUF, coll. Thémis, 1^{ère} éd. 2014, n°70, p. 141 ; C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, coll. Précis, 3^e éd. n°187, p. 151.

¹⁶⁶⁴ Art. 1181 alinéa 1 nouv. Code civil.

¹⁶⁶⁵ La théorie moderne des nullités se distingue de la théorie classique. Alors que cette dernière déterminait la nature de la nullité relative ou absolue par référence à la gravité du vice affectant le contrat, la seconde s'intéresse au contraire à la nature de l'intérêt protégé par la règle de droit transgressée. Le caractère « moderne » de cette nullité mérite d'être relativisé compte tenu des auteurs du XIX^e siècle qui envisageaient déjà ce type de distinction V. Toullier, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, vol. 7, Warée, 1824, n°553 s. ; Larombière, *Théorie et pratiques obligations ou Commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil Articles 1101 à 1386*, t. 5, art. 1271 à 1321, 2^e éd., Durant et Pedone-Lauriel, 1885, art. 1304, n°12, p. 288. Le Rapport au président de la République précise en ce sens que l'ordonnance du 10 février 2016 est venue consacrer « ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités (par opposition à la théorie dite classique) ». Sur le sujet V. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, Sirey, rééd. 2004, Dalloz, p. 146 ; F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse, Aix, 1902 ; G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, LGDJ, 1972.

¹⁶⁶⁶ R. Japiot, *op. cit.*

¹⁶⁶⁷ Pour des exemples de nullité relative en présence de dispositions relevant de l'ordre public de protection Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1995, n° 92-20.557, *RTD civ.* 1995. 881, obs. J. Mestre ; Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1997, n° 95-11.239, *D. Affaires* 1997. 387 ; Civ. 3^{ème}, 15 mai 1996, n° 94-14.987, *Bull. civ. III*, no 116 ; Com. 6 juill. 2011, n° 10-23.438, *D.* 2012. Pan. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

¹⁶⁶⁸ L'article 1179 al. 2 précise que la nullité est relative « lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

¹⁶⁶⁹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°473, p. 395 ; Dans le même sens, O. Deshayes ; Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 329.

535. Le remède du réputé non écrit envisagé comme un remède autonome permet alors à toute personne dotée d'un intérêt à agir de solliciter sa mise en œuvre¹⁶⁷⁰. Cet intérêt doit être légitime, né et actuel, direct et personnel¹⁶⁷¹. Il désigne l'avantage que l'action est susceptible de procurer au demandeur, et renvoie à l'idée selon laquelle l'intérêt du demandeur doit être juridiquement protégé par la loi. Cette condition de moralité de l'intérêt défendu a suscité des controverses¹⁶⁷² au point qu'aujourd'hui certains auteurs privilégient une définition plus legaliste¹⁶⁷³ de l'intérêt légitime afin d'éviter un glissement vers l'examen au fond des prétentions¹⁶⁷⁴. Cette condition suppose de rechercher si « la personne qui agit est bien destinataire de la norme, indépendamment de savoir si, sur le droit substantiel, elle a raison ou non d'agir¹⁶⁷⁵. »

536. Le caractère actuel de l'intérêt à agir suppose que l'intérêt existe lors de l'introduction de l'action en justice. Le caractère direct et personnel de l'intérêt est le plus sensible lorsqu'on songe à l'action aux fins de constatation du réputé non écrit. L'intérêt direct et personnel signifie que seul celui dont l'intérêt personnel a été lésé peut agir en justice. Cela signifie donc que les parties au contrat¹⁶⁷⁶ devraient être dotées de cet intérêt, y compris la partie à l'origine de la clause litigieuse¹⁶⁷⁷, ainsi que les ayants cause à titre particulier des cocontractants. En dehors de ce petit groupe, il est apparu pertinent de reconnaître des actions attitrées permettant de défendre les intérêts de groupes de cocontractants afin d'assurer

¹⁶⁷⁰ V. contr. S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°531, pp. 528-529 : « Lorsqu'un contrat contient une stipulation qui doit être considérée comme abusive à la lumière des dispositions du droit positif en la matière, la nullité de la clause est encourue. En ce cas, il faut admettre une nullité relative, en raison, ici encore, de ce qu'il s'agit de protectionisme contractuel, et par conséquent d'ordre public de protection. »

¹⁶⁷¹ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile- Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 32^e éd., 2014, n°131, p. 145 ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, Thémis droit, 2014, n°62, p. 131 ; N. Fricero et P. Julien, *Procédure civile*, LGDJ, 5^e éd., 76, p. 45 ; Y. Strickler, *Procédure civile*, 6^e éd., Larcier, coll. Paradigme, 2015, n°174, p. 106.

¹⁶⁷² Cette condition a permis longtemps de déclarer irrecevables les actions de victimes dont on estimait la demande d'indemnisation immorale. L'arrêt Dangereux Ch. mixte 27 février 1970 a mis un terme à cette situation.

¹⁶⁷³ S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, Thémis droit, 2014, n° 63, p. 133 : « L'intérêt légitime est donc un intérêt légal ».

¹⁶⁷⁴ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile- Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 32^e éd., 2014, n°136, p. 149.

¹⁶⁷⁵ S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, Thémis droit, 2014, n° 63, p. 133.

¹⁶⁷⁶ Les créanciers des cocontractants agiront pour leur part sur le fondement de l'action oblique.

¹⁶⁷⁷ S. Gaudemet, *op. cit.* n°213-214, pp. 112-113.

l'effectivité de la sanction du réputé non écrit¹⁶⁷⁸. Ces actions soulignent l'intérêt d'une action de groupe généralisée.

b. L'intérêt d'une action de groupe généralisée

537. Alors que l'action de groupe créée par la loi du 17 mars 2014 s'est limitée aux contrats de consommation (α), cette dernière a souligné, par contraste, l'absence de représentation collective en justice des professionnels victimes de déséquilibres contractuels (β).

α . L'action de groupe issue de la loi du 17 mars 2014

538. La loi *Royer*¹⁶⁷⁹ du 27 décembre 1973 a, la première, admis l'action collective en défense des intérêts des consommateurs avant d'être modifiée par la loi du 5 janvier 1988¹⁶⁸⁰ ouvrant droit aux associations agréées de solliciter des dommages et intérêts, puis celle du 18 janvier 1992¹⁶⁸¹ instaurant l'action de représentation conjointe¹⁶⁸². C'est néanmoins la loi *Hamon* du 17 mars 2014 qui a introduit pour la première fois l'action de groupe¹⁶⁸³ en matière de contrats de consommation¹⁶⁸⁴. Il s'agit de l'« action judiciaire, diligentée par un représentant d'un groupe, désigné par la loi, afin que ledit groupe, suite au dommage de masse, causé par les manquements d'un professionnel, puisse obtenir une réparation

¹⁶⁷⁸ M. Depincé et D. Mainguy, Actualité : l'introduction de l'action de groupe en droit français, *Jurisclasseur concurrence consommation*, fasc. 15, 2014, n°4.

¹⁶⁷⁹ Loi n° 1973-1193 du 27 décembre 1973, art. 46.

¹⁶⁸⁰ Loi n°1988-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs.

¹⁶⁸¹ Loi n°1992-60.

¹⁶⁸² Art. L. 422-1 anc. du C. Consom.

¹⁶⁸³ Il faut distinguer l'action de groupe de l'action collective. L'action collective « permet de faire respecter l'intérêt collectif des consommateurs, mais elle ne permet pas de grouper les intérêts individuels de plusieurs consommateurs » Calais-Auloy, Propositions pour un nouveau droit de la consommation. Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation, p. 131.

¹⁶⁸⁴ O. Akyurek, [dir.], Class actions : la France comble enfin son retard, loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *LPA* 25 mars 2014 ; S. Amrani Mekki, Action de groupe, mode d'emploi, *Procédures* 2014. Étude 16 ; M. Bacache, Introduction de l'action de groupe en droit français. À propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, *JCP* 31 mars 2014, n° 377, p. 595 ; M. Bacache, Action de groupe et responsabilité, *RTD civ.* 2014. 450 ; M. Behar-Touchais, L'action de groupe en droit de la concurrence [ou la patience de Pénélope], in L'action de groupe à la française, *Banque et Droit*, hors-série, nov. 2014. 34 ; M. Boccara, L'introduction de l'action de groupe dans le paysage procédural français, in L'action de groupe à la française, *Banque et Droit*, hors-série, nov. 2014, 6 ; A.-S. Choné-Grimaldi, L. Raschel, L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! *RCA* 2014, Étude n° 4 ; E. Claudel, Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier, *RTD com.* 2014. 339.

judiciaire, ayant autorité de la chose jugée¹⁶⁸⁵ ». L'article L. 423-1 du Code de la consommation limite toutefois son champ d'application au droit de la consommation et aux pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le cantonnement de l'action de groupe à ces seuls domaines ne satisfait pas le besoin d'effectivité du réputé non écrit en dehors de ce périmètre¹⁶⁸⁶. L'autorité de la concurrence a déploré que les petites et moyennes entreprises ne puissent pas bénéficier d'un tel droit de représentation collective, ces dernières ayant, comme les consommateurs, des difficultés à faire reconnaître le préjudice subi à l'occasion de pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence dont l'impact individuel est faible. La loi du 17 mars 2014 prévoyait toutefois sa propre évolution compte tenu de l'obligation de réévaluation du périmètre du dispositif¹⁶⁸⁷. À l'occasion de cette réévaluation, le Sénat a fait apparaître la nécessité de généraliser cette action à d'autres domaines, et notamment aux professionnels victimes de déséquilibres contractuels.

β. L'absence de représentation collective en justice des professionnels victimes de déséquilibres contractuels

539. Le Sénat a publié le 31 juillet 2015 une étude d'impact relativement au projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle dont un titre V est

¹⁶⁸⁵ S. Ben Hadj Yahia, Action de groupe, *Rep. pr. civ.*, 2015, n°15. V. aussi, S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne, Dalloz, Précis, 33^e éd. 2016, n° 404. V. aussi, <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj114-661-ei/pj114-661-ei.pdf> p. 142 : « L'action de groupe peut être définie comme une voie de droit permettant à une ou plusieurs personnes d'exercer une action en justice au bénéfice d'un groupe de personnes non identifiées, sans avoir reçu un mandat de leur part au préalable. »

¹⁶⁸⁶ Deux propositions de loi avaient été déposées en 2007 par Mme Terrade et en 2010 Par M. Morel pour l'instauration d'une action de groupe générale et non spécifique ; le rapport de l'IHEJ relatif à « la prudence et l'autorité - l'office du juge du XXI^e siècle » de mai 2013 formule la recommandation suivante : « Ouvrir le procès à des acteurs collectifs par la voie de l'action de groupe. », p. 178. Dans le cadre des discussions relatives au projet de loi relatif à la consommation, tant à l'Assemblée qu'au Sénat, de nombreux amendements tendaient à élargir le champ de cette action. Par ailleurs, la Commission européenne a publié le 11 juin 2013 une recommandation invitant les États membres à introduire des actions de groupe sans préciser que ces dernières devaient être spécifiques.

¹⁶⁸⁷ L'article 2 VI de la loi prévoit la remise d'un rapport d'évaluation dans les trente mois de sa publication, lequel devra notamment envisager les évolutions possibles du champ d'application de l'action groupe en examinant spécialement son extension aux domaines de la santé et de l'environnement : « Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement. » À noter également que la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, art. 43 ter, a étendu le domaine de l'action de groupe à la protection des données personnelle.

consacré à l'action de groupe¹⁶⁸⁸. Ce titre fait état de la nécessité de généraliser l'action de groupe¹⁶⁸⁹ notamment au regard des législations des autres États¹⁶⁹⁰ qui ont déjà recours à ce type d'action. L'effort de généralisation est ambitieux et témoigne de la vigilance du législateur à l'égard des risques d'une parcellisation des actions de groupe en fonction des branches du droit qu'elles toucheraient¹⁶⁹¹. Cette action de groupe généralisée pourrait ainsi consister à faire cesser certaines pratiques, là où, pour l'heure, cette action porte exclusivement sur la réparation du préjudice patrimonial¹⁶⁹².

540. L'introduction d'une action de groupe cadre, avec une ouverture par matière¹⁶⁹³, permettrait ainsi d'appliquer cette dernière aux contrats conclus entre professionnels. Cette action permettrait également de faire cesser l'introduction de clauses abusives dans les conditions générales de certains contrats du monde des affaires¹⁶⁹⁴ comme l'autorise déjà l'article L. L.621-7 du Code de la consommation¹⁶⁹⁵. Le système de l'*opt-out* est

¹⁶⁸⁸ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf>

¹⁶⁸⁹ *Ibid* « une tendance nette se dessine pour promouvoir l'action de groupe comme moyen d'amélioration de l'accès au droit et à la justice et il est donc nécessaire de prévoir un cadre, général et lisible, aux actions de groupe qui pourraient voir le jour ».

¹⁶⁹⁰ C'est le cas de l'Angleterre, du Pays de Galles, de la Suède, du Canada, du Québec, en Australie et bien entendu aux Etats-Unis. L'Allemagne dispose pour sa part d'une action dite « modèle » (*Musterverfahren*), entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2015. Cette action criconscrite au domaine financier ne peut être mise en œuvre qu'aux fins d'obtenir réparation du préjudice causé par la diffusion d'informations fausses ou la dissimulation d'informations pertinentes sur le marché. V. M. Tomasi, L'introduction en droit allemand d'une procédure modèle pour les investisseurs en produits financiers : un pas timide vers la « *securities class action* », *D.* 2006. 1594.

¹⁶⁹¹ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf> p. 153 : « En effet, une approche sectorisée présente le risque de voir se multiplier différentes actions de groupe selon les secteurs de l'économie (droit de la consommation, droit de l'environnement, droit des transports, droit de la santé, etc....) et de conduire à un éclatement des règles procédurales de nature à nuire à la lisibilité, la compréhension et à l'accessibilité du droit, et par conséquent à l'efficacité du dispositif. C'est pourquoi, l'objectif de ce projet est d'élaborer un dispositif global, susceptible ensuite d'être décliné par chacun des ministères concernés dans leurs secteurs spécifiques. »

¹⁶⁹² S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2^e éd. 2014, n°832, p. 792 : « La décision judiciaire doit permettre le passage d'une règle abstraite à une situation concrète. Avec l'action de groupe, le juge n'effectue plus ce passage. Il pose une solution qui n'est pas générale mais qui n'est également pas particulière. » La Commission dans sa recommandation du 11 juin 2013 recommande l'instauration d'une action en cessation dans le cadre de l'action de groupe.

¹⁶⁹³ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf> p. 156 : « Il est donc proposé une loi cadre, qui définit les contours souhaités pour ce type d'action en droit français mais laisse évidemment toute latitude au législateur pour décider des champs dans lesquels elle doit être ouverte et des adaptations nécessaires en considération des particularités de chacun de ces champs. »

¹⁶⁹⁴ J. Gesthin, M. Fontaine, (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996, n°77, pp.67-68.

¹⁶⁹⁵ Art. L. 621-7 C. consom. : « Les associations mentionnées à l'article L. 621-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiée relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées

formellement écarté au profit de celui de l'*opt-in*, lequel suppose une adhésion volontaire individuelle à l'action¹⁶⁹⁶. Dans cette perspective, le Sénat propose que le Ministère public puisse agir comme partie principale ou jointe lorsqu'une problématique d'ordre public est sous-jacente¹⁶⁹⁷. Cette précision est particulièrement importante si l'on songe aux articles 1170 et 1171 du Code civil. Ces dispositions porteuses de la marque de l'ordre public pourraient en pratique, être soutenues dans leur application par le recours à une action de groupe initiée par le ministère public¹⁶⁹⁸. Les contrats d'adhésion qui contiennent des clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ou qui créent au détriment d'une partie un déséquilibre significatif pourraient être purgés de ces clauses réputées non écrites par le biais de ces actions. Cette action n'est pas sans rappeler celle visée par l'article L. 442-6 III° du Code de commerce autorisant le ministre de l'Économie, le ministère public, et le président de l'autorité de la concurrence à agir en cessation des pratiques mentionnées au présent article et à solliciter notamment le constat des clauses illicites. Si l'ambition de ce texte est louable, les moyens qu'il déploie pour y parvenir paraissent encore insuffisants. L'action de groupe généralisée permettrait ainsi de dépasser les seules pratiques restrictives de concurrence et participerait à l'effectivité des dispositions de l'ordre public économique. Elle permettrait, par exemple, de permettre aux franchisés d'un même réseau ayant conclu avec leur franchiseur un contrat dont les conditions générales sont identiques d'agir sur ce fondement afin de solliciter la cessation de la pratique consistant à intégrer dans les contrats litigieux des clauses créant un déséquilibre significatif. L'action en cessation porterait ainsi,

à l'article 1er de la directive précitée. » La directive du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, remplacée par la directive 2009/22 CE du 23 avril 2009 a entendu doter les États membres d'une liste « d'entités qualifiées » pour exercer des actions en cessations d'agissements illicites. Le tribunal peut assortir l'injonction d'une astreinte art. L. 621-8 et ordonner la diffusion de sa décision « par tous moyens appropriés » aux frais de la partie qui succombe. Pour une illustration récente C. cass. 1^{ère} civ. 26 avril 2017, 15-18.970, Publié au bulletin. L'association Union fédérale des consommateurs-Que Choisir (l'UFC) avait assigné la société Air France pour voir déclarer abusives ou illicites plusieurs clauses figurant dans les conditions générales de transport de cette société, ordonner leur suppression, ainsi que la diffusion d'un communiqué judiciaire relatif au jugement à intervenir, et obtenir réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs.

¹⁶⁹⁶ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf> spéc. 159-160. Il faut préciser que le principe retenu est celui de la réparation individuelle et non collective, sauf pour certaines matières pour lesquelles le préjudice est objectivable ou lorsque l'action de groupe concerne un faible nombre de personnes spéc. p. 161.

¹⁶⁹⁷ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf> spéc. p. 158.

¹⁶⁹⁸ V. sur ce point la proposition de l'AFEC « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » du 16 avr. 2013, spéc. 22. Les auteurs proposent, pour ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales « de conférer à des tiers un droit d'agir lorsque la victime est susceptible de s'abstenir en raison du « facteur crainte ». Un mécanisme de recours collectif (via une association ou un syndicat professionnel) pourrait être utilisé dans le cas où les agissements mis en œuvre par un opérateur concernent une partie significative de ses partenaires, mais il présente sans doute des limites dans le cas des pratiques commerciales déloyales. »

comme en matière consumériste, sur tout contrat ou type de contrat actuellement proposé à une catégorie de cocontractants, comme à ceux « en cours d'exécution¹⁶⁹⁹ ».

541. L'un des enjeux d'une telle admission porte sur l'action en cessation des pratiques laquelle suppose, en pratique, que le juge statue sur le caractère illicite de la clause qui lui est soumise. C'est sur ce point d'achoppement que la jurisprudence a eu à préciser l'articulation de l'article L. 442-6 III° du Code de commerce avec l'information préalable des cocontractants. Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mai 2011¹⁷⁰⁰ que l'information des parties n'est requise que lorsque le ministre sollicite la nullité de tout ou partie du contrat, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation du préjudice causé par ces pratiques. Cela signifie que l'action en cessation, *a contrario*, n'est pas soumise à cette information préalable¹⁷⁰¹. Afin d'assurer la cohérence de l'action du ministre, la Cour de cassation est venue préciser le caractère prospectif de l'action en cessation des pratiques en indiquant que « la cour d'appel a fait une exacte application de [l'article L. 442-6] en déclarant la demande recevable en ce qu'elle visait la suppression pour l'avenir de telles clauses¹⁷⁰² ». Le procédé du réputé non écrit comme l'action de groupe permettrait d'éviter les effets pervers d'une telle solution. La cessation des pratiques, entendue ainsi est en effet artificielle. Comme le soulignaient justement les auteurs du pourvoi « ces demandes impliquent nécessairement une appréciation sur la licéité de la pratique mise en jeu dans les contrats conclus¹⁷⁰³ ». Solliciter la cessation, même pour l'avenir, de certaines pratiques suppose le même contrôle que celui auquel s'emploierait le juge saisi d'une demande de nullité par l'un des cocontractants¹⁷⁰⁴.

¹⁶⁹⁹ Art. L. 621-8 C. consom. La Cour de cassation considérait auparavant comme sans objet l'action en suppression des clauses abusives introduite par une association de consommateur pour des contrats en cours d'exécution ou qui n'étaient pas plus proposés aux consommateurs (Civ. 1^{ère} 1^{er} févr. 2005, Bull. civ. I, n°59, *D.* 2005, AJ 487, obs. Rondey.) Cette solution n'était pas conforme à la jurisprudence européenne selon laquelle la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 qui couvre les contrats déjà conclus par les consommateurs. La loi du 17 mars 2014 a donc modifié l'article L. 421-6 du C. Consum. Anc. Pour y intégrer les contrats en cours. V. Ravazi et Bouffier, *CCC* 2016, Étude 2, L'action en suppression de clauses illicites ou abusives au lendemain de la loi *Macron* : retour sur le délicat passage d'une action préventive à une action curative.

¹⁷⁰⁰ Cons. constit. 13 mai 2011, *Dalloz actualité*, 24 mai 2011. Obs. E. Chevrier.

¹⁷⁰¹ Com. 3 mars 2015, *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 3 avr. 2015, n°4, p. 1, obs. N. Leblond.

¹⁷⁰² Com. 3 mars 2015, *D.* 2015, p. 1021, obs. F. Buy.

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ M. Behar-Touchais, Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif, *RDC* 2015, n°3, p. 523 : « Ne devait-on pas dès lors déduire de la décision du Conseil que si le ministre ne peut demander la nullité, les restitutions et la réparation des préjudices sans informer les fournisseurs, il ne peut pas davantage demander la cessation de la pratique, dès lors que pour le Conseil, la demande de nullité, restitution ou réparation, n'est que l'exercice de ce pouvoir de demander la cessation de la pratique ? »

542. Cette solution semble en revanche se justifier au regard des conséquences du caractère rétroactif de la nullité du contrat. Le procédé du réputé non écrit, compte tenu de ses spécificités apparaît pouvoir surmonter cette difficulté afin de parvenir à une lecture réaliste de l'action en cessation des pratiques. Cette sanction opérant d'elle-même de manière automatique, en dehors de la volonté des parties, il conviendrait de reconnaître à toute personne dotée d'un intérêt à agir le pouvoir d'en solliciter le constat.

543. L'information préalable des fournisseurs en matière de pratiques restrictives constitue aujourd'hui un frein à la sanction effective de ces dernières. Ce frein est justifié si l'on songe aux effets incertains de la nullité dont on a démontré qu'ils pouvaient constituer un obstacle aux ardeurs des requérants. Mais c'est un frein réversible si l'on choisit, comme il a été proposé, de supprimer cette sanction au profit du réputé non écrit. L'action de groupe, à la différence de l'action autonome du ministre de l'Économie fondée sur l'article L. 442-6, III° du Code de commerce permet de solliciter une cessation préventive des pratiques illicites. Appliqué aux articles 1170 et 1171 du Code civil, le réputé non écrit permettrait, en matière d'action de groupe de faire cesser le recours aux clauses litigieuses de manière satisfaisante. Le caractère objectif de ces outils d'identification des déséquilibres contractuels répond à la nécessité pour le juge de l'action de groupe de disposer d'outils applicables à grande échelle¹⁷⁰⁵. Le déséquilibre significatif apparaît en cela propice à l'exercice d'une action de ce type. L'épreuve de la jurisprudence dont il fera l'objet dans les années à venir devrait lui offrir des contours plus précis et prévisibles à mesure que le juge s'en saisira.

544. La cessation des pratiques consistera à opérer une suppression préventive et non plus prospective des clauses en question, pour l'ensemble des contrats identiques concernés. L'action en cessation assure l'efficacité de la sanction, au-delà du simple contrat visé dans le cadre de l'assignation et contribue parfaitement à l'objectif de défense de l'ordre public économique. Cette action revêt également une rationalité économique forte puisqu'elle permet d'éviter le coût d'autant de procédures qu'il existe de contrats identiques entachés des mêmes causes d'illicéité¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁵ G. Chantepie, La lésion, Thèse, Paris 1, 2005, n°388, p. 284 : « La mise en place d'une action collective requiert l'objectivité du critères, susceptible d'être apprécié de la même manière dans chaque contrat. »

¹⁷⁰⁶ Y.-M. Serinet, art. préc. n°18, p. 95 ; C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, Droit du marché, PUF coll. Thémis, 2002, p. 981 ; E. Claudel, Les injonctions, in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, *LPA*, n°14, 20 janv. 2005, pp. 25-26.

545. Le réputé non écrit combiné à l'action de groupe généralisée telle qu'elle vient d'être décrite apparaissent ainsi comme des moyens pertinents d'éradication des clauses porteuses de déséquilibres contractuels par des outils objectifs, rationnels et prévisibles. Cette proposition est d'autant plus justifiée que l'article L. 621-2 du Code de la consommation relatif aux actions exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs, permet depuis la loi du 17 mars 2014 de demander à la juridiction civile ou à la juridiction répressive de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques en cours d'exécution conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs¹⁷⁰⁷. Dans ces conditions, le caractère dérogatoire du droit des pratiques restrictives de concurrence n'apparaît pas justifié, et motive, plus largement l'admission d'une action de groupe généralisée permettant de solliciter la cessation préventive des pratiques illicites et le constat du caractère non écrit des clauses abusives. Le caractère imprescriptible de ce remède renforce encore son efficacité.

B. L'imprescriptibilité du réputé non écrit

546. C'est précisément en matière de prescription que la distinction entre le réputé non écrit et la nullité partielle se fait la plus sensible. La jurisprudence retrouve ici la rigueur du vocabulaire lorsqu'il s'agit de déterminer le délai de prescription d'une clause affectée de nullité. Alors que la Cour de cassation affirme depuis longtemps le caractère imprescriptible de l'action tendant à voir constater le caractère non écrit d'une clause en matière de copropriété¹⁷⁰⁸, elle demeure rigoureuse quant à l'application des textes en dehors de ce domaine. L'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 23 janvier 2008¹⁷⁰⁹ soulevait la question du délai de prescription applicable à la clause d'un contrat de bail commercial violant les dispositions de l'article L. 145-10 du Code de commerce relatives au droit au renouvellement du bail commercial. La clause litigieuse exonérait le bailleur du paiement de l'indemnité d'éviction, alors que le preneur devait formuler sa demande de

¹⁷⁰⁷ L'art. L. 621-7 relatif aux actions en cessation d'agissements illicites dispose : « Les associations mentionnées à l'article L. 621-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiée relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée. »

¹⁷⁰⁸ Civ. 3^e 11 janv. 1983, Bull. civ. III, n°10, *D.* 1983, IR, 465, obs. C. Giverdon ; Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, Bull. civ. III, n°69, *JCP* 1988, II, 21028, note A. Blaisse ; Civ. 3^e, 9 mars 1988, Bull. civ. III, n°54, *D.* 1989, 143, note Ch. Atias. Plus récemment, Civ. 3^e 7 mai 2008, *D.* 2008, 1413 obs. Y. Rouquet.

¹⁷⁰⁹ Civ. 3^e, 23 janv. 2008, n° 06-19.129, Bull. civ. III, n° 11, *RTD civ.* 2008, p. 292, obs. B. Fages.

renouvellement du bail au moins six mois avant son échéance. Le preneur se prévalait de la nullité de la clause tandis que le bailleur arguait de la prescription de l'action, laquelle n'avait, selon lui, pas été introduite dans le délai de 2 ans prévu à l'article L. 145-60 du Code de commerce. La Cour d'appel avait audacieusement opté pour le caractère non écrit de la clause afin d'échapper au délai de prescription. La 3^e Chambre civile casse et annule l'arrêt rendu au motif « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait prononcer une autre sanction que celle de la nullité édictée par l'article L. 145-15 du Code de commerce, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». La Cour de cassation rappelait ici que les juges ne peuvent en présence d'une disposition légale sanctionnant une clause de nullité, lui substituer librement le procédé du réputé non écrit pour échapper à un délai de prescription spécial. Cet exemple témoigne de l'inefficacité de la nullité partielle appliquée aux clauses abusives et de la nécessité d'inscrire textuellement le remède du réputé non écrit pour assurer son application.

547. La loi *Pinel* est venue remédier à cette solution en inscrivant à l'article L. 145-15 du Code de commerce une nouvelle disposition sanctionnant cette fois par le procédé du réputé non écrit « les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54 »¹⁷¹⁰. La portée de ce texte est donc considérable. Le rapport établi par la Commission des affaires économiques sur le projet de loi *Pinel*¹⁷¹¹ précise à cet égard que l'ajout du procédé du réputé non écrit à l'article L. 145-15 précité répond bien à un souci de prescription puisque « La clause réputée non écrite est en effet considérée comme n'ayant pas d'existence et, de ce fait, aucune prescription ne court à son égard.¹⁷¹² » On remarquera ici la contradiction que peut révéler l'affirmation concomitante de l'inexistence de la clause réputée non écrite et de la faculté pour le juge d'en faire le constat. En effet, si la clause est inexistante, il ne devrait alors pas exister d'action judiciaire tendant à son constat¹⁷¹³. La question de sa compatibilité avec la prescription biennale instaurée par l'article L. 145-60 du même Code a été soulevée¹⁷¹⁴. La présence d'un délai de prescription spéciale ne devrait pas

¹⁷¹⁰ A. Confino, *Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel*, *AJDI* 2015. 407.

¹⁷¹¹ Rapp. n° 1739 fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale déposé le 29 janv. 2014 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1739.pdf>

¹⁷¹² Rapport préc. spéc. p. 53.

¹⁷¹³ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse, Economica, 2006, n°242 p. 129.

¹⁷¹⁴ J. Monéger, *Repère*, in *Loyers et copr.*, juin 2014 ; A. Posez, *De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite*, *D.* 2014. 2119.

constituer d'obstacle à l'application de l'article L. 145-15 compte tenu de la différence de nature des actions entreprises sur ce fondement.

548. Les actions touchées par la prescription extinctive de l'article 2219 et 2224 du Code civil visent, au sens de l'ancien article 2219 à « acquérir » ou à « se libérer ». « Par ce que le réputé non écrit est indépendant de tout exercice, qu'il n'a pas besoin d'être effectivement exercé pour exister et que tout doit être mis en œuvre pour que cet état du droit soit reconnu, il s'impose aux parties pour la durée qu'elles-mêmes ont assignée au contrat ¹⁷¹⁵ ». Cela reviendrait à dire, en quelque sorte, qu'il existerait ici un droit sans action ¹⁷¹⁶. Le constat du réputé non écrit n'entrerait pas dans le cadre de la prescription extinctive, le demandeur n'agissant pas en vue de la reconnaissance d'un droit subjectif, mais de manière préventive ou curative pour constater l'évidence. Cette solution explique ainsi que la confirmation soit exclue en matière de clause réputée non écrite ¹⁷¹⁷. Le droit de critique faisant défaut ici, il apparaît impossible de renoncer par avance à se prévaloir de ce droit. Bien que l'article 1182 du Code civil n'ait pas pris soin de préciser si le réputé non écrit peut être couvert par la confirmation, la cohérence de ce remède conduit à exclure cette faculté.

549. L'imprescriptibilité de l'action tendant à voir constater le caractère non écrit d'une clause contribue à l'effectivité du remède. Le réputé non écrit venant sanctionner des règles d'ordre public, il apparaîtrait incohérent que les clauses qui y contreviennent puissent échapper à la mise en œuvre de cette sanction par le seul effet de l'écoulement du temps. Appliquée au droit commun des contrats, cette solution augure un futur prometteur dès lors qu'il s'agira de reconnaître, notamment aux actions fondées sur les articles 1170 et 1171, un caractère imprescriptible ¹⁷¹⁸. Cet élément est d'autant plus précieux que le déséquilibre

¹⁷¹⁵ S. Gaudemet, *op. cit.* spéc. n° 243, p. 130.

¹⁷¹⁶ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 32^e éd. 2014, n°83, p. 110.

¹⁷¹⁷ S. Gaudemet, *op. cit.* n°277, p. 145 : « la sanction du réputé non écrit est exclusive de toute confirmation. On ne peut, en effet renoncer à exercer un droit que l'on n'a pas. » ; V. Cottureau, La clause réputée non écrite, *JCP* 1193, I, n°23.

¹⁷¹⁸ V. en ce sens, A. Hontebeyrie, 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, *D.* 2016, 2180 qui défend l'idée selon laquelle les articles 1171 du C. civ et L. 442-6, I, 2° C. com ne pourraient pas être invoqués concomitamment dans la mesure où le réputé non écrit prévu par le premier texte, et la nullité prévue par le second ne constitueraient pas des sanctions compatibles, le réputé non écrit étant, à la différence de la nullité, imprescriptible ; V. aussi, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°369, p. 332.

significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne prévoit pas pour l'heure la mise en œuvre du procédé tendant à voir constater le caractère non écrit d'une clause¹⁷¹⁹.

550. Le courant doctrinal favorable à la limitation de l'imprescriptibilité du non-écrit au droit de la copropriété¹⁷²⁰ a donc été dépassé par les défenseurs d'un remède envahissant. Les conséquences pratiques de l'imprescriptibilité de l'action fondée sur les articles 1170, 1171 du Code civil sont importantes.

C. Les conséquences du réputé non écrit

551. Les conséquences du réputé non écrit ne sont pas unanimement fixées par la jurisprudence comme par la doctrine. Il est néanmoins permis d'y voir les effets habituellement produits par l'inexistence (1). Le remède du réputé non-écrit soulève néanmoins un questionnement spécifique en matière de restitutions (2).

1. L'assimilation des effets du réputé non écrit à ceux de l'inexistence

552. Plusieurs auteurs¹⁷²¹ ont cherché à rattacher les effets du réputé non écrit à l'inexistence. L'inexistence n'est pas entendue ici dans son sens classique,¹⁷²² mais d'une « inexistence par détermination de la loi et non par la nature des choses¹⁷²³ ». La similarité des effets du réputé non écrit et de l'inexistence sur le contrat, a été soulignée comme un argument en faveur de cette analyse. La fiction sur laquelle repose la théorie de l'inexistence a été contestée, au motif que son application à la clause réputée non écrite aurait pour effet de nier l'existence de la clause et l'éventualité de son exécution¹⁷²⁴. L'association de l'inexistence à la clause réputée non écrite a été dénoncée à cet égard par certains auteurs soulignant les différences de mise en œuvre de ces deux notions. L'inexistence se

¹⁷¹⁹ Bien que nous y soyons ici favorables. Cf. *supra* n°483.

¹⁷²⁰ En ce sens, O. Gout, *op. cit.* n°126, p. 98.

¹⁷²¹ J. Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993, p. 59 ; Ch. Hannoun, Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, *Rev. sociétés* 1991. 45 ; O. Deshayes ; Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 342.

¹⁷²² J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2132, p. 832.

¹⁷²³ *Ibid.*

¹⁷²⁴ *Ibid.*

caractériserait ainsi par l'absence d'un élément essentiel du contrat¹⁷²⁵ là où le réputé non écrit découlerait d'un « postulat posé par le législateur, un choix délibéré de ce dernier¹⁷²⁶ ». L'inexistence n'a pas besoin en conséquence de faire l'objet d'une indication légale particulière puisqu'elle « découl [e] de la raison ».

553. L'inexistence dont serait affectée la clause réputée non écrite témoignerait ainsi d'« une nouvelle forme d'inexistence, à savoir l'inexistence par détermination de la loi, par opposition à l'inexistence en soi qui aurait seule été conceptualisée par la doctrine classique.¹⁷²⁷ » Plus précisément, une partie de la doctrine refuse de reconnaître dans le réputé le marqueur d'un choix législatif rationnel et réfléchi¹⁷²⁸ et souligne dans le même temps le caractère non exclusivement légal de ce remède. Ce faisant, certains de ces auteurs revendiquent un réputé non écrit judiciaire intégré dans sa nature comme dans sa mise en œuvre aux règles qui gouvernent la nullité. Ces critiques sont pertinentes particulièrement si l'on songe à l'origine exclusivement légale du réputé non écrit. Elles marquent néanmoins, pour certaines, une dénégation de ce que représente aujourd'hui ce remède, et du parcours accompli par le législateur au cours des dernières années en la matière. Le recours au procédé du réputé non écrit révèle, depuis plusieurs années maintenant, un choix rationnel motivé par les spécificités de cette notion consistant dans son automaticité et dans son caractère imprescriptible¹⁷²⁹.

554. L'automaticité du réputé non écrit constitue en effet l'un des atouts de ce remède¹⁷³⁰. Cela permet d'échapper aux querelles doctrinales attachées à la théorie de l'inexistence, mais n'éclaire pas les effets de la sanction sur le contrat. Il faut en effet préciser le sort des effets attachés à la clause réputée non écrite avant qu'ait été fait le constat de son éradication. Le réputé non écrit repose sur une fiction juridique qui veut que la clause bien qu'écrite n'ait en réalité jamais intégré le contrat, en étant expurgée automatiquement par le seul effet de la loi.

¹⁷²⁵ O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse, PUAM, 1999, n° 118, p. 93.

¹⁷²⁶ O. Gout, *op. cit.* n° 119, p. 94. V. aussi, V. dans le même sens, Cottureau, *La clause réputée non écrite*, *JCP* 1993, I, 3691, n°16 et Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, Thèse, Paris II, 1993, n°296.

¹⁷²⁷ O. Gout *op. cit.* spéc. n°119, p. 94. L'origine légale de l'inexistence n'est pas nouvelle. Certains défenseurs de l'inexistence avaient déjà envisagé des cas d'inexistence d'origine légale Cf. Ph. Bourgeon, *De la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, Thèse, Dijon, 1885.

¹⁷²⁸ O. Gout, *op. cit.* n°129, p. 99.

¹⁷²⁹ Rapp. Préc. n° 1739 fait au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale déposé le 29 janv. 2014 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1739.pdf>

¹⁷³⁰ L. Sautonie-Laguionie, *Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français*, *RDC* 2013, n°4 p. 1643, n°24.

Cette fiction peut être analysée comme la filiation directe de la fiction de l'inexistence sur laquelle repose la nullité du contrat et qui est consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁷³¹. L'inscription formelle du réputé non écrit dans le champ des nullités est donc bienvenue, l'autonomie du non-écrit sur ce point n'étant pas pertinente. Les effets du réputé non écrit et de la nullité sur le contrat étant semblables, il en résulte que seule une demande de restitution peut venir fonder la demande de celui qui se prévaut du caractère non écrit de la clause¹⁷³². Cette question soulève cependant certaines difficultés.

2. La question spécifique des restitutions

555. Cette demande de restitution peut apparaître problématique lorsque la clause litigieuse a fait l'objet d'une application longue. Sophie Gaudemet propose dans cette perspective de distinguer l'action aux fins de constatation du caractère non écrit de la clause, de l'action en restitution soumise à la prescription de droit commun¹⁷³³. La demande de restitution est rarement abordée de manière autonome dès lors que les questions de nullité et de restitutions sont le plus souvent abordées dans la même instance. Il arrive toutefois que ces deux questions se dissocient dans le temps faisant apparaître la question du délai de prescription applicable à la demande de restitution. Cette solution a été retenue en matière de copropriété, la Cour de cassation ayant précisé que celle-ci ne relevait pas de la prescription décennale de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965, mais de la prescription trentenaire de droit commun¹⁷³⁴. La première Chambre civile a rendu le 1^{er} juillet 2015¹⁷³⁵ un arrêt aux termes duquel elle rappelle que l'action aux fins de restitutions est soumise au délai de prescription de droit commun des actions personnelles et mobilières. La nullité ne constitue pas, en effet, la condition de l'action en restitution. Cela ce déduit de ce que la nullité du contrat n'entraîne pas nécessairement le droit de demander restitution. « C'est donc plus précisément, et plus directement, l'accomplissement d'une prestation en exécution d'un contrat entaché d'une cause de nullité puis annulé, qui fonde l'obligation de restituer.¹⁷³⁶ ». L'ordonnance du 10

¹⁷³¹ Art. 1178 alinéa 2 Code civil : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. »

¹⁷³² O. Gout, *op. cit.* n°123, p. 97.

¹⁷³³ S. Gaudemet, *op. cit.* n°246, p. 131. V. dans le même sens, J.-L. Aubert, Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? note sous Cour de cassation 1^{ère} Chambre civile, 24 sept. 2002, n° 00-21278 *Defrénois*, 2003, n°3, p. 185.

¹⁷³⁴ CA Paris, 24 nov. 1999, 23^e ch. sect. A, 24-11-1999, *AJDI* 2000, 148.

¹⁷³⁵ Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} juill. 2015, n° 14-20.369 (n° 764 FS-D), *AJDI* 2015. 709.

¹⁷³⁶ C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilités, Thèse, LGDJ, 1992, n° 657, pp. 380-381. L'auteur retient le fondement objectif, quasi-contractuel et légal de cette action en restitution. V. contr. en faveur

février semble s'être fait l'écho de cette appréhension autonome des restitutions en leur consacrant un corps de règles propres¹⁷³⁷. Rien n'est dit néanmoins sur le délai de prescription applicable à cette demande. Il semble en conséquence qu'il faille lui appliquer le délai de prescription de droit commun des actions mobilières personnelles et définir le point de départ à compter de l'exécution des clauses litigieuses¹⁷³⁸.

556. Ainsi défini, le réputé non écrit se présente comme le remède objectif de prédilection en matière de lutte contre les déséquilibres contractuels. Le régime de ce remède répond à la nécessité d'une sanction efficace et soucieuse de la préservation de l'ordre public économique. Sa généralisation à l'ensemble du droit des contrats devrait contribuer à sécuriser les relations d'affaires tout en rationalisant les actions judiciaires intentées par les parties. La généralisation de l'action de groupe et la faculté offerte aux parties de solliciter la cessation des pratiques illicites pour l'ensemble des contrats identiques apparaissent comme des garanties d'effectivité de l'ordre public économique et parachèvent la figure d'un contrat objectif entendu comme un instrument économique traversé par des contraintes régulatrices. L'ordonnance du 10 février 2016 a donc fait œuvre de renouvellement en matière de remèdes aux déséquilibres contractuels. La caducité du contrat n'échappe pas à ce constat et se présente à son tour comme un remède objectif au service de la cohérence contractuelle.

Section 2 : La caducité du contrat

557. La réforme du droit des contrats aura eu le mérite de préciser le contenu de notions en apparence connues, mais dont les usages jurisprudentiels avaient fini par épuiser le sens¹⁷³⁹. Présentée par l'ordonnance du 10 février 2016 comme un remède à un défaut de formation du

de l'application du régime de la répétition de l'indu, J.-L. Aubert, art. préc. V. encore A. Bénabent, *Autour de la méthode générale, ainsi que des nullités et autres sanctions*, *RDC* 2006, n°1, p. 33.

¹⁷³⁷ Art. 1352 à 1352-9 C. civ.

¹⁷³⁸ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse, *Économica*, 2006, n°246, p. 131. En revanche, l'auteur précise qu'en matière de nullité le droit à restitution ne prend naissance qu'avec le prononcé de la nullité qui constitue donc le point de départ du délai de prescription de l'action en restitution.

¹⁷³⁹ P. A. Foriers, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Thèse, Bruylant, 1998 ; F. Garron, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Thèse, PUAM, 2000 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, LGDJ, 2006 et l'article d'E. Putman au sujet de cette thèse *RTD civ.* 2009, 802 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004 ; V. Wester-Ouisse, *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, *JCP* 2001, I, 290 ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963.

contrat¹⁷⁴⁰ au même titre que la nullité¹⁷⁴¹, cette sanction atypique est traditionnellement associée au traitement des déséquilibres contractuels en cours d'exécution du contrat. Alors que le réputé non écrit consiste à purger le contrat de son illicéité, la caducité se fixe pour objectif de redonner au contrat sa cohérence. Cette cohérence peut être étudiée tant pour un contrat pris isolément (§1) qu'en matière d'ensembles contractuels (§2), la pertinence de ce remède manifestant des variations selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre de ces hypothèses.

§1. La caducité d'un contrat isolé dont un élément essentiel disparaît

558. L'article 1186 du Code civil dispose qu'« un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Présenté comme « l'un des textes les plus énigmatiques de la réforme¹⁷⁴² », l'article 1186 ouvre la voie d'un remède que tout désigne comme un rempart contre les déséquilibres contractuels. La caducité se présente donc d'emblée comme un remède objectif¹⁷⁴³ en ce qu'elle ne vient pas sanctionner un vice originel du contrat ou une inexécution¹⁷⁴⁴, mais « prend acte d'une situation étrangère à la volonté des parties¹⁷⁴⁵ ». Ce remède se présente comme un outil de restauration de l'équilibre contractuel

¹⁷⁴⁰ Plusieurs auteurs ont souligné le paradoxe qu'il y avait à inscrire la caducité dans ce chapitre, alors que la caducité ne désigne pas un vice de formation mais la disparition d'un élément essentiel au cours de l'exécution du contrat. V. notamment, G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°491, p. 411 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 347 ; Th. Douville, (sous la direction de), *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2016, p. 162 ; J.-B. Seube, *L'article 1186 du projet : la caducité*, *RDC* 2015, 769 ; F. Terré, (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, n°31, p. 237 ; M. Mekki, *Contrats et obligations - Réforme du droit des contrats : la caducité – Aperçu rapide*, *JCP N*, n° 2, 13 Janvier 2017, act. 126.

¹⁷⁴¹ Le Code Gandolfi semble assimiler la caducité à une forme de nullité Cf. Art. 142, 1° : « Si, indépendamment de la volonté des parties, un élément essentiel vient à manquer à la validité du contrat par la survenance d'un événement postérieur à sa formation, la nullité qui succède n'a pas d'effet rétroactif. » V. dans le même sens, J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 2066, p. 767.

¹⁷⁴² O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 347.

¹⁷⁴³ C. Pelletier, *op. cit.* n°312, p. 387 : « l'une des caractéristiques fondamentales commune à toutes les hypothèses relevant du régime de droit commun de la caducité est ce qu'il convient d'appeler objectivité. Celle-ci tient au double fait que l'événement qui génère la caducité est extérieur à l'acte juridique et ne peut en aucun cas découler du comportement fautif de l'une des parties. »

¹⁷⁴⁴ J.-B. Seube, *Caducité et ensembles contractuels indivisibles*, *Mélanges Foyer Economica*, 2008, p. 931 : « la caducité repose sur un fait non fautif, extérieur à la volonté des parties ; elle constate simplement l'inefficacité d'un acte juridique pour défaillance non fautive d'un élément essentiel. La caducité demeure donc étrangère à toute idée de sanction. »

¹⁷⁴⁵ J.-B. Seube, *L'article 1186 du projet : la caducité*, *RDC* 2015, 769.

au stade de l'exécution du contrat¹⁷⁴⁶. Alors que l'inscription formelle de la caducité dans le Code civil est présentée comme un facteur de « lisibilité¹⁷⁴⁷ » de notre droit, le législateur n'a pas entendu préciser le contenu de cette notion. L'expression « éléments essentiels » figure dans plusieurs dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁷⁴⁸ sans pour autant être précisée. Le renvoi au chapitre II relatif à la formation du contrat n'est pas davantage éclairant, ce dernier faisant état des éléments nécessaires à la validité du contrat¹⁷⁴⁹ et non à ceux qui lui sont « essentiels ». Ces éléments, un temps envisagés comme des éléments pouvant être extérieurs au contrat¹⁷⁵⁰ ont été limités par l'ordonnance du 10 février 2016 à ceux appartenant au contenu contractuel. L'on peut toutefois se risquer à revendiquer l'existence de tels éléments en dehors de ces seules conditions de formation du contrat. Une fois ces éléments identifiés de manière objective (I), il convient de préciser les effets produits par leur disparition au cours de l'exécution du contrat (II).

I. L'identification objective des éléments essentiels

559. Les trois conditions de validité du contrat inscrites par l'article 1128 du Code civil se présentent pour certaines comme des éléments essentiels du contrat dont la disparition au cours de l'exécution de celui-ci entraîne la caducité de la convention¹⁷⁵¹. Nulle place ici pour le consentement et pour la capacité pour lesquels la doctrine comme la jurisprudence se sont attachées à démontrer qu'il s'agissait de conditions dont l'existence devait être appréciée au moment de la formation du contrat, et dont la disparition au cours de l'exécution de celui-ci était indifférente¹⁷⁵². L'ordonnance du 10 février 2016 contraint en revanche à préciser les

¹⁷⁴⁶ V. Wester-Ouisse, art. préc. n°7.

¹⁷⁴⁷ Rapport au président de la République, *op. cit.*

¹⁷⁴⁸ Art. 1114, 1124 C. civ. L'expression « qualité essentielle » relève du même champ lexical et se retrouve aux articles 1132 à 1136 C. civ. De même que l'expression « obligation essentielle » art. 1170 C. civ.

¹⁷⁴⁹ Art. 1128 C. civ.

¹⁷⁵⁰ Art. 1131 alinéa 1 avant-projet *Catala* : « La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité. ». Art. 89 alinéa 1 et 2 Avant-projet *Terré* : « Le contrat valablement formé est caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsqu'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité fait défaut. » le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 retenait une proposition comparable art. 1186 alinéa 1.

¹⁷⁵¹ P. A. Foriers, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

¹⁷⁵² Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963, p. 158 ; C. Pelletier, *op. cit.* n°20, p. 40. V. pour une différence F. Garron, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Thèse, PUAM, 2000, pour lequel la disparition du consentement au cours de l'exécution du contrat justifie la caducité notamment en cas de défaillance de la condition suspensive et de défaut de levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat ou d'un pacte de préférence, spéc. pp. 65 à 99 ; O. Deshayes,

usages de ce remède à l'aune de la disparition des notions de cause et d'objet traditionnellement présentées comme des éléments essentiels entraînant la caducité du contrat¹⁷⁵³. Ces éléments essentiels renvoient naturellement au contenu du contrat¹⁷⁵⁴ et révèlent en conséquence les mêmes difficultés de définition que cette notion aussi large qu'insaisissable. Il est toutefois permis d'identifier des éléments essentiels dont la disparition viendrait à compromettre l'équilibre du contrat. Il s'agit de la contrepartie convenue qui se révèle illusoire ou dérisoire (A) et de la prestation qui viendrait à disparaître (B).

A. La caducité du contrat provoqué par le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie

560. L'assimilation de la contrepartie convenue à un élément essentiel au sens de l'article 1186 du Code civil peut paraître provocatrice. Cela suppose en effet de contrer les attaques formées à l'encontre de la caducité par suite de la disparition de la cause avant comme après la réforme (1), pour promouvoir une acception objective de la contrepartie convenue permettant de sanctionner la perte de rationalité de l'opération économique invoquée (2).

1. Les oppositions à la caducité du contrat par suite de la disparition de la cause avant et après la réforme

561. Terrain privilégié de la cause aujourd'hui disparue, la caducité entretient une relation étroite avec la préservation de l'équilibre du contrat au cours de son exécution¹⁷⁵⁵. L'enjeu

Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 351 : « On ne conçoit pas qu'il s'agisse du « consentement des parties » (art. 1128, 1^o) ou de « leur capacité de contracter » (art. 1128, 2^o), sauf exceptions très spéciales. Ce serait un non-sens, une négation même de la logique de l'engagement. » ; V. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n^o436, p. 391, qui retiennent une définition subjective des éléments essentielles qui désignent, selon eux « les éléments extérieurs que les parties ont rendu essentiels, mais qui ne sont pas en soi essentiels au contrat considéré ».

¹⁷⁵³ V. Wester-Ouisse, art. préc. n^o14-17.

¹⁷⁵⁴ J.-B. Seube, *Contrat-caducité du contrat*, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, fasc. 121-1, 2017, n^o19 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd. 2016, n^o 73, pp. 85-86 : « Les éléments essentiels peuvent être identifiés de façon objective selon chaque type de contrat : chose et prix dans la vente (art. 1583 C. civ.) ; concessions réciproques dans la transaction ; apports, *affectio societatis* et répartition des bénéfices ou des pertes dans le contrat de société ; etc. Sous cet angle objectif, tout dépend donc de la qualification contractuelle retenue : un même élément peut être essentiel dans un contrat et accessoire dans un autre. »

¹⁷⁵⁵ H. Capitant, *De la cause des obligations*, Thèse, Dalloz, 1924, n^o 147, p. 321. Capitant présente la cause comme une condition essentielle de l'exécution du contrat, mais ne retient pas dans l'hypothèse de sa disparition

consiste donc à questionner l'actualité de ce remède à l'heure de la cause transfigurée en contrepartie convenue¹⁷⁵⁶. Si l'article 1169 précise que l'existence de la contrepartie s'apprécie au jour de la formation du contrat, la jurisprudence¹⁷⁵⁷ et la doctrine¹⁷⁵⁸ ont eu recours, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil anc., à la caducité lorsque cette contrepartie venait à disparaître au cours de l'exécution du contrat. L'article 1169 du Code civil fait-il obstacle à la mise en œuvre de la caducité du contrat lorsque cette contrepartie, existant au jour de la formation du contrat, se révèle illusoire ou dérisoire au cours de son exécution ? Cet enjeu apparaît d'autant plus vif que le choix fait par le législateur de supprimer la cause nous oblige à réattribuer cette jurisprudence à un nouveau fondement juridique. L'article 1186 « présume¹⁷⁵⁹ » en réalité un fondement juridique dont tout porte à croire qu'il présenterait les traits de la contrepartie convenue¹⁷⁶⁰. Ce travail est sensible compte tenu des critiques formulées au sujet de ce courant jurisprudentiel, lesquelles avaient souligné l'inopportunité du fondement causal et plaidé en faveur de notions plus adaptées telles que la condition ou le terme tacite¹⁷⁶¹. La jurisprudence s'est au demeurant montrée rétive à admettre la caducité pour disparition de la cause en cours d'exécution dans certaines décisions¹⁷⁶². Cette critique est toujours de mise, au point que certains commentateurs voient

au cours de cette exécution le remède de la caducité. Capitant envisage plutôt la résolution du contrat pour inexécution.

¹⁷⁵⁶ M. Mekki, art. préc. ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016 p. 351 : « En somme, l'article 1186 n'est rien d'autre qu'un nouveau refuge qu'a trouvé la théorie de la cause pour s'exprimer, cette fois, au stade de l'exécution du contrat. »

¹⁷⁵⁷ Pour des arrêts anciens V. not. Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, n° 85-11396 : Bull. civ. I, n° 301, *RTD civ.* 1987, p. 750, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1995, n° 92-21193 : Bull. civ. I, n° 29. Plus récemment, Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2006, n° 04-13204 : Bull. civ. I, n° 393 ; *RDC* 2007, p. 253, obs. Y.-M. Laithier ; Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD civ.* 2009, 118, obs. B. Fages ; Com. 29 juin 2010, *PA* 2010, n° 256 p. 7, obs. A.-S. Choné ; Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015, n°14-20498, Inédit, *D.* 2015, 2361, note D. Mazeaud ; *RDC* 2016, n°1, p. 11 obs. Génicon. Pour des décisions rejetant cette solution V. notamment Com. 18 mars 2014, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n°3, p. 345, obs. Y.-M. Laithier.

¹⁷⁵⁸ F. Garron, *op. cit.* n°87 et s. ; C. Pelletier, *op. cit.* ; M.-C. Aubry, Retour sur la caducité en matière contractuelle, *RTD civ.* 2012, p. 635.

¹⁷⁵⁹ G. Wicker, La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? *D.* 2015, n°34, p. 1566.

¹⁷⁶⁰ S. Bros, Ch. Larroumet, Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n° 499, p. 495.

¹⁷⁶¹ Certains auteurs ont avancé la possibilité d'un recours à la notion de condition implicite, de terme implicite et encore de résolution pour inexécution. V. notamment, M. Latina, pour une délimitation du domaine de la cause subjectivée afin de laisser la condition agir lorsqu'il de motifs sur lesquels les parties n'ont aucune prise. Essai sur la condition en droit des contrats, Thèse, LGDJ, 2009, spéc. n° 267 à 293 pp. 193-212. V. R. Libchaber obs. préc. sous Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-17646 en matière de recours à la notion de terme tacite.

¹⁷⁶² Cass. 3^e civ., 8 mai 1974, n° 73-10.820, Bull. civ. III, n° 188, *D.* 1975, p. 305, note Ch. Larroumet ; Civ. 3^{ème} 16 nov. 1977, Bull. civ. III, n°391, p. 298 ; Civ. 1^{ère} 16 déc. 1986, Bull. civ., I, n°301, p. 287 ; Cass. com 30 juin 1987 bull. civ. IV, n°163, p. 122 ; Civ. 1^{ère} 6 déc. 1989, n°88-10.197 ; Civ. 3^{ème} 31 janv. 1990, n°88-16.104 ; Com. 11 janv. 2000, n°96-18.594 ; Civ. 1^{ère} 7 mars 2000, n° 97-18.095 ; Com. 24 sept. 2002, n° 00-16245, n°00-17503 et n°00-16-16408 ; Civ. 1^{ère} 3 déc. 2002, n°00-11264 ; Com. 28 mars 2006, n°04-14260 ; Com. 18 mars

dans l'ordonnance du 10 février 2016 la marque d'un abandon irréversible de la caducité du contrat par suite de la disparition de la cause-contrepartie¹⁷⁶³. Un argument doit être également souligné à l'encontre de l'admission de la caducité par suite de la disparition de la contrepartie convenue. Les projets de réforme doctrinaux ainsi que l'avant-projet de la Chancellerie envisageaient en effet deux types d'éléments essentiels. Ceux qui le sont intrinsèquement et auxquels il conviendrait de rattacher la contrepartie convenue et ceux qui le sont extrinsèquement¹⁷⁶⁴. Cette deuxième acception pouvait être lue comme l'affirmation d'une volonté d'ouvrir le champ d'application de cet article aux mobiles des parties qui n'avaient pas intégré le champ contractuel. La suppression de cette seconde possibilité pourrait donc être analysée comme un mouvement de repli en faveur d'une admission restrictive de ces mobiles sur le fondement de cet article. Deux réponses peuvent être faites à cette remarque. D'une part, le choix du législateur de supprimer la mention d'éléments extrinsèques nécessaires à l'efficacité du contrat ne témoigne pas nécessairement d'un aveu de renoncement à admettre ces derniers. L'on peut penser en effet que la notion d'éléments essentiels ne s'oppose pas à ce que ces derniers soient entendus comme des éléments à la fois intrinsèques et extrinsèques au contrat. L'on pourrait même dire que les précisions des avant projets de réforme sur ce point soulignent l'intérêt du législateur pour ce type d'éléments. Il faut préciser enfin que le rejet de la caducité par suite de la disparition de la contrepartie convenue revient à rallier une analyse volontariste qui n'est pas sans poser problème dans la mesure où les parties n'ont pas envisagé, dans la plupart des cas, l'événement dont elles se prévalent pour solliciter la caducité du contrat¹⁷⁶⁵.

562. La spécificité des décisions rendues en matière de disparition de la cause contrepartie, nous semblent néanmoins souligner l'intérêt particulier de la caducité en matière de sanction des déséquilibres contractuels. Cela revient à promouvoir une acception objective de la

2014, n° 12-29.453 : JurisData n° 2014-005362 ; *JCP G* 2014, 1116, note J. Ghestin ; *RDC* 2014, p. 345, obs. Y.-M. Laithier ; Pour une analyse plus poussée de ces décisions J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, n°972-975, pp. 629-633.

¹⁷⁶³ B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd. 2016, n°212 p. 192 : « Dans tous les cas, la notion d'éléments essentiels ne devra pas être confondue avec celle de cause, aujourd'hui abandonnée. Les arrêts ayant admis la caducité sur ce fondement ne pourront donc se répéter. »

¹⁷⁶⁴ Art. 1131 alinéa 1 avant-projet *Catala* : « La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité. ». Art. 89 alinéa 1 et 2 Avant-projet *Terré* : « Le contrat valablement formé est caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. Il en va de même lorsqu'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité fait défaut. » le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 retenait une proposition comparable art. 1186 alinéa 1.

¹⁷⁶⁵ Th. Génicon, Caducité pour disparition de la cause : requiem pour une immortelle, *RDC* 2016, n°1, p. 11.

contrepartie convenue permettant de sanctionner la perte de rationalité de l'opération économique invoquée.

2. La promotion d'une acception objective de la contrepartie convenue

563. Plusieurs décisions permettent d'illustrer l'intérêt du remède de caducité lorsqu'un contrat perd, au cours de son exécution, la rationalité de l'opération économique dont il est le support. L'arrêt rendu le 10 septembre 2015 par la première Chambre civile¹⁷⁶⁶ portait sur une convention passée entre l'actionnaire principal d'une société, son directeur général et son directeur financier. L'actionnaire s'était engagé auprès de ces deux derniers à leur céder gratuitement des actions pour les remercier de leur concours dans le redressement de la société. L'actionnaire majoritaire ayant cédé l'intégralité de ses parts à un groupe, ce dernier avait honoré à sa manière les engagements pris par le cédant. En effet, le groupe cessionnaire avait privilégié le directeur général lequel avait par courriel indiqué au groupe repreneur qu'il souhaitait que les actions cédées soient partagées à parts égales entre le directeur financier et lui-même. Suite à la démission du directeur financier, le directeur général avait néanmoins bénéficié d'un nouveau versement de 125 000 actions. L'ancien directeur financier averti de cette nouvelle cession avait alors assigné le directeur afin d'obtenir la condamnation de celui-ci à la cession à son profit de la moitié des 125 000 actions. La Cour de cassation à la suite de la Cour d'appel déboute le directeur financier de sa demande au motif que l'engagement à durée indéterminée du directeur général de partager ses actions avec le directeur financier était devenu caduc pour cause de disparition de sa cause suite à la démission du demandeur.

564. La cause de l'engagement du directeur général avait ainsi été identifiée comme la volonté de maintenir une bonne entente avec le directeur financier et de s'assurer par ce biais de son maintien dans le groupe. Cette « cause » se déduisait du courriel envoyé par le directeur général lors de la première cession d'actions à l'occasion de laquelle il avait indiqué que ce partage était « indispensable au bon redressement de la société ». La première remarque doit porter ici sur le caractère contractuel de l'engagement du directeur général, lequel avait manifesté sa volonté de partager à parts égales les actions cédées dans un seul courriel dont on ignorait s'il avait été suivi d'un courriel du directeur financier ayant valeur

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

d'acceptation¹⁷⁶⁷. L'intérêt de cette décision réside toutefois dans l'usage que font ici les juges de la cause pour sanctionner ce contrat de caducité. L'on parlera aujourd'hui de contrepartie convenue. Et cette contrepartie convenue remplit parfaitement ici son rôle de rationalisation de l'acte juridique. La question de l'étendue des mobiles pris en compte au titre de cette contrepartie se fait ressentir avec une acuité particulière. L'économie du contrat implique nous l'avons dit de prendre en compte l'utilité économique du contrat de manière objective. Bien que le directeur n'ait pas mentionné la présence du directeur financier au sein du groupe comme un élément décisif de son engagement, il ressort de l'économie du contrat lui-même que cette présence est indispensable à l'engagement du directeur financier de partager les actions cédées à parts égales, puisque ce partage est destiné à encourager le maintien du directeur financier à son poste.

565. C'est le même raisonnement que les magistrats avaient mis à l'œuvre dans la décision du 30 octobre 2008¹⁷⁶⁸ relativement à la reconnaissance de dette souscrite par un père de famille au titre de la pension alimentaire due par ce dernier, que celui-ci réglait par mensualité. Le père avait entre-temps eu la garde exclusive de l'enfant de telle sorte que la cause de l'engagement unilatéral du père avait disparu. Cette décision peut être rapprochée de celle précédente du 10 septembre 2015 en ce qu'elle témoigne de l'intérêt du recours à la notion de contrepartie convenue dans les contrats unilatéraux à titre gratuit. La caducité du contrat pour disparition de l'un de ses éléments essentiels concentrerait au regard des décisions évoquées ses applications sur les actes à titre gratuit¹⁷⁶⁹ entendus comme ceux par lesquels l'un des contractants procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange¹⁷⁷⁰. La disparition de la cause conduit toutefois à revoir cette affirmation. En effet, la suppression de l'objet et de la cause au titre des conditions de validité du contrat devrait conduire à inclure dans le champ d'application de l'article 1186 du Code civil les hypothèses dans lesquelles l'objet de la prestation disparaît en cours d'exécution. Cette solution ne nous semble pas présenter un risque pour la sécurité juridique dès lors que le juge ne se servira pas de l'article 1186 alinéa 1 pour sanctionner des déséquilibres que les parties n'auraient pas entendu prendre en compte. La sécurité des relations contractuelles imposera donc de limiter

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*

¹⁷⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD civ.* 2009, 118, obs. B. Fages.

¹⁷⁶⁹ R. Chaaban *op. cit.* n°116, p. 125 : « L'étude de la caducité pour disparition de la cause d'un contrat isolé intéresse exclusivement les actes à titre gratuit. »

¹⁷⁷⁰ Art. 1107 alinéa 2 C. civ. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 85, p. 75.

la mise en œuvre de la caducité dans les cas où le bouleversement occasionné à l'économie du contrat est radical et insurmontable¹⁷⁷¹. L'idée n'est pas d'éliminer par ce biais tous les risques économiques qui pourraient survenir à l'occasion du contrat, mais de sanctionner uniquement ceux qui mettent en péril de façon irréversible l'utilité du contrat pour les parties.

566. Outre la contrepartie convenue devenue illusoire ou dérisoire, la caducité est encore encourue lorsque la prestation disparaît en cours d'exécution du contrat.

B. La disparition de la prestation

567. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas inscrit l'objet au rang des conditions de validité, mais celui-ci demeure par l'intermédiaire du contenu certain¹⁷⁷² et plus particulièrement par celui de l'article 1163 lequel dispose que l'obligation a pour objet une prestation présente ou future, possible, et déterminée ou déterminable. La prestation se présente donc comme un élément essentiel entraînant la caducité du contrat lorsque celle-ci disparaît en cours d'exécution ou perd l'une de ses qualités¹⁷⁷³. C'est le cas lorsque la prestation devient indéterminable en cours d'exécution¹⁷⁷⁴. La prestation perd alors une de ses caractéristiques essentielles, empêchant le créancier d'exiger une prestation précise. La Cour de cassation a ainsi jugé¹⁷⁷⁵ que la disparition de l'objet d'une cession de créances entraîne la caducité de celle-ci.

568. Il s'agissait dans cet arrêt de la cession d'une créance qui avait été reconnue par une cour d'appel à la suite d'une action en contrefaçon. Le débiteur cédé ayant été placé en redressement judiciaire, le cessionnaire avait assigné le cédant solvable en paiement. Néanmoins, l'arrêt de la cour d'appel précité ayant été cassé, la Cour de cassation à la suite des juges du fond considérait que la cession était caduque par l'effet de la disparition de son

¹⁷⁷¹ P. A. Foriers *op. cit.*, La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, Bruylant, Bruxelles, 1998, n°110, p. 114 : « Il n'y a dès lors aucune raison que le juge intervienne lorsque se produit un événement qui était au nombre des risques que les parties devaient normalement et raisonnablement prendre en compte. »

¹⁷⁷² Art. 1128, 3° C. civ.

¹⁷⁷³ P. A. Foriers *op. cit.* n°17, 21 : « après la naissance de l'obligation, la disparition de son objet rend l'exécution de celle-ci impossible ou inconcevable, du moins en nature. Il n'y a donc d'autre issue que la dissolution du lien obligatoire dans la mesure de cette impossibilité. »

¹⁷⁷⁴ P. A. Foriers, *op. cit.* n°32, p. 36.

¹⁷⁷⁵ Com. 1er févr. 2011, n° 09-73.000, D. 2011. 509, obs. X. Delpech.

objet. Plus récemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue rappeler que la disparition de l'objet de l'obligation de l'une des parties au cours de l'exécution du contrat entraîne la caducité de celui-ci¹⁷⁷⁶. Cassant l'arrêt ayant constaté la caducité du contrat, la Chambre commerciale précise que « la caducité peut frapper un contrat régulièrement formé qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité ; que si cet élément peut être l'objet d'une des obligations contractuelles, la caducité suppose que cet objet ait disparu de manière à rendre définitivement et radicalement impossible l'exécution du contrat ». D'autres hypothèses devraient pouvoir justifier la caducité du contrat pour disparition de l'objet de l'obligation de l'une des parties.

569. C'est le cas par exemple du contrat d'approvisionnement de marchandises qui seraient écartées du commerce juridique par une décision administrative¹⁷⁷⁷. L'on songe encore à la disparition de l'objet d'une prestation future¹⁷⁷⁸. C'est le cas par exemple en matière de vente d'une chose future portant sur un corps certain. La disparition de ce corps conduit ici à la disparition de celle de l'objet de la prestation, le transfert de la propriété, entraînant par la même occasion la caducité du contrat. Ou encore la disparition du brevet lorsque celui-ci ne sera plus protégé¹⁷⁷⁹. Les contrats conclus *intuitu personae* seront eux aussi touchés par la caducité lorsque la personne du cocontractant en considération de laquelle le contrat a été conclu vient à disparaître¹⁷⁸⁰. La question se pose à juste titre du sort qu'il convient de réserver au contrat dont le prix ne pourrait plus être déterminé au cours de son exécution. Il s'agit là des arrêts rendus en matière de conventions de pompiste de marque, lorsque l'État cesse de publier l'arrêté permettant de fixer le prix applicable à cette convention¹⁷⁸¹. Cette jurisprudence doit aujourd'hui être lue à l'aune des nouvelles dispositions de l'article 1167 lequel dispose que la disparition de l'indice entraîne son remplacement par l'indice qui s'en rapproche le plus¹⁷⁸². Cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties seront bien inspirées d'en prévenir les effets par l'intégration d'une clause excluant la substitution de ce

¹⁷⁷⁶ Com. 8 Mars 2016, n° 14-18.609, Inédit, Numéro JurisData : 2016-004373.

¹⁷⁷⁷ J.-B. Seube, Contrat-caducité du contrat, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, fasc. 121-1, 2017, n°20.

¹⁷⁷⁸ F. Garron *op. cit.* n°96-98, pp. 118-121.

¹⁷⁷⁹ J.-B. Seube, art. préc.

¹⁷⁸⁰ Ici le contrat n'avait pas été considéré comme caduc mais résilié par l'effet de la clause de résiliation automatique Com. 3 mars 2004, n° 02-12.905 : *JurisData* n° 2004-022751 ; Bull. civ. IV, n° 42 ; *RTD. civ.* 2004, p. 525, obs. P.-Y. Gautier ; À rapprocher de Com. 10 sept. 2015 préc. où la qualité de directeur financier du cocontractant constituait un élément essentiel de l'engagement.

¹⁷⁸¹ Com. 27 avr. 1971, n° 69-10843 Publié au Bulletin ; Com. 5 nov. 1971, *D.* 1972, 353 note J. Ghestin ; Com. 30 juin 1980, n° 79-10.632 : Bull. civ. IV, n° 281 ; Com. 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n°371, *CCC* 1994, n°22, obs. L. Leveneur.

¹⁷⁸² J.-B. Seube, art. préc. n°21.

nouvel indice à l'indice disparu. Dans ce cas, le remède de caducité devrait naturellement trouver à s'appliquer.

570. Qu'il s'agisse de la disparition de la prestation ou de la contrepartie convenue, la disparition de ces éléments conduira à la caducité du contrat à la condition qu'elle ne résulte pas d'un comportement fautif d'une partie entendu comme la contribution du cocontractant défaillant à la survenance de la cause de disparition de l'élément essentiel, et que la disparition de l'objet présente un caractère définitif. Il convient de s'assurer en effet que la disparition de l'élément essentiel n'est pas consécutive à une faute de l'une des parties. Alors que certains auteurs ont assimilé l'absence de disparition fautive à la force majeure¹⁷⁸³, l'ordonnance nous oblige à distinguer les deux hypothèses. En effet, l'article 1218 alinéa 2 du Code civil réserve au cas de force majeure la résolution de plein droit du contrat¹⁷⁸⁴. La caducité du contrat ne peut donc s'appliquer au contrat dont un élément essentiel viendrait à disparaître par l'effet d'un cas de force majeure¹⁷⁸⁵.

571. L'impossibilité provisoire conduit en effet à la suspension du contrat, seule l'impossibilité définitive devant conduire à sa caducité¹⁷⁸⁶. C'est ce que souligne la décision de la Chambre commerciale rendue le 8 mars 2016. Une société A avait passé avec une société B une convention aux termes de laquelle la société B confiait à la première la mission de concevoir et développer un complément alimentaire, d'en assurer la protection juridique par le biais d'un brevet et l'enregistrement réglementaire dans tous les pays où il serait commercialisé ainsi que sa promotion scientifique et d'apporter toute aide nécessaire à sa commercialisation. La société B s'était engagée envers la société A à lui verser à titre de rémunération, un pourcentage de la marge nette réalisée sur la vente des produits

¹⁷⁸³ R. Chaaban, *op. cit.* n°52, p. 51. L'auteur assimile la disparition fortuite d'un élément essentiel du contrat à un cas de force majeure et propose d'appliquer dans cette hypothèse le remède de caducité et non la résolution judiciaire ; F. Garron *op. cit.* n°92, pp. 113-114 ; P.-A. Foriers, La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, Bruylant, 1998, n°30, p. 35 ; P.-H. Antomattei, Contribution à l'étude de la force majeure, Thèse, LGDJ, 1992, n°236, pp. 160-170 ; A. Cermolacce, Cause et exécution du contrat, thèse, PUAM, 2001, n°345, p. 204.

¹⁷⁸⁴ G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°624, p. 538 : « Il est clair que l'article 1218 du Code civil dispense du recours au juge, mais est-ce à dire que la résolution se produit indépendamment de la volonté des parties ? L'hésitation est permise car la signification de l'expression « de plein droit » n'est pas nette. »

¹⁷⁸⁵ Art. 1218 alinéa 1 C. civ. : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. »

¹⁷⁸⁶ R. Chaaban, *op. cit.* n°72, p. 71.

commercialisés. Suite à la cession par la société B de ses actifs, la Cour d'appel avait constaté la caducité du contrat passé entre les parties pour disparition de son objet. La Cour de cassation vient censurer la décision des juges d'appel au motif que la cession des actifs de la société B n'avait pas mis un terme à la commercialisation des produits susvisés de sorte que l'objet de l'obligation de la société B n'avait pas disparu. La neutralité de la caducité impose, en dehors de ces hypothèses de faire application de la résolution pour inexécution¹⁷⁸⁷.

572. L'étude des effets produits par la disparition d'un élément essentiel révèle à son tour l'adaptabilité de ce remède lorsqu'il s'agit de sanctionner des déséquilibres contractuels.

C. Les effets produits par la disparition d'un élément essentiel

573. La disparition d'un élément essentiel à l'efficacité du contrat conduit au constat de sa caducité. Les effets produits par ce remède présentent un attrait particulier pour les demandes compte tenu du caractère adaptable de l'effet rétroactif de la caducité (1) et de son caractère automatique (2).

1. La rétroactivité adaptable du remède de caducité

574. La caducité a souffert d'un déficit de popularité compte tenu des effets juridiques qui ont pu lui être rattachés. Présentée par certains auteurs comme une sanction opérant rétroactivement¹⁷⁸⁸ la caducité dissuadait les plaideurs soucieux de ne pas revenir sur les prestations passées d'agir sur son fondement¹⁷⁸⁹. Le caractère rétroactif du remède n'était toutefois ni inscrit dans la loi ni défendu par l'ensemble des auteurs¹⁷⁹⁰ de sorte que le flou semblait dominer la question des effets produits par ce remède¹⁷⁹¹. La caducité, selon

¹⁷⁸⁷ Pour une étude approfondie de la sanction, Th. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse, LGDJ, 2007.

¹⁷⁸⁸ R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, Etude de droit civil, LGDJ, 2006, n°428 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* : Dalloz, 9e éd. 2005, n° 82.

¹⁷⁸⁹ V. par exemple : Com. 12 juin 2001, *RTD civ.* 2002, p. 96, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁷⁹⁰ V. en faveur d'une caducité non rétroactive C. Pelltier, *op. cit.* spéc. n°307, p. 382, V. Wester-Ouisse, *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, *JCP* 2001, I, 290, n°19 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.* n°201 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, n°322, p. 330 ; S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°498, p. 494.

¹⁷⁹¹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 362 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°439, p. 395.

l'article 1187, « met fin au contrat entre les parties ». Deux questions se posent : L'effet produit par ce remède agit-il rétroactivement ? Nul doute que le contrat caduc est privé d'effets pour l'avenir, mais qu'en est-il des prestations passées ? Faute de précisions, certains commentateurs excluent l'effet rétroactif de cette sanction et plaident en faveur d'un effet exclusivement futur¹⁷⁹². Plusieurs éléments militent en faveur d'une telle interprétation. La caducité désignant la disparition dans un contrat valide, dont un élément essentiel disparaît au cours de son exécution, il n'apparaît pas justifié de sanctionner rétroactivement un contrat dont les conditions de formation n'ont pas fait défaut jusqu'à l'élément déclencheur de caducité. Ensuite, le caractère « neutre¹⁷⁹³ » de ce remède se concilie mal avec la rétroactivité punitive. Le caractère fonctionnel de la caducité conduit en effet à interroger le but poursuivi par l'admission d'un tel effet¹⁷⁹⁴. Certains auteurs ont néanmoins opposé à cette dernière réserve l'argument selon lequel la rétroactivité du remède se justifierait par la nécessité de rétablir le cocontractant victime de la disparition de l'élément essentiel dans ses droits¹⁷⁹⁵. Il faudrait ainsi, selon ces auteurs¹⁷⁹⁶, que la caducité puisse produire un effet rétroactif notamment lorsque le contrat est à exécution instantanée¹⁷⁹⁷. S'il est vrai que la plupart des décisions rendues en matière de caducité portent sur des contrats à exécution successive pour lesquels le principe de non-rétroactivité s'impose, la question se pose avec plus d'acuité lorsqu'il s'agit de préciser le sort d'un contrat à exécution instantanée.

575. Le sort des contrats à exécution instantanée frappés de caducité fait apparaître une situation singulière. Deux situations doivent être distinguées. Celle dans laquelle l'acte frappé de caducité, le plus souvent une vente, se trouve compris dans un ensemble contractuel indivisible, de celle où la caducité intervient pour un acte isolé. Dans le premier cas, la Cour de cassation a déjà admis que la résiliation du contrat de maintenance entraîne la caducité

¹⁷⁹² F. Garron *op. cit.* n°227, p. 276 : « Puisqu'il n'y a pas de texte établissant une fiction de rétroactivité, cette cause d'extinction ne peut avoir d'effet que pour l'avenir » ; G. Chantepie, M. Latina *op. cit.* n°498, p. 417. Dans le même sens, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°668, p. 368.

¹⁷⁹³ J.-B. Seube, art. préc. Caducité et ensemble contractuel indivisible, p. 933.

¹⁷⁹⁴ R. Jambu Merlin, *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, *RTD civ.* 1948, p. 271, n°18. En ce sens, X. Lagarde, *Contrats et obligations - Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats*, *JCP G* n°48, 2013, doct. 1255.

¹⁷⁹⁵ J.-B. Seube art. préc., p. 933. V. aussi, J. Deprez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, Thèse, Rennes, 1953, n°466 ; S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Thèse, PUAM, 2001, n°110.

¹⁷⁹⁶ J.-B. Seube art. préc. ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Thèse, LGDJ, 1963 ; S. Amrani-Mekki, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, *Rép. not.* 2002, 355.

¹⁷⁹⁷ X. Lagarde Art. préc.

rétroactive du contrat de vente¹⁷⁹⁸. Ici l'élément essentiel du contrat à exécution instantanée lui étant extérieur, la rétroactivité du remède peut trouver à s'appliquer dès lors que ce contrat a produit des effets, transfert de la chose, et paiement du prix, en raison de l'existence parallèle d'un contrat à exécution successive. En revanche, dans le second cas les termes du problème se posent différemment. En effet, la caducité se déduit ici de la disparition d'un élément essentiel interne, de sorte que la caducité vient se glisser entre la conclusion du contrat et son exécution¹⁷⁹⁹. La caducité produirait en ce cas un effet rétroactif sur un acte virtuel. C'est le cas des contrats à exécution instantanée dont l'exécution est différée dans le temps au moyen d'une condition suspensive¹⁸⁰⁰. Dans l'hypothèse de la défaillance de la condition suspensive de la vente par exemple, la vente est caduque de sorte que le contrat devrait disparaître rétroactivement. En réalité, la conclusion effective de ces contrats soulève des interrogations. Le contrat n'est pas vraiment conclu, sa conclusion étant soumise à la réalisation, par exemple de la survenance d'un événement futur et incertain¹⁸⁰¹. Il n'y a pas lieu dans cette hypothèse de parler de contrat¹⁸⁰², mais seulement d'une offre de contracter. Partant, la caducité ne saurait produire d'effet rétroactif, faute de contrat à faire disparaître¹⁸⁰³. Quant aux actes qui auraient été accomplis avant la défaillance de la condition, ces derniers n'existaient qu'en germe de sorte qu'ils ne sauraient être rétroactivement anéantis.

576. L'on peut envisager encore le cas d'un contrat dont l'exécution serait échelonnée dans le temps. Alors que l'acheteur paye le prix au moment de la conclusion du contrat, le transfert matériel de la propriété peut, lui, être différé dans le temps en raison de certaines contraintes de transport par exemple. Dans ce cas, la disparition du bien avant son transfert entraîne la caducité du contrat pour disparition de l'un de ses éléments essentiels. Il conviendrait alors, dans cette hypothèse de faire produire un effet rétroactif à la caducité¹⁸⁰⁴. De même, la

¹⁷⁹⁸ Com. 5 juin 2007, n° 04-20.380, à paraître au Bulletin, *D.* 2007.1723, obs. X. Delpech.

¹⁷⁹⁹ C. Pelletier, La caducité des actes juridiques en droit privé français, L'Harmattan, 2004, n°317, p. 392.

¹⁸⁰⁰ F. Garron *op. cit.* n°230-232, pp. 279-83.

¹⁸⁰¹ *Ibid.* « les droits des parties « ne sont pas exigibles et leurs obligations ne sont pas exécutoires ». Ils n'existent qu'en germe et leur efficacité dépend de la réalisation de la condition suspensive. »

¹⁸⁰² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°1306, p. 727.

¹⁸⁰³ M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV), *LPA* 2016, n°58, p. 6.

¹⁸⁰⁴ V. à propos des acomptes versés en exécution d'une vente devenue caduque qui devront donc être restitués Com. 20 oct. 1975, n° 74-12.238, Bull. civ. IV, n° 233. V. encore pour un protocole d'accord portant sur une cession d'actions qui devait s'effectuer en trois temps, après notamment la mainlevée de nantissements grevant les actions. Mais avant que la deuxième étape n'arrive, le cédant avait été mis en redressement judiciaire. La caducité de la vente avait été prononcée et le juge avait ordonné la restitution des acomptes versés. Com. 15 nov. 2005, pourvoi n° 04-16.416, arrêt n° 1436 F-P+B, Bull. civ. IV, n° 227, *RTD com.* 2006, p. 204, obs. A. Martin-Serf, *D.* 2005, AJ p. 3012, obs. A. Lienhard.

cession dont le paiement du prix s'effectuerait par fractions deviendrait caduque dans l'hypothèse où le cessionnaire ne réglerait pas le solde du prix et que cette défaillance ne lui serait bien évidemment pas imputable. Difficile dans ces circonstances d'affirmer de manière péremptoire que la caducité ne vaudrait que pour l'avenir. La solution semble en effet devoir être plus nuancée¹⁸⁰⁵. Il apparaît d'ores et déjà indéniable que la caducité d'un contrat à exécution instantanée compris dans un ensemble contractuel indivisible pourra produire des effets rétroactifs. Quant aux contrats à exécution instantanée insolés, l'hypothèse de leur caducité apparaît quasi nulle en pratique. Il faudrait dans une telle hypothèse ne pas écarter la faculté pour le juge de prononcer une caducité rétroactive compte tenu de la nécessité de restaurer l'équilibre entre les parties.

577. La difficulté de l'interprétation de l'article 1187 semble venir en réalité de la cohabitation de deux modes d'anéantissement opposés. L'un rétroactif et l'autre pour l'avenir. L'existence d'une caducité rétroactive serait sous-tendue par la référence à la faculté pour le juge de prononcer des restitutions. L'on retrouve ici, comme il a été vu pour la nullité¹⁸⁰⁶, l'idée selon laquelle les restitutions semblent toujours être abordées avec une sanction et non de manière autonome. Il est toutefois possible de dissocier la question de la restitution de celle de la rétroactivité. Certains auteurs proposent ainsi de limiter les effets de la caducité pour l'avenir et précisent que les restitutions constitueraient non pas le marqueur d'une caducité rétroactive, mais celui de la nécessité de « restaurer l'équilibre entre les patrimoines des contractants¹⁸⁰⁷ ». Il s'agit d'organiser par le biais des restitutions l'effectivité matérielle de la disparition de l'acte. Ainsi, appliqué à la caducité du contrat de financement par suite de la résolution de la vente du matériel informatique, le juge serait nécessairement appelé à ordonner la restitution du matériel informatique. Cette dissociation des restitutions de l'effet rétroactif du remède est séduisante, mais présente en pratique des limites. Si l'on prend en effet l'exemple du contrat de vente, reconnaître que celui-ci est caduc pour l'avenir, mais qu'il peut donner lieu à des restitutions conduirait à une impasse. Qu'en est-il en effet du titre de propriété si l'on restitue le bien sans constater la caducité du contrat *ab initio* ? Cet

¹⁸⁰⁵ C'est la solution retenue par l'avant-projet *Catala* art. 1131 alinéa 2, l'avant-projet *Terré* art. 89 alinéa 4, et le projet de réforme de la Chancellerie art. 101.

¹⁸⁰⁶ Cf. *supra* n° 528.

¹⁸⁰⁷ G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.* n° 499, p. 417. V. aussi, J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2072, p. 779.

obstacle pratique justifie le recours à un remède de caducité adaptable et pluriel¹⁸⁰⁸, lequel produirait un effet pour le futur par principe et pourrait, par exception, produire un effet rétroactif lorsque l'effectivité du remède l'impose¹⁸⁰⁹. Dotée d'une rétroactivité adaptable, la caducité présente l'avantage également d'être un remède automatique.

2. L'automatisme du remède de caducité

578. S'agissant du caractère automatique de la caducité, celui-ci consiste, à limiter l'office du juge au constat de ce remède¹⁸¹⁰. Comme en matière de clause réputée non écrite, la caducité produirait ses effets de manière automatique, de plein droit¹⁸¹¹, sans qu'il soit besoin qu'une décision de justice déclare le contrat caduc¹⁸¹². La décision rendue présenterait donc un caractère déclaratif et non constitutif¹⁸¹³. C'est en ce sens que s'inscrit l'ordonnance du 10 février 2016 laquelle ne subordonne pas la caducité à l'intervention du juge. Alors que l'article 1178 du Code civil pose le principe du prononcé judiciaire de la nullité du contrat, cette mention ne figure pas dans l'article 1186. Cela ne signifie pas comme pour la clause réputée non écrite, que le juge ne puisse pas être saisi par une partie aux fins de s'assurer que les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la caducité sont remplies¹⁸¹⁴. Ce recours se

¹⁸⁰⁸ C'est au demeurant ce que semble avoir voulu le législateur V. Rapport au président de la République *op. cit.* : « compte tenu de la variété des situations auxquelles s'applique la caducité, ils (les effets) peuvent varier en pratique selon la date à laquelle l'élément essentiel disparaît et selon le type de contrat. L'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat, mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : celle-ci n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce. »

¹⁸⁰⁹ P. A. Foriers *op. cit.* La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, Bruylant, Bruxelles, 1998, n°73, p. 69.

¹⁸¹⁰ V. Wester-Ouisse, La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, *JCP* 2001, I, 290, n°27.

¹⁸¹¹ P. A. Foriers, *op. cit.*, n°54, p. 53.

¹⁸¹² P. Hébraud, Observations sur la notion de temps dans le droit civil, in Études P. Kayser, PUF, Aix Marseille, 1979, tome 2, p. 1, n°27 ; Y. Buffelan-Lanore, *op. cit.* p. 158 et 159 ; C. Pelletier, *op. cit.* n° 258 et s. ; F. Garron, La caducité du contrat (étude de droit privé) *op. cit.* n° 153 et s. ; G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°498, p. 416 ; V. contr. J.-B. Seube, caducité et ensemble contractuel indivisible : timidité jurisprudentielle ou audace doctrinale art. préc. p. 934-935 ; Technique contractuelle, Étude par le groupe « Contrats » de l'école du droit de l'entreprise de Montpellier, *JCP E* n° 11, 11 mars 2004, 384, n°38 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 2071, p. 776 : « La caducité joue donc de plein droit sans que les parties ou le juge aient à en décider. » Pour une position contraire, R. Chaaban *op. cit.* n° 559, p. 470.

¹⁸¹³ Ce qui n'est pas le cas de la résolution pour inexécution laquelle, selon l'article 1228, peut être constatée ou prononcée par le juge.

¹⁸¹⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M Serinet, *op. cit.* n° 2071, p. 777 : « Dans bien des situations, l'un des contractants éprouvera le besoin d'en appeler au juge, soit par voie d'action soit par voie d'exception, afin de trancher une contestation portant sur les conditions d'application de la caducité. Pour autant, la nature de son intervention diffère de celle qui serait la sienne en matières de nullité puisqu'il n'est pas juge de l'opportunité et doit se borner à constater l'existence de la caducité. »

révèle même nécessaire lorsque les parties ont continué à exécuter un contrat dont la caducité est survenue plusieurs années auparavant¹⁸¹⁵, la confirmation étant formellement exclue en matière de caducité¹⁸¹⁶. Cela signifie en revanche que le juge n'a pas le pouvoir d'écarter la mise en œuvre de ce remède si les conditions sont remplies, et qu'il n'est pas nécessaire pour que la caducité produise ses effets, que le juge ait rendu un jugement constatant la caducité de la convention. Le rôle du juge se limite en effet à constater la caducité du contrat, laquelle se déploie automatiquement sans son concours¹⁸¹⁷. Contrairement à ce qui a pu être soutenu par certains auteurs¹⁸¹⁸, la caducité présente bien un caractère automatique et vient borner les fonctions du juge au constat d'une situation qui lui préexiste et à laquelle il ne lui appartient pas de donner force. Cette automaticité n'empêche pas les parties de recourir à une clause pour subordonner la caducité à son constat judiciaire, ou pour écarter purement et simplement ce remède au profit d'un autre¹⁸¹⁹. Toutefois, en l'absence d'une telle clause la disparition d'un élément essentiel du contrat conduit à sa caducité automatique.

579. L'automaticité de ce remède conduit en théorie à reconnaître à toute personne dotée d'un intérêt à agir, le pouvoir de saisir le juge aux fins de constatation de la caducité du contrat. Le Code civil est resté muet sur le point de savoir quels étaient les titulaires du droit à agir sur ce fondement. L'on peut toutefois user de l'interprétation *a contrario* pour considérer que l'article 1186 ne pose pas de restriction quant aux personnes disposant d'une qualité pour agir en constatation de la caducité. Alors que les articles 1180 et 1181 prennent la peine

¹⁸¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 1996, *LPA* 9 sept. 1996, p. 7, n° 14, note E. Scolastique.

¹⁸¹⁶ Toutefois l'exécution volontaire d'un contrat dont la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie ne se serait pas réalisée conduit les juges à écarter la caducité du contrat. Il ne s'agit pas dans ce cas d'un renoncement à la caducité mais au bénéfice de la condition suspensive. Cf. Art. 1304-4 C. civ. V. sur ce point V. Wittmann La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel, *D.* 2012, 301. Pour des exemples de décisions en ce sens V. notamment Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998, n° 96-13972, Bull. civ. I, n° 54 ; V. aussi 4 mai 1994, pourvoi n° 92-18.633 ; 21 mars 1995, pourvoi n° 93-12.375 ; Civ. 3^e, 13 oct. 1999, n° 97-21.682, JCP 2000. I. 237, obs. J. Rochfeld ; Cass. 3^e civ., 27 oct. 2016, n° 15-23.727, F-D, Y c/ X : JurisData n° 2016-022555, obs. L. Leveneur CCC n° 1, Janvier 2017, comm. 1.

¹⁸¹⁷ Civ. 3^{ème}, 22 nov. 2006, Bull. Civ. III, n°229, Numéro JurisData : 2006-036047 « la caducité du contrat qui s'était trouvée automatiquement acquise à la date du 28 octobre 2001 » ; Civ. 3^{ème} 25 janv. 2011, pourvoi n°09-17454, Inédit : « la cour d'appel, qui a constaté que l'acquéreur n'avait pas été en mesure de le faire au 31 mai 2008, date de report de la signature de l'acte authentique, a déduit à bon droit de ces seuls motifs que cette condition n'étant pas remplie, la promesse était devenue caduque » ; Civ. 1^{ère} 7 juin 2011, n°10-17772 Numéro JurisData : 2011-011184 : « qu'en statuant ainsi [...] sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'absence de prorogation ou de renonciation par les acquéreurs, dans les formes et délais contractuellement prévus, n'avait pas entraîné la caducité du compromis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁸¹⁸ J.-B. Seube, art. préc. p. 936 lequel voyait dans l'avant projet de réforme du droit des obligations (Art. 1172-3) la marque d'une caducité exclusivement judiciaire.

¹⁸¹⁹ C. Pelletier, *op. cit.* n°265.

d'identifier les individus susceptibles de solliciter la nullité relative et absolue du contrat, l'article 1186 par son silence laisse deviner l'absence de toute restriction sur ce point¹⁸²⁰.

580. La caducité d'un contrat pris isolément se présente comme un remède adapté à la gestion des déséquilibres contractuels. Il l'est de manière plus significative encore s'agissant des ensembles contractuels.

§2. La caducité du contrat appliquée aux ensembles contractuels

581. C'est au travers des ensembles contractuels que la caducité présente incontestablement le plus d'attraits. Alors que la jurisprudence¹⁸²¹ et la doctrine¹⁸²² se sont longtemps montrées partagées quant au sort qu'il convenait de réserver au contrat anéanti par « ricochet¹⁸²³ », la réforme du droit des contrats a entendu fixer définitivement le sort de ces contrats¹⁸²⁴. L'article 1186 alinéa 2 dispose que « lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. » Cet article

¹⁸²⁰ La jurisprudence n'est pas fixée sur ce point, de sorte qu'il a pu être jugé que le tiers à une promesse de vente n'a pas qualité pour invoquer la caducité de la promesse V. Civ. 3^{ème}, 12 févr. 2013, pourvois n°11-22453 et n° 11-23972.

¹⁸²¹ Le contrat était dans certains cas annulé (Com. 3 oct. 1977, Rép. Defrénois, 1978, p. 862), résilié (Cass. Civ. 1^{ère} 3 avr. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 96), ou anéanti (Civ. 3^{ème} 11 mars 1992, Bull. civ. III, n°79).

¹⁸²² Certains auteurs étaient favorables à une combinaison de sanctions des contrats anéantis par ricochet Cf. S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, Thèse, Paris II, 2001, proposait de distinguer selon que le contrat était affecté d'un vice de formation ou d'une inexécution. Dans le premier cas l'auteur proposait d'annuler les autres contrats de l'ensemble tandis que dans le second cas si l'inexécution est fautive les autres contrats étaient résolus ou caducs, et si l'inexécution est causée par un cas de force majeure les autres contrats de l'ensemble étaient caducs. J.-B. Seube *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Thèse, Litec, 1999, n°287. L'auteur propose pour sa part un parallélisme des formes lorsque les contrats de l'ensemble sont tous de même nature. Lorsque le contrat est nul les autres contrats de l'ensemble le sont par ricochet. Quand les contrats sont de nature différentes, la sanction doit être celle qui se serait appliquée pour le contrat pris isolément. L'auteur propose une seconde construction plus critique en faveur de la sanction unique de caducité mais souligne les inconvénients de ce remède. S. Pellé *La notion d'interdépendance contractuelle*, contribution à l'étude des ensembles de contrats : Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2007, n°487 distingue selon que la disparition du contrat est venue anéantir l'opération d'ensemble lors de sa formation ou de son exécution. Dans le premier cas les autres contrats sont nuls, dans le second ils sont résolus ou résiliés selon qu'ils sont à exécution successive ou instantanée. D'autres auteurs plaident au contraire en faveur d'une sanction unique matérialisée par la caducité Cf. J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, Thèse, PUAM, 2002, n°614.

¹⁸²³ J.-B. Seube, *Caducité et ensembles contractuels indivisibles*, Mélanges Foyer Economica, 2008, p. 928.

¹⁸²⁴ Ph. Reigné, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, In *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997, p. 151 s., spéc. n° 32 ; S. Pellé *op. cit.*, *La notion d'interdépendance contractuelle*, spéc. n° 408 ; J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Thèse, Litec, 2001, préc. n° 27, spéc. n° 363 s. ; M. Baccache, *Rép. civ. Dalloz*, V. Indivisibilité, n° 129.

envisage donc deux causes de caducité au sein des ensembles contractuels. La première est explicitement objective dès lors qu'il s'agit de la situation dans laquelle la poursuite de l'opération dont l'ensemble contractuel est le support est rendue impossible compte tenu de la disparition de l'un d'eux (A), tandis que la seconde se réfère en apparence à une cause de caducité subjective par la volonté des parties (B).

A. La caducité des ensembles contractuels indivisibles par la disparition d'un contrat

582. La caducité des contrats compris dans un ensemble contractuel indivisible constitue aujourd'hui le terrain d'application le plus fertile du remède de caducité. Les arrêts se multiplient¹⁸²⁵ et les situations juridiques appréhendées au travers de l'article 1186 alinéa 2 paraissent infinies. Cette caducité par contagion des contrats compris dans un ensemble contractuel indivisible suppose de mettre en évidence deux conditions : la disparition d'un contrat appartenant à l'ensemble contractuel (1), et l'impossibilité de poursuivre l'opération contractuelle (2).

1. La disparition d'un contrat appartenant à l'ensemble contractuel indivisible

583. Les ensembles contractuels indivisibles¹⁸²⁶ désignent les contrats qui participent à une même opération économique, mais dont les parties ne sont pas identiques¹⁸²⁷. Il s'agit de

¹⁸²⁵ CA Versailles, 2 mars 2017 14/06139 ; CA Bastia 22 févr. 2017 14/00878, ch. civile A ; CA Douai 16 févr. 2017 15/06647.

¹⁸²⁶ R. Boffa, Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel, *D.* 2006, p. 2656 ; D. Mazeaud, De l'influence de l'indivisibilité de contrats de distribution sur le régime de leur rupture, *D.* 2000, p. 362 ; J. Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994, 225 ; J.-M. Marmayou, Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats, *Rev. jur. Com.* 1999, 292 ; S. Amrani Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, *Rép. not.* 2002, 355 ; Seube, L'indivisibilité et les actes juridiques, *Litec* 1999 ; Bros, L'interdépendance contractuelle, Thèse, Paris, 2001 ; P. A. Foriers, Groupe de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations de droit positif, LGDJ, De Boeck et Larcier, coll. Contrats et Patrimoine, 2006 ; J.-B. Seube, Caducité et ensembles contractuels indivisibles, *Mélanges Foyer Economica*, 2008, p. 925 ; S. Bros, Les contrats interdépendants, actualité et perspectives, *D.* 2009, 960 ; Bros, Les contrats interdépendants, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats *D.* 2016, 7.

¹⁸²⁷ S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats : Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2007, n° 27 il s'agit des contrats qui « sont à la fois nécessaires et insuffisants à la réalisation de l'opération générale » ; O. Deshayes, T. Génicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : LexisNexis 2016, p. 355 : Il s'agit des contrats « qui concourent sans alternative à la même opération économique dans la mesure où ils poursuivent tous le même but et n'ont aucun sens indépendamment les uns des autres ».

plusieurs contrats qui comptent parmi eux un « cocontractant-pivot¹⁸²⁸ », faisant le lien entre les différents contrats de l'ensemble. L'exemple le plus topique est celui de la location financière à l'origine de la jurisprudence reconnaissant la caducité de ces ensembles de contrats. L'expression d'« opération » non juridique et générale pourrait englober une part très large des relations d'affaires, lesquelles sont pour leur grande majorité, constituées d'une imbrication de contrats dont une part finance la réalisation de l'autre. L'usage de cette notion sera freiné par le critère subjectif de la connaissance de ladite opération par le cocontractant contre lequel la caducité est invoquée. D'autres textes spéciaux¹⁸²⁹ ont opté pour le remède de caducité¹⁸³⁰ dans des cas d'indivisibilité légale. Cette caducité par contagion des contrats qui composent l'ensemble contractuel indivisible est tantôt présentée comme la conséquence d'une résolution¹⁸³¹, d'une annulation¹⁸³² ou plus largement de la disparition¹⁸³³ de l'un des contrats indispensables à la réussite de l'opération d'ensemble. L'expression de « disparition » utilisée par l'ordonnance du 10 février 2016 semble vouloir englober plusieurs situations. Le terme peut toutefois être interprété restrictivement si l'on considère que la disparition ne s'entend que de ce qui a effectivement existé et qui a cessé d'être par la suite. Dans cette acception, le contrat annulé ne pourrait pas entraîner la caducité des autres contrats de l'ensemble ce remède désignant le contrat « censé n'avoir jamais existé¹⁸³⁴ ». Cette conception restrictive de la disparition va néanmoins à l'encontre de la volonté du législateur dont l'ambition a consisté, semble-t-il, à défendre une application large de la caducité en matière d'ensembles contractuels. La disparition doit ainsi s'entendre de la résiliation, résolution, nullité, caducité du contrat, de la mise en œuvre d'un dédit, etc. Il convient de préciser que l'inexécution n'est pas suffisante à elle seule pour constituer la disparition visée par l'article 1186. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser à cet égard que la seule inexécution ne suffit pas. Il faut en effet que le contrat soit « formellement anéanti¹⁸³⁵ ».

¹⁸²⁸ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 354.

¹⁸²⁹ Article L. 311-32 alinéa 2 C. consom.

¹⁸³⁰ Récemment, article L. 341-1 alinéa 1 C. com.

¹⁸³¹ Art. L. 311-32 alinéa 2 C. consom. et L. 341-1 C. com.

¹⁸³² *Ibid.* L'avant-projet *Catala* disposait art. 1172-3 : « lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité ».

¹⁸³³ Art. 1186 C. civ. C'était l'expression déjà retenue par l'article 89 alinéa 1 de l'avant-projet *Terré*.

¹⁸³⁴ 1178 alinéa 2 C. civ.

¹⁸³⁵ J.-B. Seube, Contrat-caducité du contrat, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, fasc. 121-1, 2017, n°40. V. en ce sens, Com. 4 nov. 2014, n° 13-24.270 : *JurisData* n° 2014-026529 ; *D.* 2015, p. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2015, 54, obs. J.-J. Barbieri ; *RDC* 2015, p. 268, obs. J.-B. Seube ; Com. 9 déc. 2014, n° 13-22.677 et n° 13-24.807 : *JurisData* n° 2014-030511.

584. Le texte apprécie l'étendue de la disparition de l'acte dans son intégralité. Toutefois, l'hypothèse d'une disparition partielle peut se poser, notamment dans le cas où elle compromettrait le succès de l'opération économique d'ensemble. Cet aspect rejoint la question plus générale de l'étendue de la caducité¹⁸³⁶. La question mérite d'être posée si l'on songe notamment à la présence d'un contrat matériellement divisible et dont une partie seulement serait affectée par l'une des causes de disparition précitée. C'est le cas par exemple en matière de crédit-bail immobilier dans le cadre duquel le crédit bailleur achète plusieurs biens immobiliers. Si la vente de l'un de ces lots devait être déclarée nulle, la question de la caducité du contrat de bail passé avec le crédit preneur est nécessairement soulevée. La réponse doit tenir compte, comme en matière de nullité, de la divisibilité matérielle du contrat de vente afin de prononcer une caducité partielle réduite aux contrats portant sur les lots litigieux. La caducité partielle semble, au surplus, reconnue au travers de décisions qui maintiennent la partie de l'acte qui échappe aux effets de la caducité¹⁸³⁷. La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 24 octobre 2013, s'est prononcée sur cette délicate question relativement à l'ensemble contractuel suivant : une société B avait fabriqué un logiciel, distribué par une société S, installé par une société G et financé par un bailleur financier. La Cour d'appel retient la responsabilité solidaire des sociétés B, S, G au titre du défaut de livraison conforme du logiciel et prononce en conséquence la résolution partielle¹⁸³⁸ du contrat de vente pour le seul logiciel défaillant, passé entre le bailleur financier et la société G, le preneur financier s'étant subrogé dans les droits de son bailleur pour solliciter cette demande¹⁸³⁹. La Cour d'appel précise alors que « du fait de l'interdépendance et de l'indivisibilité des contrats de vente et de location, la conséquence de la résolution judiciaire du contrat de vente portant sur le logiciel SPOT et ses accessoires est la caducité partielle du contrat de location, qui devient de ce fait inutile et sans effet, à défaut de logiciel SPOT à financer, et non sa résiliation, aucune faute n'étant reprochée à la société de financement dans l'exécution du contrat de location ».

¹⁸³⁶ F. Garron *op. cit.*, n°233-236, pp. 283-290.

¹⁸³⁷ CA Douai, 2^{ème} Chambre, 1^{ère} section, 24 Octobre 2013, n° 11/07358.

¹⁸³⁸ Pour une étude approfondie de la résolution partielle et l'inadaptation de cette expression appliquée aux contrats complexe, C. Rigalle-Dumetz, La résolution partielle du contrat, Thèse, Dalloz, 2003, spéc. n°148, pp. 82-83.

¹⁸³⁹ L'article 6 du contrat de crédit bail stipulait que le bailleur donne au locataire mandat d'ester en justice pour obtenir si besoin la résolution du contrat de vente du matériel.

585. Cette caducité partielle n'est pas définie de manière subjective, mais se déduit d'une analyse objective du contrat consistant à isoler au sein de celui-ci la seule partie affectée par les effets de la résolution du contrat de vente. Ainsi, la caducité du contrat par suite de la disparition de l'objet de la prestation ou de l'une de ses qualités devrait entraîner, par principe, la caducité totale du contrat. La même solution doit être retenue lorsque la contrepartie convenue devient, en cours d'exécution, dérisoire ou illusoire. Néanmoins, il convient en présence d'un acte divisible de limiter l'étendue de la caducité au seul périmètre de l'acte affecté par cette disparition. Cette décision illustre l'adaptabilité de ce remède à l'image de la nullité et témoigne de la nécessité d'appréhender le contrat comme un objet économique dont il convient de préserver, dans la mesure du possible, les effets. La disparition d'un contrat appartenant à un ensemble contractuel ne suffit pas à entraîner la caducité des contrats compris dans cet ensemble. Il faut également que l'exécution des autres contrats soit rendue impossible.

2. La poursuite impossible des contrats collatéraux

586. Il faut, une fois le contrat disparu, que l'exécution des autres contrats de l'ensemble soit rendue impossible. Cette impossibilité est appréciée de manière libérale par les juges qui semblent déduire cette seconde condition de la première. Rares sont en effet les décisions faisant apparaître une exécution possible des contrats collatéraux par suite de la disparition de l'un d'eux. La question se pose néanmoins de la nature de l'impossibilité visée. S'agit-il d'une impossibilité objective ou subjective ? Si l'impossibilité est objective, il s'agit alors de caractériser une impossibilité matérielle insurmontable, tandis que si cette impossibilité est subjective il s'agira de se demander si le cocontractant contre lequel la caducité est invoquée est en mesure de surmonter la disparition du contrat¹⁸⁴⁰. La cohabitation dans l'alinéa 2 de l'article 1186 d'une indivisibilité objective et subjective tend à privilégier une impossibilité objective¹⁸⁴¹ pour les cas d'indivisibilité de même nature. Il faudrait ainsi que l'exécution des contrats collatéraux soit matériellement impossible pour tout un chacun, par suite, par

¹⁸⁴⁰ Art. préc. J.-B. Seube, *Contrat-caducité du contrat*, n°42 : « On pourra notamment se demander si l'impossibilité visée est une impossibilité objective (l'exécution est matériellement impossible) ou une impossibilité contingente (l'exécution est possible, mais dépourvue d'intérêt). »

¹⁸⁴¹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 356 ; Dans le même sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°438, p. 394 : « l'impossibilité d'exécuter l'un des contrats sans l'autre renvoyant *a priori* à des éléments matériels. »

exemple, de la perte matérielle de la chose objet du contrat. C'est le cas par exemple lorsque le contrat de vente disparu était assorti d'un contrat d'entretien portant sur le bien en question. Il faudrait encore déterminer si l'impossibilité s'entend d'une impossibilité matérielle ou juridique. Dans le cas où l'impossibilité est matérielle il s'agira de constater, par exemple, que la chose objet du contrat a été détruite, tandis que si l'impossibilité est juridique il s'agira de se demander si le cocontractant a juridiquement le pouvoir d'utiliser la chose objet du contrat. C'est le cas, par exemple, par suite d'une expropriation, de la réquisition du bien loué ou de la résolution du droit du bailleur lorsque l'objet commun des contrats de l'ensemble est un local commercial. Il semble, en vérité, que l'impossibilité soit invoquée dans des situations si variées qu'elle ne renvoie plus à une situation homogène. Deux types d'impossibilités doivent être admis en réalité. Le premier renvoie à l'impossibilité matérielle, tandis que le second renvoie à une impossibilité juridique. L'alinéa 1 de l'article 1186 devrait naturellement se concentrer sur les cas d'impossibilité matérielle tandis que l'alinéa 2 devrait, lui, porter plus particulièrement sur les cas d'impossibilité juridique.

587. Qu'il s'agisse de l'arrêt *Point club vidéo*¹⁸⁴², de l'inexécution pour cause de force majeure¹⁸⁴³ ou de l'exécution impossible dans les contrats unilatéraux¹⁸⁴⁴, l'impossibilité revêt des degrés d'intensité variables. Si l'on s'en tient à l'inexécution fortuite du contrat, l'impossibilité s'entend de l'empêchement d'exécuter le contrat. Cette impossibilité ne se confond pas avec l'exécution devenue « excessivement onéreuse »¹⁸⁴⁵ ou l'exécution difficile¹⁸⁴⁶. Cette exécution impossible nous apprend encore l'article 1128 ne doit pas pouvoir être évitée par des mesures appropriées. Ce dernier élément est décisif si l'on songe à l'article 1186 alinéa 2. L'impossibilité suppose-t-elle en effet que le demandeur ne puisse pas éviter les effets de la disparition du contrat initial par des mesures appropriées ? S'il est des cas pour lesquels l'impossibilité d'exécuter se comprend aisément, par exemple, lorsqu'à la suite de l'annulation d'un contrat de vente l'exécution du contrat d'entreprise qui portait sur l'objet de la vente est rendue impossible, il est des cas pour lesquels cette impossibilité apparaît plus contestable.

¹⁸⁴² Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n°94-14800, D. 1997. 500, obs. Ph. Reigné.

¹⁸⁴³ Art. 1218 alinéa 2 C. civ.

¹⁸⁴⁴ Art. 1351 et 1351-1 C. civ.

¹⁸⁴⁵ Art. 1195 alinéa 1 C. civ.

¹⁸⁴⁶ Com. 16 sept. 2014, n°13-20.306,

588. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 16 septembre 2014¹⁸⁴⁷ souligne l'intérêt de ce questionnement. Alors que la Chambre commerciale vient ici neutraliser la clause de divisibilité contenue dans une opération de location financière, le pourvoi fait apparaître la question de l'impossibilité relative rencontrée par le preneur financier de continuer à exécuter le contrat de maintenance passé avec une société d'animation publicitaire. Le matériel mis à disposition par le bailleur pouvait en effet tout aussi bien fonctionner avec un autre logiciel que celui fourni par la société d'animation publicitaire, de sorte que l'impossibilité objective aurait dû conduire ici à attendre du demandeur qu'il passe un contrat de location financière de même nature que l'ancien avec un nouveau bailleur financier. Il semble néanmoins que le juge limite l'appréciation de l'exécution impossible à la relation contractuelle existante sans attendre des parties qu'elles limitent les effets de cette impossibilité par la conclusion d'un nouveau contrat. Ce que recherchent en réalité les juges est moins la marque d'une impossibilité que la disparition de la contrepartie¹⁸⁴⁸. L'impossibilité se matérialise en effet par la disparition de la contrepartie convenue en cours d'exécution. Cette impossibilité n'est que relative puisqu'il s'agit d'acter la disparition d'un élément essentiel à l'ensemble contractuel visé sans questionner, au-delà, la faculté pour les parties de poursuivre l'exécution des contrats en souffrance par la conclusion d'un contrat de même nature que le contrat disparu.

589. L'article 1186 n'étant pas d'ordre public, les parties auraient intérêt à intégrer une clause les soumettant à une obligation de faire pour les cas où un contrat de l'ensemble viendrait à disparaître. Cette clause, sur le modèle de l'article 1195, pourrait consister à engager le « contractant-pivot » à négocier un contrat à des conditions semblables au contrat disparu afin d'assurer le maintien des contrats collatéraux. Le contrat serait maintenu le temps de cette recherche, avant d'être repris si le débiteur parvient à conclure un tel contrat, ou d'être déclaré caduc en cas d'échec.

590. Ces conditions d'application ainsi entendues sont donc en rupture avec l'indivisibilité objective posée par la Cour de cassation en matière d'ensembles contractuels incluant une opération de location financière. Les décisions rendues en la matière témoignent en effet

¹⁸⁴⁷ J-B. Seube obs. sous Com. 16 sept. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n°1, p. 58.

¹⁸⁴⁸ M. Mekki, art. préc. n°6, p. 12 : « Le contrat qui survit est moins impossible à exécuter que dépourvu d'une réelle contrepartie, contrepartie qui se trouve désincarnée car elle réside dans l'exécution d'un autre contrat de l'ensemble. »

d'une autonomie laissant supposer un traitement particulier de ces ensembles, indépendamment des conditions requises par l'article 1186 alinéa 2 du Code civil. La Chambre mixte de la Cour de cassation a choisi en effet de consacrer une indivisibilité objective d'ordre public¹⁸⁴⁹ aux termes de la formule suivante : « les contrats [...] qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants [...] sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.¹⁸⁵⁰ ». Cela laisse penser que les ensembles contractuels incluant une opération de location financière devraient échapper aux conditions d'application de l'article 1186 alinéa 2 et notamment à la condition subjective de connaissance par le cocontractant de l'opération d'ensemble. Certains auteurs¹⁸⁵¹ défendent au contraire l'idée d'un alignement nécessaire de cette jurisprudence sur les conditions de mise en œuvre de l'article 1186 alinéa 2 du Code civil. Le caractère supplétif dudit article se concilie mal avec l'indivisibilité d'ordre public de ces opérations particulières. Cette indivisibilité pourrait, dans cette perspective, prendre la forme d'une indivisibilité légale dont elle revêt les traits. La sécurité juridique que requièrent ces opérations serait ainsi assurée. Une telle solution pourrait toutefois être critiquée dans son principe. Le sort des ensembles contractuels indivisibles repose sur un arbitrage d'intérêts¹⁸⁵². Cet arbitrage consistait aux termes des arrêts de Chambre mixte de 2013, à favoriser par principe le cocontractant-pivot, preneur financier, et à sanctionner le bailleur. Le maintien de cette jurisprudence renforcerait donc encore les indivisibilités sectorielles. Il serait alors plus judicieux de renoncer à une analyse restrictive du critère de la connaissance, dont il a été vu qu'il était inadapté¹⁸⁵³, au profit d'une présomption simple, laquelle permettrait d'admettre un large champ d'application des opérations d'ensemble.

591. Une question demeure cependant : celle du devenir des clauses portant sur l'aménagement des ensembles contractuels dont le législateur n'a semble-t-il pas entendu régler les effets. Leur sort devrait être scellé par l'alinéa 2 de l'article 1186 du Code civil, réservé à la caducité des ensembles contractuels indivisibles par la volonté des parties.

¹⁸⁴⁹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 357.

¹⁸⁵⁰ Cass. ch. mixte 17 mai 2013, *RDC* 1^{er} oct. 2013, n°4, p. 1331, obs. Y.-M. Laithier.

¹⁸⁵¹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 357 : « les juges ne pourront se contenter de relever l'insertion d'une location financière pour conclure d'office à l'interdépendance, ils devront aussi vérifier la connaissance, par tous les protagonistes de l'ensemble contractuel formé. » ; Dans le même sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°438, p. 395.

¹⁸⁵² O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 358.

¹⁸⁵³ Cf. *supra* n° 139.

B. La caducité des ensembles contractuels indivisibles par la volonté des parties

592. L'article 1186 alinéa 2 envisage une seconde hypothèse de caducité des ensembles contractuels que l'on pourrait dire subjective en ce qu'elle repose sur la volonté des parties. Il s'agit en effet de la caducité consécutive à la disparition d'un contrat dont « l'exécution était déterminante du consentement d'une partie ». La formulation est là encore perfectible. La désignation « d'une partie » signifie formellement qu'il ne s'agit pas de rechercher le consentement des parties au contrat¹⁸⁵⁴. Le consentement d'une seule des parties suffit et ce quand bien même son cocontractant n'aurait pas consenti à cette indivisibilité subjective. Outre les cas d'indivisibilité légale¹⁸⁵⁵ pour lesquels le caractère déterminant du consentement est posé par la loi, deux hypothèses doivent être distinguées ici. La première désigne les cas pour lesquels la jurisprudence devra identifier cette indivisibilité (1) tandis que la seconde touche directement les clauses d'indivisibilité¹⁸⁵⁶ (2) que les parties auraient pris soin d'inscrire dans leur contrat.

1. L'indivisibilité implicite

593. L'indivisibilité subjective implicite renvoie aux hypothèses pour lesquelles le juge sera amené à rechercher l'existence d'une volonté non extériorisée d'indivisibilité. Cette recherche n'est pas aisée et consisterait à dégager des indices objectifs concordants en faveur d'une indivisibilité conventionnelle. Plusieurs indices pourront ainsi être mobilisés au titre desquels les circonstances de la signature du contrat ou l'étude du prix¹⁸⁵⁷. La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi retenu l'indivisibilité des contrats de prêt et de vente en constatant que ces derniers avaient été « passés le même jour devant le même notaire, étaient intimement liés [...] de sorte que les deux contrats répondaient à une cause unique¹⁸⁵⁸ ».

¹⁸⁵⁴ Pour une recherche de « la commune intention des parties » : Com. 15 juin 1999, n° 97-12.093.

¹⁸⁵⁵ En matière de crédit mobilier Art. L. 312-52 et L. 312-55 C. consom. ; En matière de crédit immobilier L. 313-36 C. consom.

¹⁸⁵⁶ J. Mestre, J.-Ch. Roda, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, 2011, n°457, p. 271 ; J. Cayron, Les clauses d'indivisibilité, *Lamy droit du contrat*, Étude 340.

¹⁸⁵⁷ J.-B. Seube, Contrat-caducité du contrat, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, fasc. 121-1, 2017, n°60 à 64.

¹⁸⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1er juill. 1997, n° 95-15.642 : *JurisData* n° 1997-003169 ; *D.* 1998, p. 32, obs. L. Aynès ; *D.* 1998, somm. p. 100, obs. D. Mazeaud. Dans le même sens pour des contrats conclus le même jour et pour une durée identique Com. 28 mai 1996, n° 94-11.766 ; CA Aix-en-Provence, 13 févr. 1998 : *JCP G* 1998, p. 2265, note C. Renault-Brahinsky ; *JCP E* 1999, p. 216, n° 10, obs. J.-B. Seube.

594. Plus récemment, la même Chambre a retenu en dehors du champ du droit de la consommation, l'indivisibilité du contrat de prêt et de vente en s'appuyant sur plusieurs indices. Les juges ont ainsi relevé que l'offre de crédit était affectée à l'acquisition du matériel, que le vendeur avait lui-même renseigné l'offre de crédit et que les fonds avaient ensuite été déposés entre les mains du vendeur¹⁸⁵⁹. Le prix est aussi invoqué comme une manifestation de l'indivisibilité subjective. La Chambre commerciale¹⁸⁶⁰ a ainsi caractérisé l'indivisibilité d'un contrat de location gérance et de la promesse synallagmatique de vente du fonds de commerce au motif que les bénéficiaires de la promesse, ont « proposé en paiement du prix que la somme de 50 000 francs soit compensée par le dépôt de garantie du même montant versé au titre du contrat de location-gérance » conclu le même jour. Dans le même sens, la première Chambre civile¹⁸⁶¹ a retenu l'indivisibilité d'un contrat de crédit-bail d'un matériel de télésurveillance et d'un contrat d'abonnement de télésurveillance en indiquant qu'un seul montant avait été stipulé dans le contrat d'abonnement couvrant à la fois le prix du loyer et le prix des prestations.

595. Ces éléments témoignent d'une construction artificielle de la volonté dès lors que les parties n'avaient pas exprimé ici le caractère déterminant d'une telle indivisibilité. Le fondement causal retenu dans l'arrêt de 1997 atteste d'ailleurs de la porosité des indivisibilités objectives par disparition d'un élément essentiel, et subjectives par l'effet de la volonté d'une partie. Les hypothèses embrassées par ces décisions révèlent à notre sens une indivisibilité objective telle qu'elle a été étudiée précédemment. L'indivisibilité subjective par la libre recherche de la volonté d'une partie crée, nous semble-t-il, une inégalité de traitement selon que les demandeurs se prévalent de cette indivisibilité ou de l'indivisibilité objective. Cette dernière indivisibilité pose en effet des critères plus restrictifs à la mise en œuvre de la caducité. Partant, l'indivisibilité subjective ouvrirait trop largement la porte à l'insécurité juridique en se limitant à la mise en évidence d'une intention au travers d'éléments tels que les circonstances de la conclusion du contrat. Les critères objectifs retenus par l'article 1186 alinéa 2 en matière d'indivisibilité objective présentent l'avantage, au contraire, d'encadrer la recherche de l'indivisibilité là où la découverte de l'indivisibilité subjective procède encore par tâtonnements. Il faut ajouter à cela que le caractère déterminant de l'exécution du contrat

¹⁸⁵⁹ Préc. Cass. 1^{ère} civ. 10 sept. 2015 n°14-13658.

¹⁸⁶⁰ Com. 15 juin 1999, n° 97-12.093.

¹⁸⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, n° 06-19.339, Publié au Bulletin, Numéro JurisData : 2008-043126 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 Mai 2008, n° 07-10.786 Numéro JurisData : 2008-044144.

disparu ne doit pas l'être dans l'esprit d'une seule partie. Quelle serait en effet la justification d'une indivisibilité subjective par l'effet d'une seule volonté ? Par quel phénomène la volonté d'un seul suffirait-elle à entraîner des effets aussi importants ? Soit l'indivisibilité est objective et elle repose alors sur des critères identifiés et connus, soit elle l'est subjectivement et elle doit dans ce cas l'être pour l'ensemble des parties au contrat. Dans cette perspective, il apparaît indispensable de recourir à l'indivisibilité subjective pour les seuls cas où les parties ont intégré dans le contrat une clause d'indivisibilité. Ainsi, en présence d'une telle clause les juges pourront constater la caducité des contrats collatéraux par suite de la disparition d'un contrat de l'ensemble.

596. Se pose alors la question de la validité d'une telle clause notamment au regard de l'article 1171 du Code civil. La clause de divisibilité intégrée dans un contrat d'adhésion pourrait-elle s'analyser comme une clause créant un déséquilibre significatif ? Difficile de donner une solution de principe, mais la seule clause d'indivisibilité ne devrait pas suffire à caractériser un tel déséquilibre dans la mesure où il ne s'agit pas de mettre à la charge d'une partie une obligation excessive ou dépourvue de toute contrepartie. Cette clause pourrait toutefois être détournée de son objectif pour rendre des ensembles contractuels artificiellement indivisibles, et ce afin de lier une partie sur plusieurs opérations pourtant autonomes dans leurs finalités. Cela pourrait ainsi consister à inscrire plusieurs contrats d'adhésion passés par les mêmes parties dans un faux ensemble indivisible afin de lier l'adhérent sur le terme du contrat le plus long. Cela pourrait encore avoir pour objectif de servir de moyen de pression lors du renouvellement d'un bail commercial. Par exemple, certains baux commerciaux portant sur plusieurs lots indispensables à l'exploitation d'un même fonds intègrent une clause d'indivisibilité permettant au bailleur de ne consentir le renouvellement que pour certains locaux, et de le refuser pour les autres¹⁸⁶². En dehors de ces hypothèses de détournement bien particulières, la clause d'indivisibilité présente plus d'avantages que d'inconvénients dans la mesure où elle assure à l'opération une cohérence juridique. La rédaction de l'article 1186 alinéa 2 semble au surplus témoigner de l'accueil favorable que réserve le législateur à ces clauses. La tendance devrait donc être à leur généralisation, ces dernières s'inscrivant comme un vecteur de sécurisation de la relation

¹⁸⁶² J. Lafond, *Bail commercial – Bail initial – Clauses permises et clauses nulles ou réputées non écrites*, fasc.1270 *JCP E* 15 avr. 2016, n°43.

contractuelle permettant de borner l'action du juge. Plus problématique est le sort de la clause de divisibilité.

2. L'indivisibilité subjective explicite

597. Quel sort le législateur entend-il réserver aux clauses de divisibilité insérées dans des ensembles contractuels ? Alors même que la question est brûlante, le législateur n'a étonnamment pas marqué l'article 1186 du sceau de l'ordre public. Ces clauses très fréquentes en pratique sont destinées à évincer les effets de la caducité lorsque l'un des contrats de l'ensemble disparaît. Ce sont ces clauses qui avaient été sanctionnées dans les nombreux arrêts rendus en matière de location financière, la Chambre commerciale les déclarant non écrites. La marque de l'ordre public est absente de l'article 1186 de sorte que rien ne sanctionne par principe cet aménagement contractuel. Cela signifie-t-il que de telles clauses échappent à tout droit de critique ? Une réponse négative s'impose. Plusieurs dispositions du Code apparaissent à cet égard comme des outils taillés sur mesure pour répondre aux difficultés que font surgir de telles clauses. Certains auteurs¹⁸⁶³ condamnent fermement ces clauses et prétendent qu'elles seraient, depuis la réforme du droit des contrats, privées de leur efficacité, tandis que d'autres soulignent, au contraire, la fin de la jurisprudence réputant ces clauses non écrites¹⁸⁶⁴.

598. Il est difficile de donner pour l'heure un avis tranché sur la question. Deux remarques peuvent toutefois être formulées dans la perspective d'une réponse. La première tient à l'ampleur du mouvement jurisprudentiel à l'origine de la sanction de ces clauses dans les opérations d'ensemble incluant une location financière laquelle pourrait constituer un frein à une remise en cause radicale de cette jurisprudence. La seconde remarque tient à

¹⁸⁶³ S. Bros, Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, *JCP G* 2016, 975 : « il ne devrait plus y avoir de discussion quant à la validité et à l'efficacité des clauses dites de divisibilité, prévoyant l'exécution d'un contrat malgré la disparition de l'autre. Soit les contrats sont interdépendants depuis la mise en place de l'opération jusqu'à son dénouement, soit ils ne le sont pas depuis le début. » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.* n°438, p. 395 qui considèrent que ces clauses pourraient être sanctionnées désormais sur le fondement des articles 1170 et 1171 du Code civil.

¹⁸⁶⁴ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, pp. 360-361 ; V. Plus modérés G. Chantepie, M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, Dalloz, p. 415 et 416 ; M. Mekki, Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut... *Gaz. Pal.* 7 févr. 2017, n°6, p. 12.

l'interdépendance « structurelle¹⁸⁶⁵ » des opérations de location financière. Cette opération ne peut exister que par l'exécution conjointe d'un contrat de vente et d'un contrat de longue durée. Il s'agit ici d'une interdépendance purement objective confinant à l'interdépendance légale pour laquelle les critères de l'article 1186 alinéa 2 du Code civil n'ont pas de sens¹⁸⁶⁶. La clause de divisibilité invoquée par l'établissement financier devrait donc être réputée non écrite compte tenu de la spécificité de cette opération. En dehors de ce rapport, il conviendra en revanche de faire application des critères de l'article 1186 alinéa 2. Les solutions des arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013 auraient donc intérêt à être maintenues s'agissant de la sanction de la clause de divisibilité¹⁸⁶⁷. En dehors de cette hypothèse particulière, les juges devront en revanche rechercher si la partie contre laquelle la caducité est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble, et si la disparition du contrat en cause rend bien impossible l'exécution des autres contrats de l'ensemble.

599. La caducité se présente donc comme un remède au déséquilibre contractuel tant pour les contrats isolés que pour ceux qui s'inscrivent dans un ensemble. Ce remède intervient non au stade de la formation, mais à celui de l'exécution afin de rétablir la cohérence économique de l'opération contractuelle. À cette fin, la caducité suppose d'identifier les éléments essentiels susceptibles de mettre en péril par leur disparition le bon équilibre du contrat. Si le législateur n'a pas entendu nommer ces éléments, nous proposons d'y inclure les notions de contrepartie convenue et d'objet de la prestation. Ces derniers doivent en effet exister et être suffisants non seulement au stade de la formation, mais encore à celui de l'exécution du contrat. Par suite, la contrepartie convenue qui deviendrait dérisoire ou illusoire, comme l'objet de la prestation qui viendrait à disparaître, doit nécessairement conduire à la caducité du contrat. Cette solution permet ainsi d'assurer la cohérence contractuelle tout en étant fidèle à l'esprit du texte. Si plusieurs auteurs voient dans l'article 1186 la marque d'un renoncement à la prise en considération de la contrepartie convenue en cours d'exécution, nous pensons au contraire que cette disposition consacre une solution inverse. Comment justifier que les ensembles contractuels soient caducs par disparition d'un contrat dont l'exécution constitue la contrepartie des autres, et affirmer dans le même temps que la disparition de cette contrepartie

¹⁸⁶⁵ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°514, p. 510.

¹⁸⁶⁶ Tout du moins pour l'établissement financier et le locataire.

¹⁸⁶⁷ En ce sens, C. Bros et Ch. Larroumet *op. cit.* n°515, p. 512 : « Il est certain que cette jurisprudence se maintiendra après la réforme de 2016 parce qu'elle est la seule conciliable avec la solution de l'article 1186 du Code civil ».

dans les contrats isolés devrait être indifférente ? L'article 1186 alinéa 1 du Code civil ne constitue pas selon nous une annonce de l'alinéa suivant dépourvue de portée normative, mais le support textuel de la prise en compte de l'équilibre contractuel au stade de l'exécution du contrat. Les effets de ce remède participent par ailleurs à son efficacité. La caducité présente une adaptabilité et une souplesse à même d'englober des situations juridiques variées. Les effets produits par l'application de ce remède doivent être guidés par la recherche de la restauration de l'équilibre. Si cette finalité suppose de revenir sur des effets passés du contrat, le juge ne doit pas exclure l'effet rétroactif du remède. Dans les autres cas, la caducité produira ses effets pour l'avenir uniquement.

CONCLUSION DU CHAPITRE

600. La disparition de tout ou partie du contrat déséquilibré s'incarne au travers de trois outils que sont la nullité, le réputé non écrit et la caducité. Ces outils interviennent au stade de la formation pour la nullité, et à celui de l'exécution du contrat pour la caducité. Le réputé non écrit, bien que présenté comme une manifestation de la nullité doit être entendu comme un remède objectif autonome réservé aux atteintes à l'ordre public économique. À cette fin, son usage doit être privilégié à celui de la nullité en matière de déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Cet outil efficace se présente comme un outil de premier ordre. Son développement atteste de l'inscription dans le champ de l'ordre public économique des règles qui intéressent l'équilibre contractuel. Plus prévisible dans ses effets comme dans ses conditions de mise en œuvre, le réputé non écrit se présente comme une sanction chirurgicale assurant le maintien du contrat purgé de ses illicéités. Les principales manifestations du déséquilibre contractuel se manifestent aujourd'hui dans les clauses du contrat, de sorte que les remèdes classiques de nullité ou de caducité ne permettent pas d'atteindre les déséquilibres ponctuels.

601. L'automaticité du remède et son imprescriptibilité témoignent de la nécessité de percevoir le déséquilibre comme la manifestation d'une atteinte objective à un contrat entendu comme le support juridique d'une opération économique et non comme la manifestation d'une volonté immanente. Il ne s'agit pas de transférer au juge les rênes du contrôle de l'équilibre contractuel, mais de donner aux parties le pouvoir d'aménager leur engagement dans un contexte légal produisant ses effets de lui-même. Les parties ne sont pas dessaisies du contrat, elles sont, au contraire, le relai du juge à l'intérieur du contrat, le législateur leur déléguant le soin de prendre acte des vices de la convention et d'en adapter si besoin le contenu. C'est une nouvelle ère contractuelle que vient consacrer l'ordonnance du 10 février 2016. Une ère marquée par la négociation, la justification, l'adaptation. L'heure est venue en effet d'inscrire formellement dans le contrat les éléments nécessaires à son efficacité. Ces éléments plaident en faveur d'un contrat collaboratif à même d'intégrer les changements économiques, politiques et sociaux qui marquent notre temps. Dans cette perspective, l'adaptation amiable du contrat déséquilibré incarne une nouvelle gestion du contrat, plus « managériale » et moins figée.

Chapitre 2 : L'adaptation amiable du contrat déséquilibré

602. L'un des marqueurs de la réforme du droit des contrats réside sans doute dans la place réservée à l'adaptation contractuelle par les parties. Si les commentateurs ont insisté à raison sur la place faite au juge dans l'ordonnance¹⁸⁶⁸, celle laissée aux parties ne doit pas manquer d'être soulignée. Cette place est d'autant plus importante qu'elle repose sur un nouveau modèle contractuel plus collaboratif et moins contentieux¹⁸⁶⁹. L'idée n'est pas propre au droit des contrats, de nombreuses branches du droit ayant intégré depuis plusieurs années ce changement de paradigme¹⁸⁷⁰. Cette adaptation est promue tant au stade de la formation à des fins préventives, qu'à celui de l'exécution à des fins curatives¹⁸⁷¹. Il s'agit d'instaurer de la transparence, du dialogue, et d'inciter les parties à prendre le relai du juge en intégrant au contrat une logique « comptable ¹⁸⁷² ». L'obligation de motivation du prix fixé unilatéralement¹⁸⁷³, l'obligation de renégociation du contrat en cas d'imprévision¹⁸⁷⁴ ou bien encore le constat amiable de la nullité¹⁸⁷⁵ attestent en effet d'un changement de logique législative. Le développement des prérogatives unilatérales et la délimitation du pouvoir d'intervention du juge « portent la marque d'une volonté de tenir le juge à distance de la matière contractuelle. ¹⁸⁷⁶ ». Plus largement, la nouvelle place donnée à l'unilatéralisme manifeste « une conception plus objective du contrat qui finit par voir le bien avant le lien. ¹⁸⁷⁷ » Si l'ambition est attractive, elle peut surprendre, particulièrement dans le monde des

¹⁸⁶⁸ Th. Bonzy, L'adaptation des contrats aux nouvelles exigences de la vie des affaires, *Cahiers de l'arbitrage*, 2017, n°4, p. 1067 ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, n°32.11 p. 196.

¹⁸⁶⁹ Sur l'office du juge, Rapport intitulé « La prudence et l'autorité - L'office du juge au XXI^e siècle » de la mission confiée par Mme la garde des Sceaux à l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) - avr. 2013.

¹⁸⁷⁰ L'exemple le plus significatif est celui de la procédure civile. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle promeut à ce titre les modes alternatifs de règlement des conflits. Une conciliation gratuite préalable sera systématiquement tentée pour les litiges de moins de 4 000 euros. Des expérimentations de médiation préalable obligatoire seront développées en matière familiale et devant le juge administratif. On peut ajouter à cet exemple celui du droit de la concurrence ou du droit des entreprises en difficulté cf. ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁸⁷¹ Pour un exemple de contrat adapté V. L. Grynbaum, Le contrat contingent l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, Thèse, LGDJ, 2004, n°101, p. 70 : « Le contrat contingent se définit comme un contrat inexécuté en raison de la survenance d'un déséquilibre qui, après avoir été révisé par le juge, devient un acte hybride, à la fois jugement et contrat, susceptible de connaître de nouvelles adaptations. »

¹⁸⁷² Le grand Robert de la langue française « comptable » sens 1 « qui a des comptes à rendre » ; CNRTL « comptable » sens I, A, « Qui doit des comptes ».

¹⁸⁷³ Art. 1164, alinéa 1, et 1165 C. civ.

¹⁸⁷⁴ Art. 1195 C. civ.

¹⁸⁷⁵ 1178 alinéa 1 C. civ.

¹⁸⁷⁶ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest *op. cit.* n°32.71, p. 204.

¹⁸⁷⁷ H. Lécuyer, La modification unilatérale du contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations sous direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, spéc. p. 55.

affaires où le rapport de force peut sembler l'emporter sur le dialogue. Curieuse idée alors que d'entendre promouvoir la justice contractuelle en s'en remettant au bon vouloir des parties. L'incitation ne nous semble pas vaine. Au contraire. Elle conduit à faire « émerger une conception nouvelle du juge dans le contrat — un juge d'appui du contrat — qui ne le cantonne pas à être tour à tour l'instrument de la justice ou de la sécurité contractuelle, mais lui reconnaît un véritable office au service de la relation contractuelle.¹⁸⁷⁸ » C'est donc dans ce décor que les cocontractants sont amenés à adapter le contrat déséquilibré. Cette adaptation procède de deux types d'interventions, l'une préventive (Section 1) et l'autre curative (Section 2) auxquelles il convient de s'intéresser.

¹⁸⁷⁸ F. Ancel, Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? *D.* 2017. 721.

Section 1 : L'adaptation préventive du contrat

603. La réforme du droit des contrats oblige à interroger la faculté de « présentation »¹⁸⁷⁹ du contrat, c'est-à-dire sa faculté à figer, au moment de sa conclusion, les effets futurs de la relation contractuelle. Alors que le contrat renferme, par tradition, ses effets au moment de sa formation¹⁸⁸⁰, les contrats relationnels¹⁸⁸¹, de plus en plus nombreux, se présentent comme un obstacle à l'effort de présentation¹⁸⁸². Les contrats de franchise, de concession, les contrats-cadres, les contrats de financement, de crédit-bail ou de location financière présentent des durées de vie importantes au cours desquelles le risque de survenance d'un déséquilibre présente une grande probabilité. Une certaine flexibilité serait ainsi de mise dans la formation de ces contrats comme dans leur exécution. Dans cette perspective, les parties développent des remèdes objectifs préventifs à l'apparition de ces déséquilibres contractuels. Les clauses d'adaptation amiable du contrat (§1) bénéficient à ce titre d'un succès important qui s'explique par la liberté laissée aux cocontractants en matière de fixation unilatérale du prix (§2).

§1. Les clauses d'adaptation amiable du contrat

604. Le Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 se montre soucieux de l'équilibre contractuel et promeut à cet effet des remèdes destinés à corriger ces déséquilibres. Dans cette perspective, les parties sont incitées à se saisir de cette problématique par l'intégration d'outils de gestion préventifs des déséquilibres contractuels. Les clauses d'adaptation amiable du contrat se présentent comme des remèdes objectifs particulièrement prisés (I), mais présentent toutefois un risque de détournement de nature à renforcer encore le déséquilibre des forces en présence (II).

¹⁸⁷⁹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22e éd., 2000, § 141, p. 274 ; P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz, 2000, p. 635 et s.

¹⁸⁸⁰ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 437.

¹⁸⁸¹ I. Macneil, *Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*, *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, p. 854 ; *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. L'auteur oppose le contrat relationnel au contrat transactionnel. Alors que le premier repose sur un échange de biens ou de prestations, le second intègre une dimension relationnelle compte tenu de la durée du contrat et de la référence aux comportements que les parties doivent adopter au cours de son exécution. V. aussi C. J. Goetz et R. E. Scott, « *Principles of Relational Contracts* », *Virginia Law Review*, 1981, vol. 67, p. 1089 et s., p. 1092.

¹⁸⁸² J. Rochfeld, Les modes temporels d'exécution du contrat, *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n°1 p. 47, §30.

I. Un remède objectif aux déséquilibres contractuels

605. Les clauses d'adaptation amiable du contrat peuvent être définies comme les clauses permettant aux parties de faire varier leurs obligations respectives en fonction d'éléments objectifs qui auraient pour effet de modifier l'équilibre du contrat. C'est autour du prix que se cristallisent les enjeux de cette adaptation. Celui-ci cristallise en effet la confrontation de l'autonomie de la volonté aux rouages de l'économie de marché. « Centre de gravité du contrat¹⁸⁸³ », le prix occupe une place privilégiée lorsqu'il s'agit d'assurer le maintien du contrat dans le temps. Les clauses d'adaptation du prix automatique du prix (A), et les clauses de renégociation du prix (B) constituent les deux expressions de ce phénomène.

A. Les clauses d'adaptation automatique du prix

606. L'adaptation du prix constitue un enjeu essentiel de l'exécution des contrats de longue durée compte tenu de la variation du coût des marchandises ou des services. Elle pose « la question fondamentale de l'adéquation de la règle de droit positif à la réalité des faits.¹⁸⁸⁴ » Il s'agit d'éviter à une partie de subir les conséquences d'une augmentation brutale du coût de sa prestation ou du bien sur lequel porte son obligation. Dans cette perspective, les cocontractants ont manifesté le souci d'identifier des critères objectifs permettant de ménager la sécurité juridique et l'adaptabilité du prix aux événements économiques¹⁸⁸⁵. Les clauses d'adaptation automatique du prix désignent celles par lesquelles le prix de la prestation est automatiquement modifié par l'effet du changement d'un élément désigné par les parties. Cette modification s'opère par référence à un indice dans le cas des clauses d'indexation (1), ou par référence à des contrats passés avec des tiers concurrents dans le cas des clauses d'offres concurrentes (2).

¹⁸⁸³ J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1979, p. 242.

¹⁸⁸⁴ P. De Fontbressin, *Les clauses de prix*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, p. 30.

¹⁸⁸⁵ P. de Fontbressin, art. préc.p. 23.

1. Les clauses d'indexation

607. Les clauses d'indexation sont très nombreuses en pratique et plus particulièrement dans les contrats relationnels ou contrats de longue durée, lesquels ne peuvent, au moment de leur conclusion, fixer les effets futurs du contrat dans les termes de l'échange. La clause d'indexation¹⁸⁸⁶ désigne celle par laquelle « l'obligation contractuelle de somme d'argent fait l'objet d'une réévaluation périodique liée au prix d'une marchandise »¹⁸⁸⁷. Cette clause présente donc un caractère automatique et suppose de définir un indice de variation¹⁸⁸⁸ réaliste (a), opérant de manière réciproque (b).

a. L'exigence d'un indice de variation réaliste

608. Les baux commerciaux fournissent un contentieux important en matière de clause d'indexation, ces derniers en étant dotés de manière quasi automatique. Cette clause présente pour ces contrats un intérêt certain dans la mesure où elle permet aux parties d'échapper à la mise en œuvre de l'article L. 145-38 alinéa 1 du Code de commerce lequel n'autorise la révision du contrat que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé. L'indice utilisé doit néanmoins se soumettre à certaines exigences de réalisme. Il faut en effet que l'indice retenu par les parties soit en relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties¹⁸⁸⁹. Le législateur a

¹⁸⁸⁶ J. Mestre, J.-Ch. Roda, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso 2011, n°871 et spéc. n° 499 ; G. Rouhette, La révision conventionnelle du contrat, *RID comp.* 1986, n°22, p. 395 : la clause d'indexation est « la clause accessoire à la fixation contractuelle d'origine d'une dette de somme d'argent payable à terme ou par prestations échelonnées ayant pour objet d'assurer la variation automatique, proportionnelle aux variations futures d'un paramètre objectif convenu : l'indice. » ; N. Gras, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand, 2014, n°142, p. 126.

¹⁸⁸⁷ F.-X. Testu, Éléments de détermination du prix contractuel, *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010, n°42.09 ; J.-P. Doucet, L'indexation, Thèse, LGDJ 1965.

¹⁸⁸⁸ Elle se distingue en cela du mécanisme de révision qui n'agit pas automatiquement mais à la demande de l'une des parties et sans référence à un indice, cf. Art. L. 145-38 C. com. Depuis la loi Pinel du 18 juin 2014 l'ICC a été remplacé par l'ILC pour les activités commerciales et artisanales et l'indice des loyers des activités tertiaires l'ILAT pour les activités de bureau, les activités industrielles, les plates-formes logistiques, et les professions libérales Cf. art. L. 145-34 du C. com. L'ICC n'a pas totalement disparu dans la mesure où l'article L. 112-1 du CMF n'a pas été modifié par la loi PINEL. Certains auteurs défendent ainsi l'idée selon laquelle la référence à cette indice dans le cadre d'une clause d'échelle mobile est valable. Ils en soulignent néanmoins le risque en cas de contestation judiciaire. V. J. Monéger, La modification des indices de référence, *Loyers et copr.*, n° 9, Septembre 2014, dossier 6 ; J. Lafond, Bail commercial, fasc. 110 *JurisClasseur Notarial Formulaire*, 2016, n°98.

¹⁸⁸⁹ Art. L. 112-2 CMF : Civ. 1^{ère}, 7 mars 1984, Bull. civ. I, n°91 ; *RTD civ.* 1985. 174, obs. J. Mestre ; Dans le même sens Civ. 3^{ème}, 15 févr. 1972, *D.* 1973. 417, note J. Ghestin ; *JCP* 1972. II. 17094, note Lévy ; *RTD civ.* 1972. 616, obs. Cornu ; Com. 28 juin 1965 : *D.* 1965. 582 ; Civ. 3e, 17 juill. 1972, *D.* 1973. 238, note Ph.

ainsi identifié certains indices réputés être en relation directe avec l'objet de certaines conventions¹⁸⁹⁰. La même exigence se retrouve, en dehors des baux, pour les clauses de révision du prix de certains contrats, qui, bien que dépourvues de caractère automatique, consistent à réviser le prix d'un service ou d'une marchandise en fonction d'un indice public¹⁸⁹¹.

609. La clause d'indexation ne doit pas non plus recourir à un indice dont la période de variation excède la durée écoulée entre chaque variation. La jurisprudence est abondante sur ce point¹⁸⁹² et rappelle régulièrement que la clause d'indexation ne peut avoir pour effet d'entraîner une distorsion entre la période de variation de l'indice et celle du loyer. Par un arrêt du 9 février 2017, la troisième Chambre civile est venue sanctionner la clause d'indexation contenue dans un contrat de bail commercial dont l'indice de base avait fixé à la date de conclusion du contrat et réévalué chaque année au 1^{er} janvier. Cependant, la prise de possession du local ne s'étant pas faite au jour de la conclusion du contrat, mais 11 mois plus tard, le preneur se trouvait lésé par le calcul qui ne reflétait pas fidèlement le temps écoulé entre l'indice de base et l'indice multiplicateur.

610. La question s'est également posée au sujet des indices de base fixe. Après avoir réputé un temps ces clauses non écrites¹⁸⁹³, le tribunal de grande instance de Paris était revenu sur sa position jugeant que le résultat arithmétique produit était le même selon que l'indice de base

Malaurie. Cela signifie qu'il peut s'agir de l'activité du bailleur comme de celle du preneur V. sur ce point Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1980 : *Defrénois* 1981, art. 32599, J.-L. Brault ; Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1982, n° 81-13.189 : Bull. civ. 1982, I, n° 276 ; *JCP G* 1982, IV, p. 371 ; Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 1972, n° 70-13.280 : Bull. civ. 1972, III n° 100 ; *JCP G* 1972, II, 17094, note J.-Ph. Lévy. – Cass. 3^{ème} civ., 30 mai 1972 : *D.* 1972, p. 252, note Ph. Malaurie ; Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 1980 : *Gaz. Pal.* 1981, 1, pan. jurispr. p. 94.

¹⁸⁹⁰ Art. L. 112-2, alinéa 1 et alinéa 2 CMF. L'INC pour les conventions relatives à un immeuble, l'ILC pour les conventions relatives à des activités commerciales ou artisanales définies par décret, et l'ILAT pour les activités autres que commerciales et les activités exercées par les professions libérales.

¹⁸⁹¹ C'est la loi *Sapin II* du 9 décembre 2016 qui est venue ajouter cette interdiction à la liste des interdictions *per se* de l'article L. 442-6 du Code de commerce. L'article L. 442-6, I, 7° sanctionne plus précisément les clauses de révision du prix prises en application des articles L. 441-7, I, alinéa 5, L. 441-7-1 avant-dernier alinéa et L. 441-8 du Code de commerce dont les indices publics sont sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention. V. sur ce point, M. Behar-Touchais, Les nouveaux abus de l'article L. 442-6 issus de la loi Sapin II, *RDC* 2017, n° 2, p. 290.

¹⁸⁹² Cass. 3^{ème} civ., 3 déc. 2014, n° 13-25034, *Gaz. Pal.* 12 avr. 2015, n° 104, p. 20, note Brault C.-E. ; Civ. 3^{ème} civ., 9 févr. 2017, n°15-28691 *Gaz. Pal.* 14 mars 2017, n°11, p. 65 note Brault C.-E.

¹⁸⁹³ TGI Paris, 5 janv. 2010, *AJDI* 2010. 460, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *Administrer* mars 2010. 27, obs. M.-L. Sainturat ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 929, obs. H. Barbier ; TGI Paris, 27 mai 2010, *AJDI* 2010, 930, spéc. 942, obs. J.-P. Blatter ; *AJDI* 2011. 134, obs. C. Denizot ; *Administrer* août-sept. 2010. 29, obs. M.-L. Sainturat ; TGI Grasse, 1^{re} ch. civ. A, 5 avr. 2011, RG n° 09/01658 ; TGI Saint-Denis de la Réunion, 18 mars 2011, *Loyers et copr.* 2011, n° 274, obs. Ph.-H. Brault.

était fixe ou variable¹⁸⁹⁴. Les deux méthodes de calcul sont les suivantes : il s'agit dans un cas de diviser le loyer initial par l'indice de départ multiplié par le nouvel indice ; dans l'autre cas, il s'agit de diviser le dernier loyer indexé par le dernier indice multiplié par le nouveau¹⁸⁹⁵. Les résultats obtenus sont identiques dans les deux cas de sorte que la clause reposant sur un indice fixe n'est pas illicite¹⁸⁹⁶. Il convient en revanche de prévoir contractuellement le cas pour lequel l'évolution des loyers serait bloquée ou révisée judiciairement afin d'éviter un effet de distorsion entre la période de variation du loyer et de l'indice¹⁸⁹⁷. Une fois l'indice de variation correctement défini apparaît la question de la réciprocité des variations susceptibles d'être produites par la mise en œuvre de la clause d'indexation¹⁸⁹⁸.

b. L'exigence d'un indice de variation réciproque

611. La question s'est posée de la licéité de la clause d'indexation ne pouvant varier qu'à la hausse. La solution posée par la Cour régulatrice est très claire sur ce point : les clauses d'indexation ne peuvent avoir pour effet d'interdire toute révision à la baisse du loyer de référence¹⁸⁹⁹. La troisième Chambre civile affirme ainsi « que le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse et à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation¹⁹⁰⁰ ». Cette réciprocité s'infère de l'article L. 145-39 du Code de commerce lequel dispose que « si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de

¹⁸⁹⁴ TGI Paris, 13 janv. 2011, *Gaz. Pal.* 2011, p. 1981, obs. J.-D. Barbier et Th. De Peyronnet ; TGI Paris, 8 nov. 2011, RG n° 09/03794, *Administrer* févr. 2012, p. 31, obs. H. Barbier ; TGI Paris, 1er déc. 2011, *AJDI* 2011. chron. 910 obs. J.-P. Blatter ; *Administrer* mars 2012, p. 38, obs. M.-L. Sainturat.

¹⁸⁹⁵ Ex : Pour un bail commercial d'un montant annuel de 100 000 € conclu le 1^{er} janvier 2015 contenant une clause d'indexation dont l'indice de départ est l'ILC du quatrième trimestre de l'année 2014 le calcul sera le suivant pour l'indexation mise en œuvre le 1^{er} janvier 2016 : 100 000 : 108,47 X 108,41 = 99 944 €. Au premier janvier 2017 le calcul sera celui-ci : 100 000 : 108,47 X 108,91 = 100 405 €. Si l'on applique maintenant la deuxième méthode de calcul pour l'indexation du 1^{er} janvier 2016 le calcul est le suivant : 99 944 : 108,41 X 108,91 = 100 405 €.

¹⁸⁹⁶ Paris, pôle 5, ch. 3, 20 janv. 2016, n° 13/17680 ; Paris, 4 avr. 2012, n° 10/23391, *AJDI* 2012. 424, obs. N. Loreau et J. Bonnemay-Israël.

¹⁸⁹⁷ Dans cette hypothèse les parties auront intérêt à prévoir qu'en cas de reprise du contrat après blocage le loyer de référence sera celui du trimestre précédant la reprise de l'exécution du contrat.

¹⁸⁹⁸ P.-H. Brault, Sur l'indexation du loyer du bail commercial, *Gaz. Pal.* 5 mai 2009, p. 17.

¹⁸⁹⁹ Civ. 3^{ème} civ., 14 janv. 2016, n° 14-24681, PB, *RDC* 2016, n°2, p. 258, note R. Boffa. Pour des solutions contraires antérieurement CA Aix-en-Provence, 11e ch. A, 15 mars 2013, n° 11/06632, Sté Hermès International c/ Sté EK Boutique ; CA Paris, pôle 5, ch. 3, 3 avr. 2013, n° 11/14299, SCI X c/ Sté Institut du développement du séminaire.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire. » Il semble donc que la clause d'échelle mobile¹⁹⁰¹ ou clause d'indexation doive agir à la hausse comme à la baisse sur le prix du loyer. La solution précitée indique en effet que la nature même de la clause d'échelle mobile résiderait dans sa réciprocité. Cette clause témoignerait ainsi de l'intention des parties d'adapter le contrat à l'évolution du marché. Ainsi « la clause prévoyant exclusivement une révision du loyer à la hausse prive de cause l'acceptation de l'indexation par le preneur, puisqu'une telle acceptation est dépourvue de contrepartie réelle.¹⁹⁰² » Cette solution est heureuse dans la mesure où elle restitue à la clause d'indexation les justifications de son recours. Cette clause est utilisée pour permettre aux parties d'assurer l'évolution du prix à celui de l'état du marché en lien avec l'objet du contrat. Il s'agit donc d'assurer aux cocontractants une souplesse suffisante pour assurer la pérennité de leurs obligations dans le temps. La clause d'indexation qui ne jouerait qu'à la hausse constitue donc une dénaturation du mécanisme de l'indexation.

612. Cette décision laisse toutefois en suspens le sort des clauses de « capage¹⁹⁰³ » ou encore de « tunneling » dans les baux commerciaux. Il s'agit des clauses d'indexation, très fréquentes dans les baux de centres commerciaux et ceux dont le loyer est destiné à financer les travaux du bailleur ou son acquisition immobilière, qui limitent les variations de loyer à certains pourcentages. Ces clauses sont par principe valables dans les baux commerciaux dès lors qu'elles n'excèdent pas la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires¹⁹⁰⁴. Une clause de capage peut ainsi

¹⁹⁰¹ C'est le nom que l'on donne à la clause d'indexation lorsque cette dernière se trouve dans un contrat de bail commercial.

¹⁹⁰² R. Boffa, obs. préc., n°4. Pour une position contraire V. A. Jacquin, *Clauses d'indexation : variations autour de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier*, *Gaz. Pal.* 3 août 2013, n°215 : « l'évolution à la hausse ou à la baisse de l'indice, relève de la seule liberté contractuelle des parties et ne rentre pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 112-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier. On relèvera d'ailleurs que l'article L. 112-1, alinéa 2 est un texte d'interprétation stricte et qu'en lui-même, le texte n'interdit pas expressément de limiter l'évolution de l'indice à la hausse ou à la baisse, laissant par ailleurs aux parties, sur ce point, une totale liberté contractuelle. »

¹⁹⁰³ J. Lafond, *Bail commercial*, fasc. 110 *JurisClasseur Notarial Formulaire*, 2016, n°135 : « Le capping consiste à plafonner la variation de l'indexation, par exemple à un taux de 3 % par an. Ce capping peut être soit unilatéral (plafonnement des seules hausses, vous plafonnement des seules baisses) soit bilatéral (plafonnement aussi bien des hausses que des baisses) auquel cas on parle de clause « tunnel ». Cette clause est donc celle par laquelle les parties conviennent que la variation annuelle du montant du loyer résultant de l'indexation ne pourra pas excéder, à la hausse comme à la baisse, plus de tant pour cent. Cette clause prévoit donc un « cap » à la hausse et un plancher à la baisse. »

¹⁹⁰⁴ Civ. 3^{ème} civ., 18 déc. 1985, n° 84-15.827, *Schmidt c/ Miler* : *JurisData* n° 1985-703450 ; *Bull. civ.* 1985, III, n° 168 ; *Rev. loyers* 1986, p. 381.

stipuler que l'indice de référence ne peut avoir pour effet d'augmenter chaque année le loyer indexé de plus de 10 %¹⁹⁰⁵. Ces clauses peuvent contrevenir indirectement à la réciprocité de la clause d'échelle mobile¹⁹⁰⁶.

613. La Cour d'appel de Paris a été saisie de cette question en 2016¹⁹⁰⁷. Il s'agissait en l'espèce d'une clause d'indexation rédigée comme suit : « le loyer sera indexé en fonction de la variation de l'indice du coût de la construction publié trimestriellement par l'Insee au Journal officiel, l'indice de référence, indiqué dans les conditions particulières, étant le dernier indice publié à la date de signature du présent bail, l'indice de comparaison, à la date de révision, étant le dernier indice publié correspondant au même trimestre. Cette indexation prendra effet chaque année à la date anniversaire de la date de prise d'effet, et, pour la première fois, à la première date anniversaire de la date de prise d'effet. [...] La variation de l'indice ne pourra jamais avoir pour effet de ramener le loyer en dessous du montant initial du loyer, tel qu'il est fixé au présent bail. » Le mécanisme de capage consistait donc ici à limiter les effets de l'indexation au seuil du loyer fixé lors de la conclusion du contrat. Cela revient en conséquence à limiter la réversibilité des clauses d'indexation lorsqu'elles ont pour effet de jouer à la baisse sur le montant du loyer. La Cour d'appel de Paris a pourtant considéré que la clause litigieuse ne faisait pas obstacle à une révision à la baisse du loyer, mais seulement qu'elle « la limit [ait] au montant du loyer initialement convenu ». Cette interprétation est particulièrement critiquable dans la mesure où elle repose sur une interprétation artificielle des effets produits par la clause¹⁹⁰⁸. Le plancher fixé fait bien un obstacle à une baisse de loyer, comme le ferait la clause d'indexation qui stipulerait que la variation du loyer ne peut avoir d'effet qu'à la hausse¹⁹⁰⁹. Elle n'empêche pas le loyer qui aurait augmenté de redescendre, mais elle en limite toutefois les effets en instaurant un plancher. Le loyer dû en vertu d'une telle clause est donc dans l'intérêt du bailleur lequel pourra solliciter un loyer plus élevé que celui qui aurait normalement été dû en cas de baisse de l'indice entre l'année N+1 et N+2, comme il ressort de l'exemple précité pour l'année 2016. Cette décision devrait donc être démentie par la jurisprudence à venir d'autant qu'un arrêt de 2015 rendu par la Cour

¹⁹⁰⁵ Pour un exemple de clause de capage Paris, 20 janv. 2016, RG n° 13/17680, 1^{re} espèce.

¹⁹⁰⁶ E. Chavance, Le nouveau régime des clauses d'indexation, *Loyers et Copropriété* n° 2, févr. 2014, ét. 2, n°49.

¹⁹⁰⁷ CA Paris, 20 janv. 2016, RG n° 13/17680, *AJDI* 2016. 360, F. Planckeel et A. Antoniutti.

¹⁹⁰⁸ En ce sens, J.-P. Dumur, Clauses d'indexation du loyer « encadrée », *AJDI* 2016. 157.

¹⁹⁰⁹ L'argument de la restriction et non de l'interdiction avait déjà été appliqué aux clauses d'indexation ne variant qu'à la hausse CA Paris 3 avr. 2013, n° 11/14299, *AJDI* 2013. 517, obs. F. Planckeel.

d'appel de Versailles avait déclaré non écrite une clause semblable¹⁹¹⁰. La solution n'est donc pas clairement établie et devrait être amenée à évoluer en faveur du réputé non écrit.

614. Une dernière interrogation a porté sur les clauses d'indexation se référant à un indice valable sans toutefois que la majoration annuelle ne puisse être inférieure à un certain pourcentage. Ces clauses sont réputées non écrites,¹⁹¹¹ et ce à double titre. Elles contredisent d'une part le principe de réciprocité des clauses d'indexation dans la mesure où cette clause ne permet la prise en compte de l'indexation que lorsqu'elle est supérieure ou égale à X %. D'autre part, cette clause permet d'assurer au bailleur une hausse annuelle de X % du montant du loyer sans référence à un indice en relation directe avec l'activité concernée comme exigée par l'article L. 112-2 du CMF.

615. Un deuxième type de clause permet aux parties de bénéficier d'une adaptation automatique du prix, sans référence à un indice. Il s'agit des clauses d'alignement longtemps utilisées, mais que le législateur s'emploie à sanctionner sévèrement.

2. Les clauses d'alignement

616. La clause d'alignement, dite aussi « clause du client le plus favorisé » ou « clause *pari passu* », désigne celle par laquelle « un contractant obtient de son partenaire qu'il lui consente les conditions plus avantageuses dont celui-ci a fait profiter un autre de ses partenaires pourtant placé dans la même situation que lui¹⁹¹² ». Cette clause provoque une « adaptation

¹⁹¹⁰ CA Versailles, 12e ch., 10 mars 2015, n° 13/08116, SAS Septam Protection c/ SCI ABCM, SA Centre de documentation et SA ICM (appel TGI Nanterre, 17 oct. 2013, 8e ch.) : JurisData n° 2015-006847, *Loyers et Copropriété* n° 11, Novembre 2015, comm. 225 par P.-H. Brault. La clause y était rédigée ainsi : « la variation de l'indice de référence choisie sera prise en considération aussi bien dans le cas de hausse que dans le cas de baisse de l'indice » et ajoutait aussitôt que l'application de la présente clause d'indexation ne doit en aucun cas entraîner un montant de loyer inférieur à celui précédemment facturé. La Cour d'appel avait jugé que « considérant que cet indice est donc contraire à l'article L. 145-39 du Code de commerce en ce qu'il paralyse le fonctionnement des dispositions de l'article L. 145-39 du Code de commerce puisque le loyer ne peut se trouver diminué ; elle n'est en revanche pas contraire à l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier puisque la variation de l'indice est toujours annuelle, ce qui correspond à la période de révision stipulée au bail ; Considérant que cette stipulation doit donc seulement être déclarée non écrite en ce qu'elle interdit la variation à la baisse ».

¹⁹¹¹ CA Paris 20 janv. 2016 *SCI Altera c/ SARL The Boston Consulting Group and Cie* RG n° 13/21626, *AJDI* 2016. 360, obs. F. Planckeel et A. Antoniutti.

¹⁹¹² J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* n°137, p. 100. V. également, W. Dross, Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne privé, Litec, 2008, p. 32 : « La clause d'alignement [...] permet à son bénéficiaire d'obtenir que son partenaire s'engage, pour le cas où il viendrait à conclure un contrat de même nature avec un tiers mais à un prix plus avantageux, à lui faire bénéficier automatiquement de ce prix. »

automatique du contrat dans l'intérêt du cocontractant. » Elle se distingue néanmoins de la clause d'indexation dans la mesure où ses effets sont subordonnés à la volonté du promettant de conclure, avec un tiers, un contrat à des conditions plus avantageuses.

617. Elle se distingue encore de la « clause d'offre concurrente » ou « clause anglaise » dès lors que le bénéficiaire de la clause ne se prévaut pas dans ce dernier cas du prix pratiqué par son cocontractant à un tiers, mais du prix proposé au bénéficiaire de la clause par un autre fournisseur¹⁹¹³. Cela signifie que le bénéficiaire de la clause se prévaudra de la clause d'offre concurrente afin de pouvoir contracter avec un tiers fournisseur à des conditions plus avantageuses si son cocontractant refuse de s'aligner sur le prix de son concurrent.

618. La clause d'alignement, ou clause *pari passu* présente des avantages considérables pour son bénéficiaire dans la mesure où elle lui assure de bénéficier du prix le plus faible pratiqué par son cocontractant. On retrouve donc ces clauses dans les contrats à exécution successive en cours dans le domaine de la distribution. Elle permet en effet d'assurer au cocontractant une concurrence suffisante vis-à-vis des opérateurs¹⁹¹⁴ qui œuvrent dans le même secteur tout en leur assurant une certaine transparence. Bien que cette clause ne soit pas réservée au seul alignement du prix¹⁹¹⁵, c'est dans ce domaine qu'elle se retrouve le plus couramment en pratique. La clause d'alignement assure à son bénéficiaire une égalité de traitement en matière de prix avec ses concurrents liés contractuellement avec le même fournisseur que lui¹⁹¹⁶. Elle n'écarter pas pour autant tout risque de déséquilibre, celui-ci pouvant survenir entre les droits et obligations des parties. Cette clause permet de prévenir le déséquilibre contractuel dans la mesure où elle permet de répercuter sur le contrat l'évolution du prix des fournitures en fonction de l'état du marché sur des contrats de longue durée. L'indice est constitué ici par le prix fixé dans les contrats passés avec des concurrents.

¹⁹¹³ W. Dross *op. cit.* p. 33.

¹⁹¹⁴ Cette clause doit, en cela, être rapprochée de l'arrêt *Huard* lequel semblait consacrer une obligation de coopération consistant à permettre à son cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels.

¹⁹¹⁵ Il peut s'agir d'un alignement délai de garantie, des délais de paiement, ou de sûretés notamment en matière de crédit.

¹⁹¹⁶ Cette clause se retrouve aussi, de manière plus surprenante, dans les contrats d'emprunt d'États. Elles constituent alors des garanties, en assurant à l'Émetteur le même rang de paiement que pour l'ensemble des dettes exigibles de l'État emprunteur. Tous les titres de dettes détenus par les créanciers, qu'ils soient ou non assortis de sûretés, bénéficient ainsi de l'application de cette clause pour revendiquer une égalité de paiement. V. C. Lequesne-Roth, *L'évolution du régime contractuel de défaut des États débiteurs européens*, Université libre de Bruxelles, Université de Toulon, 2015. (Thèse dactyl.)

619. La difficulté essentielle de la mise en œuvre d'une telle clause repose sur la condition d'identité objective des situations des distributeurs en concurrence. Il faut en effet que les produits fournis soient identiques tant dans leur qualité que dans leur quantité. Il est peu probable en pratique que les parties consentent à une clause d'alignement pour des produits identiques fournis dans des quantités significativement différentes. La question se pose également de l'utilité d'une telle clause lorsque les conditions générales qui accompagnent la vente ne sont pas identiques. C'est le cas par exemple d'un fournisseur de blé qui, fournissant la même qualité de blé en même quantité à deux cocontractants distincts aurait pris soin néanmoins de faire bénéficier l'un d'eux d'une faculté de paiement à 60 jours tandis que l'autre serait soumis au délai légal de 30 jours. Il est fort probable dans ce cas que le prix consenti au distributeur qui paye à 30 jours soit plus faible que celui consenti à son concurrent.

620. La condition d'identité de situation a pour corollaire la transparence tarifaire. Il faut en effet que le bénéficiaire puisse avoir accès aux informations relatives à la relation contractuelle du distributeur avec ses concurrents pour se prévaloir de la clause d'alignement. Plusieurs solutions ont été envisagées. Il a ainsi été proposé de laisser au bénéficiaire de la clause « un droit de regard dans les livres comptables du promettant ». Cette solution même strictement encadrée n'est pas acceptable pour le promettant. Une autre solution a consisté à remettre une « attestation annuelle économique par contrôleur indépendant » tenu au secret professionnel. Cette solution n'a semble-t-il pas apporté de satisfaction. Aussi, les parties décident le plus souvent d'assortir la clause d'alignement d'une clause d'information faisant peser sur la personne du promettant une obligation d'information de résultat sur le prix des contrats conclus avec des tiers portant sur des prestations identiques. Afin d'assurer le respect de la clause d'alignement comme de la clause d'information, les parties ajoutent également une clause pénale sanctionnant le défaut d'information d'une pénalité dissuasive. La clause d'alignement n'étant encadrée par aucun texte, les parties sont libres de déterminer la sanction en cas de violation d'une telle clause. Elles peuvent ainsi décider que le contrat sera résolu de plein droit, que le bénéficiaire pourra en solliciter l'application forcée et que le promettant devra indemniser le bénéficiaire de la clause pour le préjudice subi.

621. Une autre manifestation de la volonté des parties de maîtriser le déséquilibre contractuel s'incarne au travers des clauses de renégociation de celui-ci. Alors que les clauses

d'adaptation automatique reposent sur la base de critères objectifs dont les effets se déclenchent automatiquement, les clauses de renégociation ne font peser sur les parties qu'une obligation de renégociation.

B. Les clauses de renégociation du prix

622. Les parties sont libres, en dehors de ces clauses de variation automatique du prix, d'intégrer des clauses de renégociation tarifaire, ou « d'adaptation active du contrat¹⁹¹⁷ » permettant de déclencher une obligation de renégociation à la charge des parties suite à la survenance d'événements déterminés. Situées à un « carrefour stratégique¹⁹¹⁸ », les clauses de renégociation se trouvent « en amont des clauses qui organisent le contentieux [...], mais en aval des clauses qui adaptent le contrat de manière automatique.¹⁹¹⁹ » Rarement autonomes, ces clauses sont généralement incluses dans des clauses plus générales qui induisent une obligation de renégociation des obligations contractuelles à la charge des parties¹⁹²⁰. La loi *Hamon*¹⁹²¹ a rendu la présence de ce type de clause obligatoire dans certaines relations commerciales agricoles (1), et assorti son efficacité d'une procédure de médiation *ad hoc* (2).

1. La clause de renégociation issue de la loi *Hamon*

623. L'article L. 441-8 du Code de commerce impose aux parties d'intégrer une clause de renégociation du prix pour les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois, portant sur la vente de certains produits agricoles¹⁹²². Le champ d'application de ce dispositif (a), et la mise en œuvre de l'obligation de renégociation mise à la charge des parties font apparaître la spécificité de cette obligation légale de renégociation du prix (b).

¹⁹¹⁷ I. Beyneix, L.-C. Lemmet, *La négociation des contrats*, *RTD com.* 2016. 1.

¹⁹¹⁸ Ch. Jarrosson, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, p. 144.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ Ch. Jarrosson, *Art. préc.* p. 146.

¹⁹²¹ M. Béhar-Touchais, *La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial*, *RLC* juill.-sept. 2013. 54 ; Gransard et Louvel, *Journ. Sociétés*, janv. 2014. 23 (dispositions relatives à l'agriculture) ; M. Béhar-Touchais, *La clause de hardship imposée sous peine d'amende administrative*, *RDC* 2013. 1431 ; S. Grando et J. Goubet, *Convention annuelle ou convention perpétuelle ?* *RLC* mars 2016. 47 ; J.-L. Fourgoux, *La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires*, *AJCA* avr. 2014, n°1, pp. 24-26.

¹⁹²² Il s'agit des produits figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 442-9 du Code de commerce : « les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits. »

a. Le champ d'application de l'article L. 441-8 du Code de commerce

624. Cette clause est destinée aux fournisseurs de la grande distribution qui, confrontés à l'augmentation du coût des matières premières, se voyaient jusqu'ici opposer un refus systématique des distributeurs s'agissant de la révision du prix¹⁹²³. Ces pratiques avaient pour conséquence de mettre en péril les petits fournisseurs pour lesquels une diminution de leur marge les condamnait inexorablement à la disparition. Les rapporteurs avaient ainsi souligné la nécessité d'une prise en compte réciproque de la variation du coût des matières premières à la hausse comme à la baisse. Des clauses de renégociation sont fréquemment insérées dans les contrats de distribution, mais leur fonctionnement témoigne, comme en matière de clause d'indexation, d'une prise en compte de l'évolution du coût des matières premières dans le seul intérêt des distributeurs. Le tribunal d'instance de Lille dans un jugement en date du 7 septembre 2011 s'est prononcé sur la validité de l'une de ces clauses dans les contrats passés entre Eurachan et ses fournisseurs¹⁹²⁴. La convention de distribution contenait en effet une clause de révision du prix à la hausse ou à la baisse en cours d'année. Cependant, plusieurs obstacles permettaient au distributeur d'empêcher la hausse des tarifs¹⁹²⁵, tandis que les mêmes tarifs devaient être révisés automatiquement à la baisse par le fournisseur sous peine de révocation de la convention. La clause litigieuse avait donc été censurée par les juges du fond, cette dernière créant un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur.

¹⁹²³ Ce phénomène avait été mis en évidence dans le Rapport *Vautrin et Gaubert* Rapp. AN n° 3322, déposé en application de l'article 145-7 du règlement par la Commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, 6 avr. 2011 <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3322.asp> « Vos rapporteurs souhaitent, en premier lieu, attirer l'attention sur la manière dont les acteurs économiques prennent en compte les variations de prix liées à la volatilité des prix des matières premières. Là aussi, un double écueil doit être évité. D'une part, vos rapporteurs insistent pour que fournisseurs et distributeurs prennent en considération ces hausses de la manière la plus équitable possible : le refuser revient immanquablement à condamner un certain nombre de petits industriels qui, s'ils doivent constamment diminuer leurs marges face au refus d'un distributeur de prendre à sa charge une partie quelconque de la hausse de prix constatée, ne pourront survivre bien longtemps. Lorsque cela est nécessaire et justifié, les hausses tarifaires doivent être acceptées puisqu'elles permettront ensuite, dans le cadre d'un circuit économique plus global, d'augmenter les salaires, le pouvoir d'achat et de préserver ainsi la consommation et les emplois. D'autre part, il convient de veiller à l'effet que de telles prises en compte peuvent avoir sur l'inflation : répercuter automatiquement et sans discernement toute hausse de prix de matières premières pourrait avoir des conséquences dramatiques sur le pouvoir d'achat des ménages. »

¹⁹²⁴ T. com. Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05115, *JCP E* 2011, n° 1701, note G. Chantepie ; *CCC* 2011. Repère 10, et n° 234, obs. Mathey ; *RDLC* 2011, n° 4, p. 124, obs. Dany.

¹⁹²⁵ En cas de hausse le fournisseur devait produire une justification objective de sa demande, obtenir l'accord préalable du distributeur et se soumettre à des délais d'application de deux ou quatre mois.

625. Cantonnée d'abord aux contrats d'une durée supérieure à trois mois portant sur la vente de produits visés à l'article L. 442-9 alinéa 2 du Code de commerce, cet article a été étendu par la loi *Macron*¹⁹²⁶ aux contrats de même durée portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, des produits précédemment mentionnés. Cet ajout étend donc considérablement le champ d'application du texte en y ajoutant les contrats d'entreprise et de sous-traitance industrielle portant sur les produits des marques de distributeurs¹⁹²⁷. Les produits visés par l'article L. 442-9 désignent les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, animaux vifs, carcasses, produits de l'aquaculture, et matières premières agricoles¹⁹²⁸. Les contrats de vente entrant dans le champ de cet article doivent ensuite contenir une clause prévoyant les « modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse¹⁹²⁹ ».

b. La mise en œuvre de la clause de renégociation

626. La clause de renégociation du prix doit être réciproque. Cela signifie que la clause doit pouvoir varier à la hausse comme à la baisse. Il faut encore que les parties fassent « référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires.¹⁹³⁰ » Cette précision conduirait à faire de cette clause une clause d'indexation. Le caractère automatique de l'indexation semble néanmoins faire défaut. Les parties doivent en effet organiser les

¹⁹²⁶ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁹²⁷ M. Plankensteiner, E. Créquer, Les relations commerciales après la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *LPA* 2015, n°220, p. 4 ; N. Ereseo, L'encadrement par la loi *Hamon* des relations entre fournisseurs et distributeurs, *Gaz. Pal.* 24 avr. 2014, p. 114 ; CEPC avis n° 16-17 du 22 sept. 2016, relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle sur l'application de la clause de renégociation tarifaire (article L 441-8 du Code de commerce).

¹⁹²⁸ Pour une liste complète des produits visés se reporter aux articles D. 442-7 et D. 441-6 du Code de commerce.

¹⁹²⁹ Art. L. 441-8 C. rur.

¹⁹³⁰ L'INSEE produit un indice mensuel des prix des produits agricoles à la production (IPPAP) ainsi qu'un indice des prix d'achat des moyens de produits agricoles (IPAMPA). Le ministère de l'agriculture conscient des conséquences des fluctuations du prix de ces matières premières produit lui aussi depuis le mois d'avril 2017 ces indices pour la filière, volaille et porcine. La fédération industrielle des industriels français en blé dur (SIFPAF-CFSI) a mis en place un indice prenant en compte les cotations françaises et canadiennes et l'évolution du coût de fret pour la ressource importée. Cet indice est proposé par la fédération aux industriels pour l'application des dispositions prévues par l'article L441-8 du Code de commerce. L'article L. 441-8 alinéa 2 précise que des accords interprofessionnels peuvent proposer des indices de référence. Il ne faut pas néanmoins que ces propositions revêtent un caractère contraignant sans quoi cette pratique pourrait tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du C. com. V. sur ce point Avis préc. n°16-17 relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle sur l'application de la clause de renégociation tarifaire (article L 441-8 du Code de commerce) du 22 sept. 2016.

modalités de renégociation de sorte que doit intervenir une renégociation et non une application automatique du prix indexé. Comment marier en pratique ces deux contraintes ? Le décret du 17 octobre 2014¹⁹³¹ est venu préciser les modalités d'application de l'obligation de renégociation. L'article D. 441-7 issu de ce décret fixe une liste non exhaustive des informations devant figurer dans le compte rendu issu de la renégociation. Ce compte rendu écrit est formalisé en trois parties, la première justifiant la mise en œuvre de la clause et le chiffrage de la demande de variation du prix qui en résulte, la deuxième présentant la réponse à cette demande et la troisième présentant les modalités et le résultat de la renégociation. La renégociation doit donc s'effectuer à la demande de l'une des parties. Cette demande doit néanmoins répondre aux conditions de déclenchement de la clause de renégociation fixées par les parties. Rien n'est dit sur ce point par le décret de sorte que les distributeurs pourraient être inspirés d'insérer des seuils de déclenchement de l'obligation de renégociation particulièrement élevés. Plus précisément, ces derniers pourraient se référer à un pourcentage de baisse ou de hausse suffisamment haut pour empêcher la renégociation. Lorsque ces conditions sont remplies, les parties entrent alors dans une phase de renégociation laquelle permet d'aboutir ou non à un accord.

627. En ce sens, l'obligation de renégociation se rapprocherait davantage d'une clause de *hardship* aussi appelée clause d'imprévision¹⁹³². Ce terme n'est pas pleinement satisfaisant dans la mesure où il produit une confusion avec l'imprévision telle qu'entendue par l'article 1195 alinéa 1 du Code civil¹⁹³³. Il conviendrait davantage de parler d'une clause de renégociation du prix¹⁹³⁴. La référence à un indice est ici secondaire, cet indice ne constituant qu'une variable prise en compte dans la détermination du futur prix. Le mécanisme principal

¹⁹³¹ Décret n° 2014-1196 du 17 octobre 2014 relatif à la liste des produits mentionnée à l'article L. 441-8 du Code de commerce, aux modalités d'établissement du compte rendu des négociations intervenant en cas de fluctuations des prix des matières premières agricoles et définissant les situations de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles.

¹⁹³² J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* n°810 et s. p. 473. L'auteur ne limite pas les clauses d'imprévision aux seuls cas d'imprévision entendus comme la survenance de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie. V. n°813, p. 474 : « Les parties sont entièrement libres de définir ce qui constitue à leurs yeux un événement propre à activer la clause. [...] De même qu'elles n'ont pas à spécifier que cet événement doit être imprévisible ou imprévu, ou même extérieur à la volonté des parties. »

¹⁹³³ R.-J. Aubin-Brouté, La question du prix dans les relations commerciales agricoles, *Droit rural* n° 441, Mars 2016, étude 11, spéc. n°21 : « La clause de renégociation obligatoire dans les relations commerciales agricoles se distingue cependant de la révision pour imprévision par ses conditions. Elle n'est pas subordonnée à des circonstances imprévisibles au moment de la formation du contrat mais à une fluctuation du prix des matières premières agricoles et alimentaires. Cette fluctuation est parfaitement prévisible en matière agricole. »

¹⁹³⁴ En ce sens, P. Arhel, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, *Rép. com.* 2016, n°261.

est donc bien celui de la révision amiable. La fréquence de la mise en œuvre de la clause dépendra de la procédure d'activation de la clause définie par les parties. Une attention particulière devra être portée sur la présentation de ces événements. Si cet événement résulte de la seule volonté d'une partie, les cocontractants risquent de se voir pris dans une renégociation permanente et non productive. Les parties pourraient ainsi convenir de définir un seuil de hausse et de baisse en pourcentage de l'indice choisi pour subordonner la procédure de renégociation. La fluctuation des indices retenue pourrait justifier la mise en place d'un double verrou limitant la faculté d'invocation de la clause à une ou deux fois dans l'année. Bien entendu, il faudra veiller à ce que le pourcentage soit le même pour la hausse comme pour la baisse de l'indice sans quoi cette clause pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Une fois la procédure enclenchée, la renégociation consistera à convenir d'un prix révisé lequel ne sera pas nécessairement égal au prix indexé¹⁹³⁵. Le législateur a toutefois précisé que le résultat obtenu devait opérer une répartition équitable de l'accroissement ou de la réduction des coûts. Il faut donc que l'équilibre entre les parties soit incarné dans la révision obtenue. Cette exigence « va au-delà de la simple conservation d'un intérêt économique du contrat habituellement attaché à l'exigence de loyauté contractuelle¹⁹³⁶ ». En cela, le législateur manifeste le souci d'un équilibre objectif non seulement au stade de la formation du contrat, mais encore au stade de son exécution.

628. La faiblesse du dispositif repose incontestablement sur l'obligation de moyens de renégociation qu'instaure l'article L. 441-8 du Code de commerce. L'article D. 441-7 IV indique en effet que la procédure de renégociation peut aboutir à un désaccord insurmontable. La clause crée donc une obligation de résultat de renégociation,¹⁹³⁷ mais une obligation de moyens de révision¹⁹³⁸. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la clause de renégociation « n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie et que de même, l'article du contrat

¹⁹³⁵ Le temps de cette renégociation est limité par l'article L. 441-8 du C. com. à deux mois maximum.

¹⁹³⁶ R.-J. Aubin-Brouté art. préc., n°22.

¹⁹³⁷ Ch. Jarrosson art. préc., p. 150, n°26. V. aussi, H. Lécuyer, La modification unilatérale du contrat, *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations sous direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, spéc. pp. 52-53.

¹⁹³⁸ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* n°817 : « l'obligation de renégociation ne va pas jusqu'à imposer qu'il en ressorte nécessairement un nouvel accord. Elle n'implique donc pas une obligation de révision. » ; Note d'information DGCCRF n° 2014-185 : « Il s'agit d'une obligation de renégocier, et non d'une obligation de réviser le prix convenu. »

intitulé “adaptation et transfert du contrat”, selon lequel les parties sont convenues d’examiner ensemble “les moyens d’adapter le contrat aux évolutions économiques, techniques ou de réglementation”, n’oblige nullement les parties à réviser le contrat, mais en autorise seulement la possibilité.¹⁹³⁹ » Sauf comportement abusif de l’une des parties, ces dernières ne sont pas tenues de parvenir à un accord¹⁹⁴⁰. Certains auteurs ont néanmoins souligné l’existence d’une obligation en creux « de faire tout ce qui est en leur pouvoir (best efforts) afin d’éviter que croisse le dommage qui justifie la renégociation.¹⁹⁴¹ » Dérivée de l’obligation de minimiser les pertes existantes en matière de commerce international¹⁹⁴², cette obligation signifie que les cocontractants doivent veiller, lors de la renégociation, « à prendre toutes les mesures raisonnables pouvant limiter l’étendue du préjudice¹⁹⁴³ » subi par la partie à l’origine de la demande. Cela ne permet pas pour autant de modifier la nature de l’obligation de renégociation imposée aux parties. Appliquée aux contrats de la grande distribution, cette obligation de moyens compromet l’efficacité du dispositif. Le rapport de force des parties en présence pourra conduire en pratique à un échec provoqué des négociations en faveur du distributeur. L’on objectera néanmoins que le compte rendu de négociation devrait permettre de faire surgir l’abus éventuel de ce dernier s’il ressort des éléments produits que les critères de l’activation de la clause étaient remplis et que le refus n’était pas objectivement justifié. Les parties peuvent enfin décider d’aménager les cas pour lesquels les parties ne seraient pas parvenues à un accord¹⁹⁴⁴, en prévoyant qu’à défaut d’accord le contrat est caduc. Conscient

¹⁹³⁹ Com. 3 oct. 2006, n° 04-13.214 n° 1143 FS-D, *D.* 2007, 765, obs. D. Mazeaud. Dans le même sens, CA Angers 27 janv. 2004, *CCE* nov. 2004, comm. 145 obs. P. Stoffel-Munck.

¹⁹⁴⁰ La CEPC a précisé dans un avis n° 16-4 du 14 janv. 2016 relatif à une demande d’avis d’une société sur l’existence d’un délai légal de transmission de nouveaux tarifs à ses clients, qu’en cas de désaccord « la rupture ne peut se faire qu’en respectant un délai de prévenance tenant compte de la durée de la relation si celle-ci peut être considérée comme une relation commerciale établie au sens de l’article L442-6-I-5° du Code de commerce. »

¹⁹⁴¹ Ch. Jarrosson, art. préc. p. 150, n°27.

¹⁹⁴² S. Reifegerste et G. Weiszberg, Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international, *RD aff. int.* 2004, p. 181 ; C. Witz, L’obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l’exemple de la convention de Vienne sur la vente internationale, *LPA* 2002, n°232, p. 50 ; La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises retient, dans son article 77, la règle selon laquelle « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ». Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international adoptent une solution similaire. L’article 7.4.8., 1) prévoit que “le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l’atténuer par des moyens raisonnables”. De même les Principes européens du droit des contrats énoncent que « le débiteur n’est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant qu’il (...) aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables » (art. 4. 504-1, b).

¹⁹⁴³ S. Sana-Chaïllé de Néré, La responsabilité contractuelle en droit international privé, *Jurisclasseur Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 25-20, 2016, n°73.

¹⁹⁴⁴ R.-J. Aubin-Brouté, La question du prix dans les relations commerciales agricoles, *Droit rural* n° 441, Mars 2016, étude 11, n°23.

de ce risque, le législateur a entendu renforcer l'arsenal législatif en assortissant la procédure de renégociation d'une médiation *ad hoc* en cas de litige.

2. Le recours à une procédure de médiation *ad hoc* en cas de litige

629. La loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014¹⁹⁴⁵ a rendu obligatoire le recours à la médiation¹⁹⁴⁶ en cas de litige relatif à la renégociation du prix en application de l'article L. 441-8 du Code de commerce¹⁹⁴⁷. À cette saisine obligatoire s'ajoute une saisine facultative du médiateur des relations commerciales agricoles¹⁹⁴⁸. Cette saisine peut concerner la rédaction de la clause de renégociation ou un litige intervenu entre les parties à l'occasion de l'exécution de ladite clause¹⁹⁴⁹. Certains auteurs¹⁹⁵⁰ distinguent à cette fin la médiation institutionnelle, incarnée par le médiateur des relations commerciales agricoles facultative et destinée aux macro-conflits¹⁹⁵¹, de la médiation amiable obligatoire, incarnée par des médiateurs choisis par les parties laquelle vise les microconflits. Une deuxième ambiguïté participe à l'illisibilité des fonctions du médiateur institutionnel nommé

¹⁹⁴⁵ Loi n° 2014-1170.

¹⁹⁴⁶ Ch. Jarrosson, Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, pp. 141-160.

¹⁹⁴⁷ Art. L. 631-28 alinéa 2 C. rur. Pêche. Marit. ; C. Varlet-Angove, La loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt : aspects de droit des contrats, *AJCA* 2014, p. 323. Le projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable du 31 janvier 2018 prévoit sur ce point une extension de cette saisine obligatoire du médiateur V. art. 4 II : « Tout litige entre professionnels relatif à l'exécution d'un contrat ou d'un accord-cadre mentionnés à l'article L. 631-24 ayant pour objet la vente de produits agricoles ou alimentaires doit, préalablement à toute saisine du juge, faire l'objet d'une procédure de médiation par le médiateur des relations commerciales agricoles, sauf si le contrat en dispose autrement ou en cas de recours à l'arbitrage. »

¹⁹⁴⁸ Art. L. 631-27 alinéa 2 : « Il peut être saisi de tout litige relatif à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat ayant pour objet la vente ou la livraison de produits agricoles, ou la vente ou la livraison de produits alimentaires destinés à la revente ou à la transformation, y compris les litiges liés à la renégociation du prix prévue à l'article L. 441-8 du Code de commerce ou à un accord-cadre prévu au I de l'article L. 631-24 du présent Code. Il prend toute initiative de nature à favoriser la résolution amiable du litige entre parties. » Le projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable du 31 janvier 2018 prévoit d'étendre les missions du médiateur par un pouvoir de recommandation V. Art. 4, I, 3° du projet de loi : « « Il recommande la suppression ou la modification des projets de contrats et accords-cadres, ou des contrats et accords-cadres, qu'il estime présenter un caractère abusif ou manifestement déséquilibré. »

¹⁹⁴⁹ Communiqué de presse du 3 novembre 2014 <http://agriculture.gouv.fr/le-mediateur-des-relations-commerciales-agricoles-communique-de-presse> : « Le médiateur rappelle aux parties aux contrats qu'elles peuvent solliciter son aide pour arrêter la clause de renégociation devant figurer dans leurs contrats » et, que « La loi impose en effet aux parties de recourir à un arbitre ou à un médiateur – de leur choix – pour régler les litiges relatifs à la renégociation du prix de vente des produits listés par le décret. »

¹⁹⁵⁰ R.-J. Aubin-Brouté, Le contentieux du paiement dans les contrats de commercialisation des produits agricoles : l'avènement d'une nouvelle trinité, *Droit rural* n° 451, Mars 2017, étude 7.

¹⁹⁵¹ Le ministère de l'agriculture met à disposition des producteurs et des distributeurs un formulaire de saisine du médiateur des relations commerciales agricoles <http://agriculture.gouv.fr/le-mediateur-des-relations-commerciales-agricoles>

par décret¹⁹⁵². Qui sont donc les médiateurs choisis par les parties visées à l'article L. 631-28 du Code rural et de la pêche maritime ? Il semble en réalité que les grands distributeurs aient saisi l'article L. 631-38 pour s'emparer de la procédure de médiation en nommant des médiateurs internes. *Lidl France* a ainsi nommé au mois de mars 2017 un médiateur interne destiné à agir comme un premier barrage avant la saisine du médiateur des relations commerciales agricoles¹⁹⁵³. La multiplication de médiateurs pose bien évidemment des problèmes d'indépendance et de liberté des parties, seuls les distributeurs étant en mesure de rémunérer ces médiateurs. Si le médiateur des relations commerciales agricoles précise que le recours à ces médiateurs internes n'a pas de caractère contraignant¹⁹⁵⁴, les distributeurs pourraient se prévaloir d'une prise en charge financière de ces médiations pour inciter les fournisseurs à s'y soumettre.

630. Un dernier obstacle à la réussite de cette clause de renégociation peut être identifié dans la place tenue par le secret des affaires et le secret en matière industrielle et commerciale au cours de cette procédure¹⁹⁵⁵. L'article L. 441-8 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « la renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires ». Dans quelle mesure cette contrainte peut-elle faire échec à la mise en œuvre effective de l'obligation de renégociation ? La directive européenne du 8 juin 2016¹⁹⁵⁶ a défini en son article 2 le secret des affaires comme l'ensemble des informations répondant aux trois critères cumulatifs suivants : Premièrement, elles ne sont pas « généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément

¹⁹⁵² Décret du 18 mai 2015 portant nomination du médiateur des relations commerciales agricoles – M. Amand Francis ; Art. préc. Aubin-Brouté, La question du prix dans les relations commerciales agricoles, *Droit rural* n° 441, Mars 2016, étude 11, n°15 : « l'hybridation des fonctions du médiateur, tantôt conciliateur tantôt expert auprès des pouvoirs publics (C. rur. pêche marit., art. L. 631-27), nuit certainement à l'efficacité de son action. »

¹⁹⁵³ Communiqué de presse du 2 mars 2017 <http://agriculture.gouv.fr/le-mediateur-des-relations-commerciales-agricoles-mise-en-place-dun-mediateur-interne-par-lidl> « Le médiateur interne est un cadre de l'enseigne de distribution, indépendant des services achats du distributeur, et placé directement auprès de la direction générale. Son rôle est de rechercher une solution amiable aux litiges survenus à l'occasion de la fourniture d'un produit agricole ou alimentaire au distributeur, dans le respect des principes édictés par le Médiateur des relations commerciales agricoles. Le médiateur interne s'engage à donner une réponse écrite (courrier ou mail) au fournisseur l'ayant sollicité dans un délai de 15 jours. Passé ce délai, chaque partie peut, à sa seule initiative, saisir le Médiateur des relations commerciales agricoles du litige en cause. La procédure de médiation interne n'a ni caractère obligatoire, ni contraignant pour les parties au contrat. »

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵⁵ N. Erese, art. préc. ; Y. Paclot, Secret et relations d'affaires. Les diverses facettes du secret des affaires, *Droit et patrimoine*, n°102, 1^{er} mars 2002.

¹⁹⁵⁶ PE et Cons. UE, dir. 2016/943/UE, 8 juin 2016, JOUE n° L 157, 15 juin 2016 ; *JCP G* 2016, act. 746, obs. S. Chiller.

accessibles », deuxièmement, elles « ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes », et troisièmement, elles « ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ». Cette définition a fait couler beaucoup d'encre¹⁹⁵⁷ en raison de l'acception large qu'elle retient du secret des affaires. Des exemples des informations en cause nous sont donnés par le contentieux relatif à la phase de négociation commerciale annuelle. Le distributeur ne pourra ainsi exiger du fournisseur qu'il produise son coût horaire machine, le coût de sa main-d'œuvre, les frais de structure ou la marge commerciale. Le secret en matière commerciale touche à la fois les informations économiques et financières, mais également les stratégies commerciales de l'entreprise. Le fournisseur ne pourra pas exiger par exemple de connaître la liste des fournisseurs concurrents, les prix pratiqués par ces derniers ou les remises dont ils bénéficieraient. Ces informations pourraient donc constituer un obstacle dans la renégociation du contrat. Le renvoi à un indice devrait toutefois permettre d'éviter cet obstacle en concentrant l'analyse du déséquilibre sur un déséquilibre en valeur objectif.

631. Les clauses d'adaptation du prix ainsi présentées supposent, nous l'avons compris, un exercice particulièrement adroit de leurs ressorts au risque de produire, à défaut, un détournement de l'objectif affiché au profit de la partie économiquement forte.

II. Le risque de détournement de l'objectif affiché au profit de la partie économiquement forte

632. Le risque de détournement des modes d'adaptation du prix au profit de la partie économiquement forte est bien réel. Il se manifeste lorsque, sous couvert d'instaurer de la souplesse dans la relation contractuelle une partie organise en réalité un détournement du mécanisme d'adaptation à son profit. Le législateur conscient de ces pratiques a sanctionné la pratique consistant à bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (A), tandis que le déséquilibre significatif,

¹⁹⁵⁷ J.-C. Galloux, L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires, *RTD Com.* 2017 p. 59 ; F. –L. Simon, Secret des affaires : adoption de la directive par le Parlement européen, *JCP E* 2016, act. 399.

plus large dans ses conditions d'admission permet de sanctionner les déséquilibres résiduels induits par les clauses d'adaptation du prix (B).

A. La sanction de la pratique consistant à bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes

633. Issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, l'article L. 442-6, II, d) du Code de commerce sanctionne au titre des pratiques restrictives de concurrence, le fait de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par son cocontractant. Cet article a été présenté comme un vecteur de libération de la négociation commerciale permettant de récompenser le « meilleur négociateur¹⁹⁵⁸ ». La sanction de ce type de pratique permet surtout d'encourager l'entrée sur le marché de nouveaux fournisseurs qui pouvaient être freinés par l'obligation pesant sur eux d'appliquer à tous les bénéficiaires d'une telle clause les conditions plus favorables obtenues par un concurrent¹⁹⁵⁹. Cette pratique vise les clauses d'alignement préalablement étudiées en ce qu'elles permettent à une partie d'obtenir l'alignement automatique du prix payé par son débiteur sur celui payé à ses concurrents. L'intégration de l'article L. 442-6, II, d) dans le Code de commerce a pu faire dire à certains auteurs que celui-ci marquait la fin de la licéité des clauses d'alignement¹⁹⁶⁰. D'autres, au contraire, ont cru déceler dans la rédaction de cet article une limite à l'illicéité de ces clauses dans le cas où la clause litigieuse aurait été négociée avec une seule entreprise concurrente du bénéficiaire¹⁹⁶¹. Elle est encore envisagée par certains dans le cas où elle interviendrait dans un engagement d'exclusivité, afin d'éviter que le prix consenti à un tiers ne vienne fausser le libre jeu de la concurrence¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁸ J.-L. Fourgoux, Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse, *Gaz. Pal.* 16 sept. 2008, n°260, p. 2.

¹⁹⁵⁹ D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 7^e éd. 2014, n°317, p. 162.

¹⁹⁶⁰ V. Pironon, Avis de tempête dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, *CCE*, n° 1, Janvier 2014, comm. 7.

¹⁹⁶¹ D. Ferrier, N. Ferrier *op. cit.* n°318, p. 162 : « On observera qu'il vise « les concurrents » et « un concurrent », de sorte qu'une interprétation restrictive, dissociant condition générale et condition particulière, devrait conduire à admettre la clause dite « du client le plus favorisé » en application de laquelle la condition favorable dont l'application serait étendue, aurait été négociée avec une seule entreprise concurrente du bénéficiaire. »

¹⁹⁶² D. Ferrier, N. Ferrier *op. cit.* n°562, p. 305 : « Cette stipulation en principe nulle dans les relations entre fournisseur et distributeur ; elle pourrait toutefois être admise dans le cadre de contrats emportant un engagement d'exclusivité, notamment pour éviter que la discrimination opérée en faveur du tiers soit de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché. »

634. Les avis de la CEPC¹⁹⁶³ et les décisions récentes rendues sur le fondement de cet article réservent un sort sévère aux clauses d'alignement invoquées. Bien que les décisions soient encore peu nombreuses, le marché de la réservation de nuitées en ligne a montré la pertinence de l'article L. 442-6, II, d) pour venir sanctionner les clauses de parité tarifaire. Les OTA (*Online Travel Agency*) œuvrant sur ce marché, concluent avec les établissements hôteliers des contrats contenant des clauses de parité tarifaire. Ces clauses d'alignement consistent à faire bénéficier l'OTA des prix, prestations et avantages consentis par l'établissement hôtelier à des plateformes concurrentes. Les décisions rendues tant à l'égard du groupe *Expedia*¹⁹⁶⁴ que de la société *Booking.com*¹⁹⁶⁵ témoignent du caractère incontournable de ces clauses dans le modèle économique de ces OTA. Ces clauses de parité tarifaire¹⁹⁶⁶ obligent l'hébergement¹⁹⁶⁷ à faire bénéficier la plateforme de réservation d'un tarif au moins aussi avantageux que celui proposé sur les plateformes concurrentes ainsi que sur l'ensemble des autres canaux de commercialisation¹⁹⁶⁸. Cette clause s'assimile à une clause du client le plus favorisé en ce qu'elle permet à la plateforme de se prévaloir du prix consenti par son cocontractant à un concurrent pour obtenir automatiquement les mêmes conditions tarifaires. Les juges devaient donc se prononcer sur la validité de ces clauses au regard de l'article L. 442-6, II, d) du Code de commerce. La Cour d'appel de Paris considère dans sa décision du 21 juin 2017 que la clause de parité tarifaire invoquée contrevient bien aux dispositions de l'article L. 442-6, II, d) et doit en conséquence être déclarée nulle. La même solution avait été retenue quelques mois auparavant à l'encontre de la société

¹⁹⁶³ CEPC 9 sept. 2015, avis n° 09-05 complétant les questions-réponses du 22 décembre 2008 sur la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie ; CEPC 1^{er} janv. 2009 Avis n° 09-11 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie.

¹⁹⁶⁴ T. com Paris, 7^e ch. 7 mai 2015, n° j2015000040, *Expedia* obs. G. Loiseau, *CCE* n° 7, Juillet 2015, comm. 58. Le tribunal de commerce avait sanctionné les clauses de parité tarifaire non sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) compte tenu de la clause portant application du droit anglais, mais sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° considéré lui comme une loi de police ; CA Paris 21 juin 2017, 15/18784 obs. F. Jacomino, *Gaz. Pal.* 2017, n°30, p. 21. Pour des avis de la CEPC déjà en ce sens : CEPC 9 sept. 2015, avis n° 09-05 complétant les Questions-Réponses du 22 décembre 2008 sur la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie ; CEPC 1^{er} janv. 2009, Avis n° 09-11 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie.

¹⁹⁶⁵ T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Economie et des Finances et autres / Société *Booking.com* B.V et Société *Booking.com* France).

¹⁹⁶⁶ M. Behar-Touchais, Les clauses de parité tarifaire en péril dans la réservation hôtelière, *RDC* 1^{er} déc. 2015, n°4, p. 931.

¹⁹⁶⁷ Il s'agit du terme employé pour désigner les établissements hôteliers.

¹⁹⁶⁸ S'agissant des prix pratiqués par l'établissement hôtelier lui-même la clause de parité ne pouvait être sanctionnée sur ce point sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) lequel ne vise que les avantages consentis aux concurrents. La CA de Paris 21 a donc décidé dans son arrêt du 21 juin 2017 préc. de sanctionner la clause de parité sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° s'agissant de l'alignement des prix sur ceux pratiqués par le cocontractant lui-même.

Booking.com dont les conditions générales contenaient une clause de parité tarifaire comparable.

635. La loi *Macron* a encore renforcé cette interdiction en intégrant dans le Code du tourisme l'article L. 331-5-1 alinéa 2 réputant non écrite la clause faisant obstacle à la liberté de l'hôtelier « de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite. » L'adaptation automatique du prix présente donc dans le secteur de la réservation de nuitées en ligne un risque accru de déséquilibre contractuel. En dehors des clauses de parité tarifaire visées par la loi, la jurisprudence a entendu sanctionner les déséquilibres résiduels produits par les clauses d'adaptation du prix sur le fondement, cette fois, du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

B. La sanction des déséquilibres contractuels induits par les clauses d'adaptation du prix sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

636. En dehors des clauses de parité tarifaire, le risque de détournement des clauses d'adaptation du prix se fait sentir s'agissant des clauses d'imprévision¹⁹⁶⁹. Ces clauses déjà répandues dans les contrats d'affaires pourraient se trouver encouragées par le caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil¹⁹⁷⁰. La crainte suscitée par cet article auprès de certains milieux professionnels et la difficulté avec laquelle il est possible d'identifier les conditions nécessaires à la mise en œuvre de ces dispositions¹⁹⁷¹ devraient conduire en effet à intégrer de manière préventive des clauses de *hardship* pour échapper aux effets de l'article 1195. Présenté comme une disposition supplétive de volonté, cet article opère pourtant un pas en avant dont on peut légitimement penser qu'il recèle une part inconciliable avec certains aménagements conventionnels. Il apparaît difficile de reconnaître dans le même

¹⁹⁶⁹ E. Mouial Bassilana, Déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, *JurisClasseur Concurrence-consommation*, fascicule 730, juill. 2015, n°41 ; A. Kirillov, Les clauses de *hardship* en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, *LPA*, 23 sept. 2011, n°190, p. 5 ; J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* n°810 p. 473 : « La clause d'imprévision a pour objet d'appréhender un événement venant modifier l'équilibre d'un contrat en cours, essentiellement par la mise en place d'une obligation de renégociation, d'une faculté de résiliation du contrat, d'une suspension de ce dernier, ou enfin de l'intervention d'un tiers pour le rééquilibrer. » On parle aussi de clause de « rencontre et de renégociation » V. F. Magar, *Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation*, D. 2010. 1959.

¹⁹⁷⁰ Cf. *supra* n°428-429.

¹⁹⁷¹ Cf. *infra* n°641.

temps le principe selon lequel une situation d'imprévision ouvre un droit à la renégociation du contrat, et que ce principe n'en est en réalité pas véritablement un dans la mesure où les parties peuvent y renoncer au moyen d'une clause. L'on touche ici l'effectivité même de la règle de droit¹⁹⁷². L'article 1195 se présente en effet comme une « effectivité disponible » de la règle de droit. La mise en œuvre de cet article ne constitue qu'une option à la disposition des parties. L'affirmation concomitante d'un principe aussi fort et de sa relativité intrinsèque conduit à questionner la teneur du message produit par le législateur¹⁹⁷³. La validité de ces clauses mérite donc d'être questionnée, et plus particulièrement à l'aune de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Deux types de difficultés doivent être envisagées. Le premier porte sur les conditions de mise en œuvre de la clause tandis que le second porte sur la procédure de renégociation prévue contractuellement.

637. Les clauses de *hardship* identifient le ou les événements propres à activer le mécanisme sur lequel elles reposent¹⁹⁷⁴. Cette identification peut être plus ou moins précise selon que les parties conviennent d'identifier un nombre limitatif de cas suffisamment circonstanciés¹⁹⁷⁵, ou qu'elles décident au contraire de définir l'événement déclencheur de manière générique¹⁹⁷⁶. La difficulté peut résider alors dans le pouvoir unilatéral de renégociation que peut faire naître une formulation volontairement trop large des conditions de déclenchement de la clause de *hardship*¹⁹⁷⁷. À l'inverse, la clause de *hardship* soumettant le déclenchement de la procédure de renégociation à des variations de prix en pratique inatteignables pourrait, elle aussi, conférer à une partie un pouvoir excessif¹⁹⁷⁸. Le

¹⁹⁷² J. Carbonnier, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd. LGDJ, 1998, p. 140 et s. La sociologie juridique s'est beaucoup intéressée à la question de l'effectivité et l'ineffectivité de la règle de droit. Cette ineffectivité est étudiée par le Doyen Carbonnier essentiellement sous le prisme du droit pénal. Néanmoins, les développements qu'il y consacre peuvent aisément être transposés à la matière contractuelle.

¹⁹⁷³ Cela d'autant plus que la loi *Sapin II* du 9 décembre 2016 sanctionne *per se* le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure. » Cela semble donc indiquer les faveurs du législateur pour une prise en compte obligatoire des événements imprévisibles dans le contentieux de l'inexécution contractuelle. V. sur ce point M. Behar-Touchais, *Les nouveaux abus de l'article L. 442-6 issus de la loi Sapin II*, *RDC* 2017, n° 2, p. 290.

¹⁹⁷⁴ F. Magar art. préc.

¹⁹⁷⁵ C'est le cas de certaines qui visent des augmentations du prix de la matière première vendue dans le cadre du contrat au-delà d'un certain montant pendant une période donnée.

¹⁹⁷⁶ Exemple : « si, au cours des trois premières années d'application du présent contrat, par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial survenant après la conclusion du contrat et en dehors des prévisions normales des parties, l'économie des rapports contractuels venait à être modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations... »

¹⁹⁷⁷ J. Mestre, J.-Ch. Roda, *op. cit.* n°813, p. 474.

¹⁹⁷⁸ F. Magar, art. préc. « Une rédaction trop ouverte peut laisser la place à des demandes de mise en œuvre trop fantaisistes ou trop fréquentes. Une rédaction trop fermée pourra ne pas appréhender une situation qui n'aura pas été envisagée. Elle pourra aussi ouvrir, de fait, en fonction de l'élément déclencheur choisi, le bénéfice de la

déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce devrait permettre, nous semble-t-il, d'appréhender ces détournements du mécanisme de la clause d'imprévision de manière efficace. Cette notion permet en effet de sanctionner dans les rapports entre partenaires commerciaux d'inégale puissance, les clauses permettant d'imposer à une partie des obligations dépourvues de contrepartie ou dont la contrepartie est dérisoire. Ainsi, la clause de *hardship* qui permettrait à un distributeur de solliciter la renégociation du prix des produits vendus par le fournisseur à sa discrétion¹⁹⁷⁹ pourrait être sanctionnée sur le fondement de cet article. Dans le même sens, la clause d'imprévision dont les conditions de déclenchement ne permettraient qu'à une seule des parties de se prévaloir de la renégociation du contrat aura toutes les chances d'être sanctionnée sur ce fondement¹⁹⁸⁰. S'agissant de la clause dont les conditions de déclenchement seraient impossibles à atteindre, elle revient en réalité à priver une partie de l'accès à la procédure de l'article 1195 du Code civil, et devrait en cela pouvoir être sanctionnée par le biais de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

638. Outre l'identification des conditions de déclenchement de la procédure de renégociation, les clauses de *hardship* doivent également prévoir les modalités propres à la procédure d'activation de la clause. Elles peuvent ainsi limiter la fréquence d'invocation possible de leur mécanisme, prévoir une période de carence et/ou indiquer qu'à défaut d'accord les parties devront saisir un tiers¹⁹⁸¹. Le risque dans ce cas est d'entraver le recours à la procédure de renégociation par l'accumulation d'obstacles procéduraux et matériels¹⁹⁸². Si le refus de l'admission de la théorie de l'imprévision en droit commun pouvait freiner la sanction de ce type de clause, les juges devraient se montrer plus sévères maintenant que le Code civil admet le principe même de la révision pour imprévision. Le tribunal de commerce de Lille a au demeurant sanctionné dès 2010¹⁹⁸³ la clause excluant la révision des acomptes,

clause à l'une seulement des parties et priver l'autre du bénéfice de la protection. Ainsi, un contrat dont l'un des éléments critiques pour l'une des parties serait le prix du gaz ne devrait-il pas limiter l'ouverture de la clause de *hardship* qu'aux seuls cas d'augmentation du prix du gaz sur le marché de l'énergie, auquel cas l'une des parties seulement serait préservée contre son risque propre. »

¹⁹⁷⁹ C'est le cas lorsque les conditions de déclenchement de la clause d'imprévision sont formulées de manière si générale que l'une des parties peut en réalité s'en prévaloir à tout moment.

¹⁹⁸⁰ On touche ici à l'absence de réciprocité sanctionnée à plusieurs reprises V. not. Décision préc. T. com. Lille, 6 janv. 2010, n° 2009/05184, *Castorama*.

¹⁹⁸¹ Il peut s'agir d'un médiateur, d'un expert, d'un avocat ou d'un conciliateur.

¹⁹⁸² C'est le cas si les parties décident par exemple de saisir un expert dont les honoraires seraient particulièrement élevés.

¹⁹⁸³ T. com. Lille, 6 janv. 2010, *RDC* 2010, n°3, p. 928 obs. M. Behar-Touchais. V. dans le même sens pour une clause de révision des prix dont les conditions de mise en œuvre étaient plus contraignantes pour le fournisseur que pour le distributeur T. com. Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, min. Éco. c/ Eurachan, et nos obs. « L'intangibilité du contrat annuel entre fournisseur et enseigne de la grande distribution, confrontée à la hausse du

en cas de modification du chiffre d'affaires réalisé avec le cocontractant, qui était en l'espèce la société Castorama. Le principe d'un droit à la révision des acomptes en cas de variation du chiffre d'affaires est donc implicitement admis dans les relations entre partenaires commerciaux dont la puissance économique est manifestement déséquilibrée. Est-ce à dire pour autant que, comme en matière de droit de la consommation¹⁹⁸⁴, les clauses qui entraveraient le recours à la procédure de renégociation pour imprévision seraient par principe suspectes ? Telle ne semble pas être la voie tracée par le législateur. Le caractère supplétif de la procédure mise en place par l'article 1195 du Code civil ferait en effet pencher pour une appropriation souple de l'imprévision par les parties. Il se pourrait en revanche, que la solution soit plus sévère dans les contrats pour lesquels il existe un rapport de dépendance et que la clause d'imprévision y soit utilisée tantôt pour s'octroyer un avantage excessif¹⁹⁸⁵ ou dépourvu de contrepartie¹⁹⁸⁶, tantôt pour empêcher son cocontractant de solliciter la renégociation du contrat.

639. Le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° devrait donc permettre de neutraliser les détournements des clauses d'imprévision au profit d'un partenaire commercial. Il est en revanche plus difficile de dire si le déséquilibre significatif de droit commun sera appelé, lui aussi, à remplir cette fonction en matière de contrats d'adhésion. Rien ne semble y faire obstacle pour l'heure¹⁹⁸⁷. La spécificité du contrat d'adhésion et ses implications sur l'équilibre des rapports de force entre les parties au contrat justifient en effet qu'un contrôle des clauses d'« *anti-hardship* » puisse être exercé sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

prix des matières premières » ; *RDC* 2012, p. 143, obs. M. Behar-Touchais ; CA Paris, 11 sept 2013, n° 2009/02296, *Eurauchan c/ min. Économie, industrie et emploi* ; *RDC* 2014, p. 231, obs. M. Behar-Touchais, V. aussi sur pourvoi, Com. 3 mars 2015, n° 13-27525.

¹⁹⁸⁴ Art. R. 212-2, 10° C. consom. : « sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. »

¹⁹⁸⁵ C'est le cas lorsqu'une partie profite d'une formulation générique des motifs d'activation de la clause pour solliciter des renégociations fantaisistes sans que cela ne se justifie d'un point de vue économique.

¹⁹⁸⁶ F. Magra, art. préc. : « Ainsi, un contrat dont l'un des éléments critiques pour l'une des parties serait le prix du gaz ne devrait-il pas limiter l'ouverture de la clause de *hardship* qu'aux seuls cas d'augmentation du prix du gaz sur le marché de l'énergie, auquel cas l'une des parties seulement serait préservée contre son risque propre. »

¹⁹⁸⁷ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 387.

640. Les risques de détournement des clauses d'adaptation du prix sont donc particulièrement saillants en matière de clauses d'alignement automatique du prix comme pour les clauses de renégociation au travers de la clause de *hardship*. Le développement croissant de ces clauses dans les contrats d'affaires doit, pour être compris, s'analyser à l'aune de la liberté offerte par le législateur en matière de fixation du prix.

§2. La liberté offerte par le législateur aux parties en matière de fixation unilatérale du prix

641. Le recours aux clauses d'adaptation du prix s'explique par la liberté offerte aux parties en matière de fixation unilatérale du prix lors de la conclusion du contrat. Après avoir alimenté un contentieux important, la réforme du 10 février 2016 a cherché à parvenir à un équilibre entre l'obligation générale de détermination du prix, et la faculté, pour certains contrats, de fixer unilatéralement le prix. Cette solution renforce le rôle des parties en la matière tandis qu'elle cantonne le rôle du juge à un contrôle de l'abus, témoignant en cela d'une certaine méfiance à l'égard de ce dernier¹⁹⁸⁸ lorsqu'il s'agit de jauger l'adéquation de la valeur à la prestation. Le périmètre du mécanisme de fixation unilatérale du prix (I) permet donc aux professionnels de bénéficier de la souplesse que requièrent ces contrats tout en assurant un contrôle de la motivation favorisant les parties au détriment du juge (II).

I. Le périmètre du mécanisme de fixation unilatérale du prix

642. L'obligation de détermination du prix trouve dans l'ordonnance du 10 février 2016 un nouveau souffle. L'article 1163 du Code civil réformé impose la détermination de l'objet valant pour toute prestation, incluant le prix¹⁹⁸⁹. La consécration de ce principe n'allait pas de

¹⁹⁸⁸ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n°32.92, p. 206 ; S. Bros, *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? RDC* 2012, n°4, p. 1452. V. en ce sens l'article 8 du Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, adopté en première lecture par le Sénat le 17 oct. 2017 qui supprimait le pouvoir de révision du juge prévu à l'art. 1195 C. civ. Laissant à ce dernier le seul pouvoir de « mettre fin au contrat ». L'Assemblée nationale est néanmoins revenue sur cette suppression lors de l'adoption du projet de loi de ratification du 11 décembre 2017 V. art. 8.

¹⁹⁸⁹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laitier, *op. cit.* p. 270 ; S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°402, p. 376 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M.

soi, la jurisprudence de 1995 ayant indiqué à l'époque que « l'article 1129 n'[est] pas applicable à la détermination du prix¹⁹⁹⁰ ». À rebours de cette affirmation, l'article 1163 exige au contraire que la prestation soit déterminée. Plusieurs auteurs en déduisent que les parties auraient l'obligation de déterminer le prix lors de la conclusion du contrat¹⁹⁹¹. Les articles 1164 et 1165 du Code civil se présentent comme des exceptions à ce principe en matière de contrats-cadre (A), et de contrats de prestation de service (B).

A. La fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres

643. L'article 1164 dispose que « dans les contrats-cadres, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties ». Cette solution avait déjà été affirmée par le passé¹⁹⁹², mais elle s'assortit ici de précisions supplémentaires. Sur la limitation de cet article aux seuls contrats-cadres, tout d'abord, il convient de préciser les raisons d'un tel choix. Il peut en effet apparaître surprenant de décider que ce contrat à la différence des autres autorise une indétermination du prix. Plusieurs arguments ont été avancés dans une optique explicative. Les articles 1591 et 1583 du Code civil¹⁹⁹³ ont été présentés comme une justification suffisante à l'obligation de détermination du prix *ab initio* en matière de contrat de vente. Mais qu'en est-il alors des autres contrats ? Certains auteurs ont argué que la fonction du prix selon les contrats expliquerait que celui-ci doive ou non être déterminé lors de la conclusion du contrat¹⁹⁹⁴. D'autres auteurs soutiennent au contraire que cela tiendrait de

Mekki, *op. cit.* n°271, p. 247 ; Pour un avis contraire V. G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°410, p. 335, n°415, p. 339.

¹⁹⁹⁰ Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, (4 arrêts), *JCP* 1996, II, 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin ; *JCP E* 1996, II, 776, note L. Leveneur ; *D.* 1996, Jur. p. 13, concl. Jéol, note L. Aynès ; *LPA*, 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; *Civ. 1re*, 12 mai 2004, n° 03-13.847. V. aussi, Th. Revet, La détermination de l'objet dans le contrat, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, pp. 36-45.

¹⁹⁹¹ Pour une position contraire, F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°24.43, p. 137 : « le régime du prix ne paraît pas pouvoir relever de l'alinéa 2 de l'article 1163 nouveau du Code civil qui dispose que « la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ art. 1583 C. civ. : « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » ; Art. 1591 C. civ. : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. »

¹⁹⁹⁴ Lorsque le prix donne simplement un caractère onéreux au contrat son indétermination est indifférente tandis qu'elle est sanctionnée de nullité lorsqu'elle participe de la qualification même du contrat. V. A. Brunet, A. Ghozi, La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *D.* 1998, chron. p. 1, spéc. n° 8, p. 3 ; dans le même sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 7e éd., 1999, n° 278, p. 266 ; G. Canivet, L'indétermination du prix (à propos des arrêts du 1er décembre

« considérations d'opportunité¹⁹⁹⁵ » non homogènes et concurrentes. Il faut effectivement admettre que l'on peine à identifier un dénominateur commun justifiant la mise à l'écart de certains contrats de l'obligation de détermination du prix *ab initio*. C'est sans doute cette difficulté qui a conduit à modifier les projets de réforme successifs. Le Projet de réforme de la Chancellerie disposait qu'« il peut toutefois être convenu, dans les contrats à exécution successive et dans les contrats-cadres, que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties¹⁹⁹⁶ ». Craignant les effets d'une interprétation *a contrario*¹⁹⁹⁷, la Chancellerie décidait d'ajouter au Projet de 2009 un article consacrant la faculté de déterminer unilatéralement le prix pour les contrats de prestation de service¹⁹⁹⁸. Le Projet de la Chancellerie de 2009 y a donc inclus les contrats de prestation de service. Cette solution faisait ainsi cohabiter trois exceptions en fonction du type de contrat concerné, sans que cette typicité soit théoriquement solide. Le groupe technique a donc proposé de limiter ces hypothèses aux seuls contrats de prestation de services¹⁹⁹⁹, avant que le groupe ministre choisisse, l'année suivante, de trancher en faveur des seuls contrats à exécution successive²⁰⁰⁰. Il semblerait donc que la version finale de 2016 supprimant les contrats à exécution successive ait été motivée par la crainte d'un champ d'application trop large pouvant notamment inclure le contrat de bail²⁰⁰¹. Cela ne permet pas au demeurant de percer la logique du choix à l'œuvre en matière d'identification des contrats échappant à l'obligation de détermination du prix²⁰⁰². Le fonctionnement du contrat-cadre pris isolément permet néanmoins de justifier sa place d'exception²⁰⁰³.

1995). Introduction à la conférence du lundi 10 avril 2006 dans le cadre du cycle Droit, économie, justice. https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/cycle_droit_eco_just_2007/10-04-2006_intro_canivet.pdf

¹⁹⁹⁵ N. Molfessis, Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *LPA* 5 mai 2000, p. 41, n° 14 §20.

¹⁹⁹⁶ Projet de 2008, art. 82.

¹⁹⁹⁷ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°24.43, p. 135.

¹⁹⁹⁸ Projet 2009, Art. 74 : « Pour les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution pour en fixer le prix, celui-ci peut être fixé par le créancier à charge pour lui d'en justifier le montant. »

¹⁹⁹⁹ Projet 2010 art. 78 : « Toutefois, pour les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution pour en fixer le prix, celui-ci peut être fixé par le créancier à charge pour lui d'en justifier le montant. »

²⁰⁰⁰ Projet 2011 art. 76 : « Il peut toutefois être convenu, dans les contrats-cadres et les contrats à exécution successive, que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. »

²⁰⁰¹ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°24.43, p. 137.

²⁰⁰² G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, °418, p. 342.

²⁰⁰³ J. Gatsi, Le contrat-cadre, Thèse, LGDJ, 1996, p. 304, n° 440 : « il s'agit d'un contrat, visant par des modalités prévues à l'avance, la conclusion, éventuelle et rapide, des contrats d'application. » ; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, Le contrat cadre, par-delà les paradoxes, *RTD com.* 1996, 179 ; C. Lavabre, Éléments de la problématique du contrat cadre, *RJDA* 2002. 603.

644. Cette convention programmatique organise en effet les conditions générales des relations contractuelles à venir²⁰⁰⁴. Sa fonction normative²⁰⁰⁵ rend nécessaire l'indétermination des termes essentiels de l'échange²⁰⁰⁶. Ont ainsi été assimilés à des contrats-cadres, les contrats de franchise²⁰⁰⁷, de location-gérance²⁰⁰⁸, de concession²⁰⁰⁹ ou bien encore d'approvisionnement exclusif²⁰¹⁰. Ces contrats se présentaient en effet comme des conventions prévoyant la conclusion de conventions postérieures. « Le contrat-cadre, ou contrat de base, est en lui-même un contrat doté d'une force obligatoire ou normative immédiate, mais dont l'objet final et global ne pourra être pleinement réalisé que par la conclusion des contrats d'application qu'il implique.²⁰¹¹ » Cela explique ainsi que l'indétermination du prix, à ce stade, ne constitue pas un obstacle à la bonne exécution des contrats futurs.

645. Sur le caractère unilatéral ensuite de la fixation du prix. Cette détermination unilatérale ne l'est que dans sa mise en œuvre, son principe devant être « convenu » entre les parties²⁰¹². Le prix n'est donc jamais totalement indéterminé²⁰¹³, les parties devant décider d'un commun accord de laisser à l'une d'entre elles le pouvoir d'en fixer le montant postérieurement à la conclusion du contrat. Cela semble donc impliquer qu'il faille toujours faire mention dans le contrat du prix, ou du moins de convenir des modalités selon lesquelles celui-ci sera déterminé. À défaut, le contrat serait dépourvu d'un contenu certain et partant nul²⁰¹⁴. L'on songe toutefois aux cas pour lesquels les parties ne seraient pas « convenues » du principe de fixation unilatérale, mais pour lesquels le mécanisme se serait naturellement mis à

²⁰⁰⁴ Art. 1111 C. civ. : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. » ; N. Dissaux, Les mystères du contrat cadre, *AJCA* 2017, p. 104.

²⁰⁰⁵ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999, 771.

²⁰⁰⁶ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°130, p. 112.

²⁰⁰⁷ Com. 26 mars 1996, D. n°93-16849, *CCC* 1996, n°136, obs. L. Leveneur ; Com. 4 juin 1996, D. n°94-21027 ; Com. 21 janv. 1997, D. n°94-2034, *D.* 1997, p. 415, note Ch. Jamin ; *BRDA*, 1997/3, p. 7 ; Com. 23 févr. 1999, *CCC*, mai 1999, p. 9, obs. L. Leveneur.

²⁰⁰⁸ Com. 19 nov. 1996, n°1705D, *RJDA* 3/97, n°306, p. 201 ; com. 3 déc. 1996, n°1912D, *RJDA* 3/97, n°304 à 306, p. 201 ; com. 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n°71, p. 55, pourvoi n°95-21906.

²⁰⁰⁹ Com. 11 juin 1996, Bull. civ. IV, n°165, p. 142, *CCC* nov. 1996, p. 9 obs. L. Leveneur ; Com. 27 mars 2001, D. n°98-11743.

²⁰¹⁰ Com. 6 mai 1997, D. n°95-21001 ; com. 1^{er} juill. 1997, D. n°94-20204 ; com. 12 nov. 1997, D. n°96-11147 ; com. 18 nov. 1997, *LPA* 6 juill. 1998, p. 19, obs. M. Malaurie Vignal ; com. 23 mars 1999, D. n°96-10901.

²⁰¹¹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet *op. cit.* n°150, p. 125.

²⁰¹² J. Moury, La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre, *AJCA* 2016, p.123.

²⁰¹³ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 271 : « l'article 1164 indique que, par dérogation, les parties peuvent prévoir un procédé de détermination unilatérale. Ce n'est pas les autoriser à ne rien dire du prix. »

²⁰¹⁴ Art. 1128, 3^o C. civ.

l'œuvre par une acceptation tacite, ou par l'effet d'un usage²⁰¹⁵. Faut-il considérer ici que les parties méconnaissent les articles 1163 et 1164 ? Si certains auteurs plaident en faveur d'une grande liberté incluant celle de garder le silence sur ce point lors de la conclusion du contrat²⁰¹⁶, la nouvelle rédaction de l'article 1164 pourrait témoigner d'un encadrement plus strict de cette prérogative. Il semble en effet que le législateur ait entendu confier une responsabilité importante aux parties s'agissant du contenu du contrat et de son exécution. Les outils mis à leur disposition répondent ainsi à un double objectif de liberté et de responsabilisation. Les parties doivent donc prévoir et anticiper l'exécution du contrat en s'assurant, lors de sa conclusion, que ce dernier dispose bien des clauses nécessaires à sa bonne exécution. Dans cet objectif, la jurisprudence pourrait être encline à sanctionner de nullité les contrats dépourvus de toute précision sur le prix. Outre les contrats-cadres, le législateur a entendu étendre le champ de la fixation unilatérale du prix aux « contrats de prestations de service ».

B. La fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service

646. L'article 1165 du Code civil élargit le domaine de la fixation unilatérale du prix à une catégorie de contrats dont la dénomination démontre, une fois encore, un usage renouvelé des catégories traditionnelles de contrats²⁰¹⁷. En effet, la catégorie des contrats de prestation de service était jusqu'ici absente du Code civil²⁰¹⁸. Plus économique que juridique²⁰¹⁹, la notion de contrat de prestation de service apparaît en revanche dans le Code de la consommation²⁰²⁰ où elle renvoie aux contrats « ayant pour objet la fourniture d'un service par le professionnel en contrepartie duquel le consommateur s'engage à payer le prix ». Le contrat de prestation de service se distingue, dans le nouveau vocabulaire du droit commun des contrats²⁰²¹, du contrat de fourniture de biens²⁰²² et désigne la catégorie des contrats « dont la prestation caractéristique

²⁰¹⁵ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* ; F. Labarthe, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil, *JCP G* n° 23, 6 Juin 2016, 642.

²⁰¹⁶ N. Molfessis art. préc.

²⁰¹⁷ Cf. *supra* n° 227 sur les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré.

²⁰¹⁸ L'article 1779 du C. civ. renvoie à la catégorie des contrats de louage d'ouvrage et d'industrie.

²⁰¹⁹ S. Bros, Ch. Larroume, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°407 bis, p. 388.

²⁰²⁰ Art. L. 611-1, 4° C. consom. Issu de la Dir. 2000/31/CE, 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

²⁰²¹ V. notamment, Art. 1163 alinéa 1, 1306, 1132, 1111-1 C. civ.

²⁰²² Art. 1127-3 alinéa 1, 1127-1 C. civ.

n'est pas une obligation de donner ou de payer une somme d'argent²⁰²³ ». Il ne s'agit donc pas de désigner uniquement le contrat d'entreprise²⁰²⁴, mais d'envisager un champ d'application plus large²⁰²⁵. Le Rapport du président de la République présente en effet le contrat d'entreprise comme une sous-catégorie du contrat de prestation de service²⁰²⁶. L'ampleur du champ d'application du contrat de prestation de service pose alors la question de l'inclusion en son sein de contrats dont l'objet n'est pas exclusivement une obligation de payer. Il en va ainsi du contrat de bail²⁰²⁷ comme du contrat de cautionnement²⁰²⁸. Si l'on s'en tient à une définition inclusive du contrat de prestation de services, ces contrats devraient pouvoir y être inclus. Plusieurs auteurs²⁰²⁹ pointent toutefois les risques d'une telle extension du champ d'application de l'article 1165 et plaident en faveur d'une limitation des contrats de prestation de service aux seuls contrats d'entreprise. Une telle limitation paraît effectivement indispensable, sans quoi l'indétermination du prix deviendrait alors une menace directe à la sécurité juridique. Cette solution est par ailleurs confortée par la définition du contrat d'entreprise forgée par certains auteurs. Pascal Puig a ainsi proposé de définir le contrat d'entreprise par référence à la fois à son objet et à sa finalité²⁰³⁰. Le contrat d'entreprise est constitué d'une obligation de faire, mais « sa particularité est d'emporter la création d'une valeur destinée à profiter à son créancier.²⁰³¹ » Cela conduit à exclure de cette catégorie le contrat de bail lorsque les utilités que le preneur « retire de la jouissance de cette chose ne constituent pas l'objet d'obligations pesant sur le prestataire.²⁰³² » C'est en effet la nature même du contrat d'entreprise qui justifie que le prix puisse en être absent lors de la conclusion. La spécificité du travail que l'entrepreneur s'engage à accomplir explique que le

²⁰²³ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 277.

²⁰²⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gauthier, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^e éd. 2014, n°708, p. 415 : « Dans le contrat d'entreprise, une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage), sans la représenter. »

²⁰²⁵ G. Lardeux, *Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil*, D. 2016. 1659 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°271, p. 248 : « la notion de prestation de services peut aussi renvoyer au droit européen de la consommation, qui semble avoir beaucoup inspiré l'ordonnance du 10 février 2016. Dans ce cas de figure, le contrat de prestation de services est en quelque sorte l'antonyme du contrat translatif de propriété. Il comprend alors les contrats d'entreprise, le mandat, le bail et le crédit-bail, les prêts, les contrats de dépôt, etc. »

²⁰²⁶ Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : JO 11 févr. 2016 : « Consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, l'ordonnance autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise, lorsque les parties ne l'ont pas fixé avant l'exécution. » ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°24.51, p. 139.

²⁰²⁷ G. Lardeux art. préc.

²⁰²⁸ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 277.

²⁰²⁹ *Ibid.* ; G. Lardeux art. préc.

²⁰³⁰ P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Thèse, Éditions Panthéon, 2002, spéc. n°128, p. 191.

²⁰³¹ *Ibid.*

²⁰³² P. Puig *op. cit.* n°74, p. 112.

prix de ce travail puisse être indéterminé lors de la conclusion du contrat. C'est encore cette spécificité qui explique l'attention portée à la réception par le maître du travail accompli, et les obligations d'informations particulières qui pèsent sur l'entrepreneur. Il faut ajouter enfin que si le législateur avait voulu consacrer un champ d'application large du contrat de prestation de service, il aurait alors fallu que le principe de la détermination de l'objet soit abandonné au profit de celui de son indétermination, tant les contrats exclus du champ d'application de l'article 1165 seraient alors minoritaires²⁰³³.

647. Plus curieuse est la rédaction de l'article 1165 lorsqu'il dispose qu'« à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation ». Alors que tout pousse à présenter cet article comme le miroir de l'article 1164 pour les contrats de prestation de service, le législateur a adopté une rédaction différente de sorte que ces exceptions à l'article 1163 présentent des modalités de mise en œuvre différentes. L'indétermination du prix y est en effet présentée comme la conséquence d'un défaut d'accord, qui peut être entendu tout à la fois comme la mécontente mais également comme l'absence de tout accord sur le prix. Le prix enfin ne peut être fixé que par le créancier là où l'article 1164 indiquait qu'il pouvait l'être par « l'une des parties ». Une telle différence de traitement semble d'autant plus surprenante qu'elle ne reçoit aucune justification dans le Rapport du Président ou de la part des parties prenantes à la rédaction de l'ordonnance. L'on peut toutefois considérer que la nature du contrat de prestation de service, entendu comme le contrat d'entreprise, repose sur la place laissée à l'exécution du travail de l'entrepreneur de sorte que le prix sera nécessairement influencé par la qualité de ce travail. Mais pourquoi alors ne pas reprendre la formulation de l'article 1164 et assurer ainsi la cohérence de ces deux articles ? Certains auteurs indiquent qu'il s'agit là d'une solution jurisprudentielle classique au terme de laquelle il appartient au créancier de fixer le prix de la prestation²⁰³⁴. Plus exactement, il appartient au créancier de rapporter la preuve des éléments justifiant le montant de sa prestation. Cela ne signifie pas que seul le créancier puisse fixer le prix d'un contrat d'entreprise. Si en pratique le créancier fixe le prix définitif, il est courant que les parties conviennent d'éléments de référence permettant

²⁰³³ Certains auteurs défendent cette position et considèrent que la notion de contrat de prestation de service englobe tous les contrats à l'exception des contrats translatifs. V. en ce sens, S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n° 407 bis, p. 388.

²⁰³⁴ Art. préc. G. Lardeux ; Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-21.161, Bull. civ. I, n° 313 ; D. 1997. 263 ; *RTD civ.* 1998. 372, obs. J. Mestre, 402 obs. P.-Y. Gautier.

d'encadrer la détermination du prix à venir²⁰³⁵. Il semble, dans ce cas-là, que la condition relative au « défaut d'accord des parties » fasse défaut, de sorte que le créancier devra fixer le prix définitif au regard de ces considérations. L'on ajoutera encore que la rédaction de l'article 1165 ne fait pas obstacle à ce que les parties conviennent d'une clause de détermination du prix comme pour les contrats-cadres afin d'éviter de laisser entre les mains du créancier le pouvoir de détermination unilatérale de celui-ci. L'on proposera toutefois, dans un souci de cohérence et de sécurité, une réécriture de l'article 1165 sur le modèle de l'article 1164 dans les termes suivants : « Dans les contrats de prestation de service, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »

648. Le prix ainsi fixé par l'une des parties, il appartient à celle-ci, en cas de contestation, de motiver son choix sous peine de sanction par le juge.

II. Un contrôle de la motivation favorisant les parties au détriment du juge

649. L'article 1164 comme l'article 1165 assortissent la détermination unilatérale du prix d'une obligation de motivation. Alors que la limite de cette liberté se trouvait jusqu'ici encadrée par le contrôle de l'abus (A), le contrôle de la motivation vient opérer un renversement de principe et finalise, ce faisant, l'exercice de la prérogative de fixation unilatérale du prix (B).

A. Le contrôle traditionnel de l'abus dans la détermination unilatérale du prix

650. Le contrôle de la détermination unilatérale du prix s'effectue traditionnellement par le contrôle de l'abus²⁰³⁶. Alors que la Cour de cassation visait dans un premier temps l'obligation de bonne foi à l'appui des décisions rendues en matière d'abus dans la

²⁰³⁵ F. Labarthe, C. Noblot, Le contrat d'entreprise, fasc.302, *Jurisclasseur commercial*, 2011, n°98. C'est le cas des travaux sur dépense contrôlée.

²⁰³⁶ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°153, p. 128 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^e éd. 2013, n°293, p. 327 ; M.-A. Frison-Roche *op. cit.*

détermination du prix²⁰³⁷, cette dernière a, par la suite, rattaché ses décisions à l'abus de droit²⁰³⁸. Ce contrôle n'exclut pas pour autant le contrôle de la bonne foi dans la mise en œuvre de la prérogative contractuelle consistant à déterminer unilatéralement le prix²⁰³⁹. Le maître du prix devra ainsi rendre compte, à l'image d'un mandataire²⁰⁴⁰, de l'exercice de son pouvoir conformément aux intérêts des parties. Il s'agira de concilier le critère objectif du prix à celui plus subjectif du comportement adopté²⁰⁴¹. Les décisions rendues en matière d'abus dans la fixation du prix²⁰⁴² en témoignent. La Chambre commerciale de la Cour de cassation²⁰⁴³ a ainsi sanctionné la fixation unilatérale du prix d'une marchandise par un fournisseur au motif « que les prix unilatéralement fixés par la société Camargo, excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à la société Larzul de faire face à la concurrence ». L'abus dans la fixation unilatérale du prix serait donc la résultante d'une analyse objective du prix²⁰⁴⁴, et de celle, subjective, du comportement adopté par le cocontractant.

651. Cette solution n'est pas sans rappeler celle des arrêts *Huard*²⁰⁴⁵ et *Chevassus-Marche*²⁰⁴⁶. Une telle solution contribue *a priori* à amincir la frontière entre le contrôle de l'abus et celui de la lésion. En effet, il ressortait des faits d'espèce de l'arrêt précité que le contrat d'approvisionnement exclusif litigieux stipulait que le prix serait fixé par référence au

²⁰³⁷ Civ. 1^{ère} 29 nov. 1994, Bull. civ., I, n°348, D. 1995, p. 122, note L. Aynès ; JCP G 1995, p. 35 note J. Ghestin.

²⁰³⁸ Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, (4 arrêts), JCP 1996, II, 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin ; JCP E 1996, II, 776, note L. Leveneur ; D. 1996, Jur. p. 13, concl. Jéol, note L. Aynès ; LPA, 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis.

²⁰³⁹ M. Fabre-Magnan art. préc. n°19, p. 323.

²⁰⁴⁰ G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, coll. Thémis et commentaires, p. 169, n° 34 : « les éléments lui permettant d'apprécier que le pouvoir a été exercé en respectant les intérêts définis par l'accord des parties (ou) conformément à l'utilité particulière - à la cause - qui a justifié que l'un des contractants accepte d'en attribuer le bénéfice à l'autre ; de la même façon qu'un mandataire doit rendre compte à son mandant de l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés, il semble s'imposer que le titulaire du pouvoir justifie de son exercice légitime ».

²⁰⁴¹ M.-A. Frison-Roche, Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? Revue de la concurrence et de la consommation, Cahiers spéciaux, DGCCRF, supplément juillet-août 1996, p. 15 : « l'abus dans la fixation du prix conserve en son sein ses deux perspectives que sont la sanction d'une intention fautive et la réaction à un déséquilibre économique. »

²⁰⁴² CA Versailles, 27 janv. 2000, BRDA 10/00, p. 7 ; Paris, 25^e ch. A, 19 mai 2000, SA Alcatel Réseaux d'entreprises Ile-de-France c/ SARL Fryma, inédit, note J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2000. 570.

²⁰⁴³ Com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026, F-D, Sté française de gastronomie (FdG) et Sté Camargo c/ Sté Larzul : JurisData n° 2014-028474, note, N. Dissaux, Droit rural n° 432, Avril 2015, comm. 67 ; A.-S. Choné-Grimaldi, JCP E n° 50, 11 Décembre 2014, 1639.

²⁰⁴⁴ M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004, n°970, p. 924.

²⁰⁴⁵ Com. 3 nov. 1992, JCP G 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; Bull. civ. 1992, IV, n° 338 ; RTD civ. 1993, p. 144, obs. J. Mestre.

²⁰⁴⁶ Com. 24 nov. 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n° 277 ; Defrénois 1999, art. 36953, p. 371, obs. D. Mazeaud.

tarif en vigueur au jour de la commande, selon une variation ne pouvant excéder 3 % par rapport à l'année précédente. La clause de prix précisait encore que le fournisseur s'engageait à fournir « ses meilleurs efforts pour déterminer les prix de manière à permettre au fabricant de faire face à la concurrence ». La fixation du prix était donc encadrée de sorte que l'abus semblait exclu de ce simple fait. La Chambre commerciale ne s'est pourtant pas contentée de ce constat et s'est attachée à démontrer que le fournisseur ne permettait pas à son distributeur de faire face à la concurrence dès lors que la marchandise lui était vendue 25 % plus cher qu'à ses concurrents. L'abus se déduisait en réalité ici directement du manquement aux stipulations contractuelles. Il aurait été donc plus judicieux de retenir une inexécution contractuelle²⁰⁴⁷. L'abus est en effet à rechercher lorsque le prix a été fixé conformément aux prévisions des parties ou en l'absence de celles-ci. Dans le cas où le créancier a fixé unilatéralement le prix sans respecter les prévisions du contrat, le contrôle du juge doit alors porter sur la caractérisation de l'inexécution contractuelle et non sur celle de l'abus, lequel n'intervient pas ici.

652. D'autres arrêts ont néanmoins adopté une analyse novatrice de l'abus consistant à étudier la cohérence du comportement adopté par le créancier. C'est à cette analyse que semble s'être livrée la Cour de cassation dans l'arrêt *France Motors C./Nodée* du 15 janvier 2002²⁰⁴⁸. La société importatrice *France Motors* « qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ces concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité ». Toutefois, le concédant ne s'était pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il avait distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires. La Cour de cassation a donc considéré ici que la société importatrice avait abusé de sa prérogative unilatérale de fixation du prix. Bien que non publiée²⁰⁴⁹, cette

²⁰⁴⁷ En ce sens, J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet *op. cit.* n°155, p. 131.

²⁰⁴⁸ Com. 15 janv. 2002, *France Motors c/ Nodée* ; M. Dumas, prés. ; Mme Mouillard, conseiller réf. Rapporteur ; Me Choucrocy et SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez av., comm. Ph. Stoffel-Munck, *CCE* n° 4, Avril 2002, comm. 61.

²⁰⁴⁹ L'arrêt est rendu en formation restreinte et simplement diffusé.

décision est symptomatique d'un courant jurisprudentiel et doctrinal en faveur d'un contrôle renforcé de l'abus dans la fixation du prix²⁰⁵⁰, au moins en ce qui concerne les contrats de dépendance²⁰⁵¹. L'abus se traduit ainsi par une irrationalité économique dans le comportement adopté par le maître du prix. Il ne s'agit pas d'un contrôle purement objectif de la lésion, mais d'une analyse casuelle consistant à s'intéresser au comportement adopté par le créancier eu égard aux éléments internes du contrat tels que la rédaction de la clause de prix, mais également externes tels que les contrats conclus avec des concurrents, et le prix objectif du marché²⁰⁵². Il semble ici que ce soit le comportement du concédant qui ait été décisif dans la décision rendue, et plus exactement la contradiction de ce comportement. La Cour de cassation reprochait en effet au concédant d'avoir distribué des dividendes, dont une partie à son profit, alors qu'il imposait dans le même temps une rigueur à ses concessionnaires.

653. Certains auteurs ont souligné, dans cette perspective, l'obligation de coopération qui incomberait aux parties à un contrat de distribution²⁰⁵³. Manque ainsi à cette obligation le fournisseur qui « entend profiter de l'exclusivité dont il jouit pour imposer à son partenaire des prix injustes²⁰⁵⁴ ». Dans le même sens, Monsieur Revet propose d'étendre le devoir de coopération à l'obligation d'exercer partiellement la prérogative de fixation unilatérale du prix dans l'intérêt de son cocontractant²⁰⁵⁵. Plus récemment, Madame Cathiard a identifié à son tour l'abus au travers d'un manquement à l'obligation pesant sur le maître du prix dans

²⁰⁵⁰ Les auteurs favorables à cette analyse pouvant être rattachés au courant du « solidarisme contractuel ». V. Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? In *Mélanges F. Terré*, Dalloz, Juris-classeur, PUF, 1999, p. 603.

²⁰⁵¹ Ph. Stoffel-Munck. Obs. préc.

²⁰⁵² M. Changy, op. cit., n°972, p. 925 : « À partir du moment où le bon fonctionnement du marché concourt à l'admission de la fixation unilatérale du tarif, la logique veut que le prix du marché soit l'un des éléments de contrôle du tarif adopté. », n°973, p. 926 : « Faute de pouvoir déterminer exactement le prix de marché, il est, à notre avis, concevable d'en retenir une approximation à partir des prix pratiqués par tout ou partie des concurrents. »

²⁰⁵³ A. Laude, La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap, *Dalloz Affaires*, 1996, n°1, p. 6. ; C. Prieto, D. Bosco, La fixation unilatérale des conditions de vente par le concédant automobile : un abus par disproportion des sacrifices face à la crise, *Commentaire sous Com. 15 janvier 2002, société d'Exploitation du Garage Schouwer c. société France Motors*, arrêt n° 95 F-D, *Droit 21*, 2002, Chr., AJ 142 : « La qualification d'abus apparaît ainsi davantage destinée à moraliser les relations commerciales intégrées qu'à sanctionner des prix excessifs au regard des conditions de marché. »

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

²⁰⁵⁵ T. Revet, Les apports au droit des relations de dépendance, in *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, *RTD com.* 1997, p. 37 : « la possibilité juridique de déterminer unilatéralement le prix constitue un pouvoir au sens strict, car elle s'impose à l'autre partie et qu'elle est exercée, partiellement, dans l'intérêt de cette autre partie [...] l'abus exprime la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, lors de la détermination du prix ».

les contrats relationnels²⁰⁵⁶. « Adopter une attitude opportuniste, et donc abusive, revient à violer l'exigence contractuelle de coopération, qui impose aux parties d'agir dans l'intérêt général de la relation et de rester de bonne foi²⁰⁵⁷. » L'auteur fait de cette exigence une norme contractuelle à part entière et souligne la justification économique d'un tel argument. Les comportements opportunistes réduiraient en effet l'utilité économique du contrat en provoquant un résultat économique moins bon pour les parties que ce qu'il aurait été en cas de coopération. La détermination unilatérale du prix devrait ainsi poursuivre une finalité économique dans l'intérêt de l'ensemble des parties au contrat.

654. L'on peine aux termes de ces arrêts à définir l'abus dans la détermination unilatérale du prix, mais on peut, néanmoins, en identifier deux aspects, ou du moins deux applications. Il s'agit d'une part de se demander si le prix appliqué est suffisant pour assurer au contrat sa rationalité économique. Si le prix est « intenable²⁰⁵⁸ » pour l'une des parties, la contrepartie financière ne pourra pas être maintenue longtemps par le cocontractant sans que cela lui coûte sa survie²⁰⁵⁹. Le contrôle opéré ici ne s'assimile pas à un contrôle de la lésion dès lors qu'il ne s'agit pas d'apprécier l'abus à l'aune d'un « juste prix » au demeurant introuvable²⁰⁶⁰, mais à celle de la contrepartie suffisante au sens de l'article 1169 du Code civil. Il s'agit, d'autre part, de se demander si la mise en œuvre de la prérogative contractuelle de détermination unilatérale du prix a été mise en œuvre de bonne foi ou non²⁰⁶¹. Ces deux aspects ne nous semblent pas devoir constituer des critères cumulatifs, mais se retrouvent intimement liés dans les décisions précitées, la déloyauté dans la mise en œuvre de la prérogative contractuelle se matérialisant par un avantage excessif. À l'image de l'abus de dépendance économique de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce ou de l'abus de dépendance de l'article 1143 du Code civil²⁰⁶², il est possible de regrouper des illustrations ponctuelles et non exhaustives de l'abus autour des deux axes précités. Ainsi défini, le contrôle de l'abus apparaît comme un dispositif en voie d'objectivation. L'obligation de motivation consacrée

²⁰⁵⁶ A. Cathiard L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat, Thèse, PUAM, 2006, n°180, p. 171.

²⁰⁵⁷ A. Cathiard *op. cit.* n°180, p. 172.

²⁰⁵⁸ M.-A. Frison-Roche, art. préc. p. 16.

²⁰⁵⁹ *Ibid.*

²⁰⁶⁰ Sur la difficulté d'identifier un juste prix. E. Durkheim, *op. cit.* 18^{ème} leçon (fin), p. 151.

²⁰⁶¹ Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007 p. 2839, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Civ. 3^e, 21 mars 2012, *RDC* 1^{er} juill. 2012, n°3 p. 763, obs. Y.-M. Laithier ; Civ. 3^e, 26 mars 2013, *RDC* 1^{er} juill. 2013, n°3, p. 888 obs. Y.-M. Laithier.

²⁰⁶² Cf. *supra* n° 61-64 et 73-77.

par l'ordonnance du 10 février 2016, parachève en ce sens le mouvement d'objectivation à l'œuvre en matière d'abus dans la fixation du prix.

B. Le contrôle objectivé de la motivation dans la détermination unilatérale du prix

655. Qu'il s'agisse du contrat-cadre ou du contrat de prestation de service, le législateur a mis à la charge du maître du prix une obligation de motivation²⁰⁶³. Cette obligation s'activera lorsque le débiteur ou la partie qui se voit opposer le prix soulève une contestation. La définition de cette obligation (1) et l'identification de ses finalités (2) mettent en lumière la dimension objective du contrôle opéré sur le fondement des articles 1164 et 1165 du Code civil.

1. La définition de l'obligation de motivation

656. L'obligation de motivation n'est pas définie par le Code civil, et les auteurs eux-mêmes ne s'accordent pas sur une acception unique du terme. Certains auteurs n'y voient d'ailleurs rien d'autre qu'un contrôle masqué de l'abus dans la fixation unilatérale du prix²⁰⁶⁴. Il apparaît pourtant que ces deux contrôles ne sont pas identiques, et révèlent un rapport au juge, et une architecture contractuelle profondément différents. La motivation « a à voir avec la cause d'un acte²⁰⁶⁵ ». « Elle peut d'abord être un élément d'imputation, c'est-à-dire une raison chronologiquement antérieure déclenchant une conséquence²⁰⁶⁶ », mais elle peut ensuite renvoyer à « la justification discursive de la finalité²⁰⁶⁷ ». La motivation doit être définie à cet égard comme l'extériorisation des motifs de l'acte juridique mis en lien avec leur finalité. Il s'agit en effet, d'objectiver par un travail d'énonciation²⁰⁶⁸, les motifs du contrat en

²⁰⁶³ X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, *in* La motivation, Journées nationales Association Henri Capitant. 1998. 3, LGDJ, 2000, pp. 73-84. Cette obligation de motivation n'est pas propre aux articles 1164 et 1165 du C. civ. On la retrouve également en matière de résolution du contrat par notification art. 1226 alinéa 3.

²⁰⁶⁴ Art. préc. F. Labarthe et É. Savaux, Le contenu du contrat : Supplément au *JCP G* 2015, n° 21, 25 mai 2015, n°8 : « motiver reviendra à démontrer qu'il n'y a pas d'abus » ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 273.

²⁰⁶⁵ M. Fabre Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301 et s. spéc. p. 309.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

²⁰⁶⁷ *Ibid.*

²⁰⁶⁸ J. Rbii *op. cit.* n°4, p. 3 : « Le passage de l'existence du motif à son extériorisation caractérise la motivation » ; dans le même sens, Th. Revet, L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* 2004, n°2, p.

insistant sur la finalité qu'ils s'assignent. Cette obligation s'accorde en cela avec le mouvement de promotion des « pratiques communicationnelles²⁰⁶⁹ » consistant à conférer davantage de pouvoirs aux parties au contrat à charge pour ces dernières de faire preuve de transparence dans la mise en œuvre de leurs prérogatives. Nulle place en effet pour le jugement moral dans l'obligation de motivation. « Il s'agit seulement de communiquer les causes de la décision : faire connaître par quel cheminement interne l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit²⁰⁷⁰ ».

657. L'obligation de motivation est donc particulièrement adaptée à la gestion du déséquilibre contractuel en ce qu'elle « rationalise la décision de l'auteur en le poussant à réfléchir et à prendre en compte les intérêts de son cocontractant²⁰⁷¹ ». Cela explique qu'elle se soit développée dans des domaines marqués par l'inégalité des parties en présence. Le législateur multiplie depuis plusieurs années les obligations de motivation dans certaines branches du droit. Qu'il s'agisse de la phase de conclusion du contrat ou de la fixation unilatérale du prix, le législateur processualise la vie du contrat afin de permettre la reconstruction *a posteriori* du cheminement des parties. L'article L. 441-7, I du Code de commerce renforcé par la loi *Sapin II* du 9 décembre 2016 et l'ordonnance du 9 mars 2017, dispose notamment que le contrat-cadre conclu entre les fournisseurs et les distributeurs « indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation²⁰⁷² ». Dans le même sens, l'article L. 326-6 du Code rural et de la pêche maritime impose aux parties à un contrat d'intégration agricole de mentionner « la nature, les prix et les qualités de fournitures réciproques de produits ou de services, le rapport entre les variations des prix de fournitures faites ou acquises par le

579 : « l'existence de motifs d'un acte ne fait pas la motivation, encore faut-il qu'ils soient énoncés et mis en rapport avec la décision qu'ils ont (ou qu'ils sont censés avoir) déterminée ».

²⁰⁶⁹ M. Fabre Magnan art. préc. n°25, p. 330.

²⁰⁷⁰ L. Aynès, Motivation et justification, *RDC* 2004, n°2, p. 555.

²⁰⁷¹ J. Rbii, *op. cit.* n°853, p. 521.

²⁰⁷² L'article L. 441-7, I, 1°, 2°, et 3° C. com. dispose encore que le contrat-cadre fixe les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent, et les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services.

producteur²⁰⁷³ ». Si ces dispositions ne font pas mention d'une obligation de motivation, c'est parce qu'elles normalisent cette obligation par le recours à une procédure obligatoire. L'on pourrait imaginer un dispositif comparable pour l'obligation de motivation du prix fixé unilatéralement. Cela pourrait consister par exemple, à imposer à la partie détentrice du pouvoir de fixation unilatérale d'adresser par RAR le montant de ses tarifs et tout élément de nature à éclairer son choix dans un délai de 7 jours à compter de la première application du prix unilatéralement défini²⁰⁷⁴.

658. La motivation des actes juridiques et plus encore du contrat est traditionnellement indifférente aux parties tant que le contrat suffit à satisfaire les intérêts de chacun²⁰⁷⁵. Le recours à la motivation intervient ainsi lorsque le contrat recèle une anomalie telle qu'il convient de s'intéresser aux mobiles des parties. Cette logique est bouleversée par l'ordonnance du 10 février 2016 laquelle tend à objectiver la motivation, en en faisant un élément objectif du contrat, connu de chacune des parties. Le contrôle de la motivation objective en effet « les intentions de l'auteur en les solennisant par leur énonciation²⁰⁷⁶ ». Le contrôle de la motivation opère également un « glissement d'un contrôle du comportement vers un contrôle de légalité. » La motivation évite, à la différence de la théorie de l'abus de droit, un détour par le « for intérieur de l'auteur²⁰⁷⁷ ». Elle objective l'intention en déplaçant le centre d'attention du comportement vers le contrat lui-même. Ce contrôle objectif suppose d'identifier les finalités de la prérogative contractuelle mise en œuvre unilatéralement.

2. Les finalités de l'obligation de motivation

659. La motivation ne renvoie plus aux mobiles, mais s'entend de la justification d'une décision unilatérale au regard de la finalité de la prérogative contractuelle déployée. Cette obligation de motivation s'explique par plusieurs facteurs dont au moins deux ont été

²⁰⁷³ Les clauses de ces contrats doivent également mentionner les conditions de durée, de renouvellement, de révision et de résiliation.

²⁰⁷⁴ C'était l'esprit de l'article 1121-4 de l'Avant-projet *Catala* de 2005 : « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, il peut toutefois être convenu que le prix des prestations offertes par le créancier sera déterminé par celui-ci lors de chaque fourniture, fût-ce par référence à ses propres tarifs, à charge pour lui, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception ».

²⁰⁷⁵ X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, *in* La motivation, Journées nationales Association Henri Capitant. 1998. 3, LGDJ, 2000, p. 74 ; Th. Revet, L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* 2004, n°2, p. 579, § 3.

²⁰⁷⁶ J. Rbii, *op. cit.* n°263, p. 169.

²⁰⁷⁷ J. Rbii, *op. cit.* n°265, p. 170.

identifiés par la doctrine. Il s'agit d'une part de la procéduralisation du droit des contrats à l'œuvre depuis de nombreuses années, et d'autre part du développement de l'unilatéralisme en matière contractuelle²⁰⁷⁸. Cet unilatéralisme suppose en effet une procédure de contrôle des décisions prises par un seul. Le contrôle de la motivation vient donc borner les manifestations de l'unilatéralisme dans le contrat. Il faut ajouter à ces deux facteurs l'intérêt du contrôle de motivation sur l'économie du contrat. Le législateur manifeste au travers de la réforme la volonté d'assigner au contrat une finalité particulière, une orientation en faveur d'un usage rationalisé du contrat. Le contrôle de motivation permet de diffuser cette logique, de définir un usage adéquat des prérogatives contractuelles²⁰⁷⁹. Il ne s'agit plus seulement de motiver par crainte du contentieux²⁰⁸⁰, mais d'intégrer la motivation dans le contrat au stade de l'usage de la prérogative sur laquelle elle repose. C'est en cela qu'il est permis de dire que le contrôle de la motivation opère comme un contrôle de légalité²⁰⁸¹. Il s'agit de s'assurer que le cocontractant qui fixe unilatéralement le prix a bien respecté la « légalité contractuelle ». Dans cette perspective il eut été plus efficace encore d'assortir, de manière automatique et formelle, l'usage d'une prérogative contractuelle à l'obligation de motivation. C'est au demeurant la voie que semblent suivre certains articles du Code²⁰⁸². Une fois ces éléments posés, la question demeure celle du contenu de l'obligation de motivation.

²⁰⁷⁸ X. Lagarde art. préc. p. 78 ; H. Lécuyer, La modification unilatérale du contrat *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p. 47 et s.

²⁰⁷⁹ Th. Revet, L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* 2004, n°2, p. 579, §2 « dans une société profondément sécularisée comme l'est, notamment, la France contemporaine, la rationalité est de plus en plus considérée comme endogène, ce qui renforce l'aspiration à la rationalisation des comportements en même temps que la conviction en la possibilité d'un tel mouvement : la rationalité étant censée procéder essentiellement du corps social, elle semble appelée à occuper une place toujours plus grande dans la régulation sociale. Or l'obligation de motivation participe étroitement de ce renforcement car, en obligeant à fonder les décisions sur des motifs acceptables, puisque communiqués, elle conduit à écarter *a priori*, et à censurer *a posteriori*, les justifications condamnables parce que capricieuses, dolosives, discriminatoires, etc. Il en résulterait, mécaniquement, une civilisation des comportements. »

²⁰⁸⁰ X. Lagarde art. préc. p. 80 : « Lorsque la motivation est imposée, et ceci va dans le sens de ce qui précède, son régime est loin de révéler une véritable reconnaissance des vertus de la motivation. La vertu pédagogique semble intéresser assez peu et c'est plutôt la perspective d'un contentieux qui paraît justifier l'obligation de motiver. »

²⁰⁸¹ C'est au demeurant ce qui se passe en matière de droit du travail lors de la formation, l'exécution et l'extinction du contrat. L'employeur doit ainsi motiver le recours au CDD art. L. 122-1-1 du Code du travail. Il en va de même en matière de licenciement pour motif économique (art. L. 1233-16 alinéa 1 du Code du travail, de licenciement pour motif personnel (Cass., ass. plén., 27 nov. 1998, no 96-44.358, Bull. civ., no 7 ; GADT, no 95, p. 345).

²⁰⁸² Art. 1126 alinéa 3 C. civ.

660. Cette motivation consiste, selon le Rapport au président de la République²⁰⁸³, à « exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties ». Mais cela reviendrait alors à donner au juge le pouvoir de s'assurer de l'adéquation du prix à la prestation, alors même que le reste des textes revendique la solution contraire²⁰⁸⁴. Une telle solution serait au surplus intenable puisqu'elle reviendrait à une remise en cause systématique du prix. Il faut en réalité distinguer la motivation du prix de son équilibre²⁰⁸⁵. La réponse apportée au « comment ? » par le maître du prix ne doit pas se limiter à une explication arithmétique, elle doit d'abord et surtout mettre en lumière l'objectif poursuivi. Il s'agira « d'expliciter, c'est-à-dire au fond de justifier les raisons de sa décision²⁰⁸⁶ ». Tout laisse penser que le contrôle de la motivation devrait consister à s'assurer que la contrepartie est suffisante pour assurer au contrat sa rationalité économique²⁰⁸⁷. Le prix unilatéralement fixé ne doit pas créer, au détriment d'une partie au contrat, un déséquilibre excessif qui priverait l'obligation de cette dernière d'une contrepartie suffisante.

661. Distinguant le contrôle de l'abus de droit du contrôle de motivation, Muriel Fabre Magnan identifie le « renversement de principe²⁰⁸⁸ » à l'œuvre dans le passage du premier au second. Le contrôle de motivation marquerait en effet la présence d'un droit « finalisé²⁰⁸⁹ » et non plus absolu. D'autres auteurs ont encore décelé dans le contrôle de motivation le « prolongement du contrôle des prérogatives contractuelles par l'abus objectif.²⁰⁹⁰ » Alors que l'abus subjectif désigne l'usage d'un droit ou d'une prérogative contractuelle dans un but

²⁰⁸³ Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : JO 11 févr. 2016.

²⁰⁸⁴ Art. 1168 et Art. 1171 alinéa 2 C. civ.

²⁰⁸⁵ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 273 : « On ne saurait [...] détourner l'obligation de motivation pour en faire insidieusement une obligation de fixer un prix juste, un prix équilibré. Ce serait une perversion du mécanisme. »

²⁰⁸⁶ D. Ferrier, Une obligation de motiver ? *RDC* 2004, n°2, p. 558.

²⁰⁸⁷ J. Moury, La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre, *AJCA* 2016, p.123 : « Tant l'objectif du législateur avec l'article 1164 que celui poursuivi par les parties en adoptant le mécanisme se ramènent à l'efficacité économique recherchée du contrat. Mais celle-ci ne peut s'entendre que comme devant se concrétiser au bénéfice de toutes les parties. Si l'on scrute leur volonté au moment de la formation du contrat, il est bien certain que celle qui subira la fixation du prix n'accepte ce *modus operandi* que sous la condition implicite que sa mise en œuvre ne viendra pas bousculer un équilibre du contrat tel qu'il demeure également profitable pour elle, autrement dit tel, sous l'angle de l'analyse économique la plus élémentaire, qu'elle aussi puisse tirer une utilité de son exécution. »

²⁰⁸⁸ M. Fabre-Magnan, art. préc. n°20, p. 324 ; X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, in *La motivation*, Journées nationales Association Henri Capitant. 1998. 3, LGDJ, 2000, p. 76 : « La relative rareté de l'obligation de motiver va vraisemblablement de pair avec l'existence d'un principe général de non-motivation des actes juridiques. »

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ Th. Revet, L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* 2004, n°2, p. 579, § 7.

illicite, l'abus objectif désigne l'usage de ce droit dans un intérêt contraire²⁰⁹¹. Appliqué aux contrats structurellement déséquilibrés²⁰⁹² cet abus objectif désignerait celui par lequel une partie use d'une prérogative sans prendre en compte l'intérêt de son cocontractant. La difficulté tient cependant à l'identification d'un standard suffisamment objectif pour incarner la finalité assignée à l'usage des prérogatives contractuelles unilatérales qui assortissent l'obligation de motivation. Cette difficulté est d'autant plus réelle que le législateur n'a pas entendu donner d'indication sur ce point. L'existence d'un contrôle de motivation suppose en effet l'existence d'une finalité adéquate. L'existence d'une telle obligation en matière de droit du travail²⁰⁹³, de baux commerciaux²⁰⁹⁴, ou de contrats de distribution²⁰⁹⁵, montre en effet que la motivation n'appelle pas un jugement sur la qualité des motifs énoncés, mais suppose de s'assurer que la motivation est bien conforme aux cas pour lesquels la prérogative unilatérale est offerte à une partie. Dans le cas du refus de renouvellement du bail commercial, le juge devra ainsi s'assurer que ce refus est bien motivé par l'un au moins des cas visés par le Code de commerce²⁰⁹⁶. De même, en matière de licenciement pour motif personnel celui-ci devra être motivé par une cause réelle et sérieuse. Appliqué au contrôle de la détermination unilatérale du prix, un tel élément fait défaut. Cela supposerait en effet que le législateur ait identifié les justifications d'un recours à la détermination unilatérale du prix, comme il l'a fait en matière de résolution unilatérale du contrat²⁰⁹⁷. L'absence d'un tel élément contraint en conséquence à mobiliser les critères de l'abus étudiés précédemment. Le changement de logique est en quelque sorte amputé dans ses effets. Le juge est écarté sur le principe, mais les moyens de son contrôle, eux, témoignent toujours d'un contrôle de l'abus à défaut d'un contrôle de la motivation.

²⁰⁹¹ *Ibid.*

²⁰⁹² *Ibid.* L'auteur insiste sur la stricte limitation de l'obligation de motivation aux seuls contrats structurellement déséquilibrés.

²⁰⁹³ C'est le cas par exemple du refus de renouvellement du bail pour reconstruire ou effectuer des travaux visé par l'article L. 145-18 C. com. ; J.-B. Seube, L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial, *RDC* 2006, n° 3, p. 761.

²⁰⁹⁴ L'obligation de motivation du licenciement V. notamment, X. Lagarde, Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement, *Droit social*, 1998, 890.

²⁰⁹⁵ Sur le contrôle de motivation du concédant qui refuse l'agrément du successeur du concessionnaire Cf. M. Behar-Touchais, Motivation et agrément, commentaire sous Com. juill. 2002, no 01-12685, Sté Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a., *RDC* 2003, n°1, p. 152 ; M. Behar-Touchais, Du juste dosage de l'exigence de motivation dans les contrats de distribution, commentaire sous Com. nov. 2004, n° 02-17919, Société Manitou c/ CMG, *RDC* 2005, n°4, p. 1130.

²⁰⁹⁶ Pour un exemple récent : CA Colmar, 29 mars 2017, n° 15/04156 : *JurisData* n° 2017-006738.

²⁰⁹⁷ Art. 1224 C. civ. : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

662. La solution pourrait consister à intégrer dans le Code civil cette justification. Cela permettrait ainsi de finaliser la motivation sans en dénaturer le contrôle. L'on pourrait ainsi préciser que « la détermination unilatérale du prix permet dans les contrats-cadres et les contrats de prestation de service de différer la fixation du prix dans le temps compte tenu de la nature des contrats visés. Elle doit assurer à chacune des parties une contrepartie suffisante sans créer au détriment de l'une d'elles un déséquilibre significatif. » L'on perçoit immédiatement les conséquences d'une telle formulation. Plus circonscrite que la notion d'abus, une telle justification évacuerait les cas pour lesquels la jurisprudence est allée sanctionner une déloyauté dans la mise en œuvre de la prérogative. Elle permettrait également de concentrer le contrôle de la motivation sur la question du déséquilibre contractuel qui constitue à notre sens la justification profonde du contrôle de la motivation dans la détermination unilatérale du prix²⁰⁹⁸.

663. Les mécanismes préventifs d'adaptation du contrat manifestent ainsi un souci de mise en adéquation du contrat avec son environnement économique. Ces remèdes préventifs reposent plus exactement sur des critères objectifs assurant l'adaptation du contenu contractuel aux contraintes du marché. Il s'agit d'offrir aux parties des gages de souplesse tout en exigeant d'elles de la transparence et de l'équilibre dans les décisions qu'elles prennent. Ces remèdes participent en cela d'une vision « comptable » du contrat, imposant aux parties de rendre des comptes sur leurs actes et leurs décisions. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel consiste ici à s'assurer que le contrat est à même de remplir sa fonction économique, mais également que les outils déployés pour y parvenir ne sont pas détournés de cette finalité. Le législateur n'a pas pour autant ignoré les hypothèses pour lesquelles ces objectifs n'auraient pas été atteints. Plusieurs mécanismes assurent ainsi l'adaptation *ex post* du déséquilibre contractuel.

Section 2 : L'adaptation curative du contrat

664. L'adaptation curative du contrat désigne, à la différence de l'adaptation préventive, celle qui intervient à la suite d'un événement modifiant l'équilibre du contrat sans avoir été prévue contractuellement. L'exemple le plus topique est celui de l'adaptation du contrat par

²⁰⁹⁸ Th. Revet, L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* 2004, n°2, p. 579.

suite d'imprévision (§1). L'analyse de cette procédure témoigne de la volonté du législateur de confier au juge le rôle de « facilitateur » de la relation contractuelle, et souligne en cela la nécessité d'envisager une procédure spécifique à cette « adaptation » (§2).

§1. L'adaptation du contrat victime d'imprévision

665. Disposition emblématique de la réforme, l'article 1195 du Code civil acte la fin d'une ère contractuelle indifférente aux déséquilibres induits par les changements économiques. Alors qu'une large part de la doctrine²⁰⁹⁹ déplorait la longévité²¹⁰⁰ record de l'arrêt *Canal de Craponne*²¹⁰¹, le législateur franchit le pas de l'admission de l'imprévision et s'inscrit ce faisant dans un courant européen favorable à une telle admission²¹⁰². Présenté comme l'adaptation du mécanisme d'indemnisation pour imprévision propre au droit administratif, l'article 1195 du Code civil se distingue pourtant de cette procédure dès lors qu'il repose *in fine* sur une révision du contenu contractuel²¹⁰³. Une fois encore les parties sont appelées à occuper la première place, l'intervention du juge apparaissant comme un *ultimum*

²⁰⁹⁹ C. Ménard, Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste, in *Études en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 661 ; E. Savaux, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, *RDC* 2010, p. 105 ; M. Mekki, *Hardship* et révision du contrat, *JCP G* 2010, doctr. 1219 ; B. Deffains et S. Ferey, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD civ.* 2010, p. 719 ; H. Lécuyer, La modification unilatérale du contrat, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations* sous direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, spéc. p. 54 ; H. Bouthinon-Dumas, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, *RIDE*, 2001/3 t. XV, 3 | pages 339 à 373 ; E. Labrot, L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats, L'Harmattan, 2016, pp. 148-151.

²¹⁰⁰ Civ. 16 juin 1921, DP 1921.1.73 rapport Colin, S. 1921.1.193, note Hugueney ; Com. 18 janv. 1950, D. 1950, 227 ; Com. 18 déc. 1979, *JCP* 1979, IV, 89 ; *RTD civ.* 1980, 780 obs. G. Cornu.

²¹⁰¹ Civ. 6 mars 1976, DP 1876, note Giboulot.

²¹⁰² L'imprévision a été intégrée en droit italien, portugais, grec et néerlandais. Cf. R. David, L'imprévision dans le droit européen in *Mélanges Jauffret*, LGDJ 1974, p. 211 s. Elle figure également dans les PDEC à l'art. 6 : 111, dans les Principes Unidroit art. 6.2.1 à 6.2.3 et dans le DCFR art. III-1 : 110. V. aussi Rapport au président de la République : « Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. »

²¹⁰³ P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, 9^e éd. 2014, n°689, p. 412 ; P. Chrétien, N. Chifflet et M. Tourben *Droit administratif*, Sirey, 15^{ème} éd. 2016, n°590, p. 521 ; C. Debbash et F. Colin, *Droit administratif*, Economica, 11^{ème} éd. 2014, p. 432 ; D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 5^{ème} éd. 2013, p. 280 ; J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 25^{ème} éd. 2014, n°450, p. 483. Le droit administratif n'admet pas la révision du contrat mais seulement l'indemnisation partielle et temporaire du cocontractant lésé. Cette indemnité est fixée en principe par accord entre les parties et à défaut par le juge. À noter toutefois que le droit administratif semble progressivement admettre la révision du contrat V. Décret du 25 mars 2016, art. 139 et 140 et décret du 1^{er} févr. 2016, art. 36 et 37. Ces textes prévoient en matière de marchés publics et de concessions qu'en raison « de circonstances qu'un acheteur (ou une autorité concédante) diligent ne pouvait pas prévoir, le contrat pourra faire l'objet de modifications », si le montant de celles-ci est inférieur à 50% du montant du contrat initial ; E. Labrot, *op. cit.*

*subsidium*²¹⁰⁴. C'est en effet une procédure en trois temps que laisse apparaître cet article. Le premier consiste à laisser aux parties le soin de la renégociation du contrat, le second offre aux parties la faculté de choisir alternativement la résolution commune du contrat ou son adaptation par le juge, et le troisième consiste à laisser enfin à une seule partie le soin de saisir le juge afin que celui-ci révisé le contrat ou y mette fin aux conditions qu'il fixe. L'on écartera l'ultime procédure de l'article 1195 alinéa 2 consistant, pour une seule des parties, à saisir le juge d'une demande de révision ou d'anéantissement du contrat dans la mesure où celle-ci ne relève pas à proprement parler de l'adaptation amiable du contrat. Seules les deux premières étapes de cette procédure relèvent d'une adaptation amiable directe. La première consiste à assurer l'adaptation directe du contrat par les parties (I), tandis que la seconde offre aux parties le soin de déléguer au juge ce travail d'adaptation (II).

I. L'adaptation amiable directe du contrat victime d'imprévision

666. L'adaptation amiable du contrat victime d'imprévision figure comme un objectif prioritaire du législateur. Qu'il s'agisse du droit public²¹⁰⁵ ou du droit privé, la théorie de l'imprévision se nourrit en effet de l'implication active des parties dans la renégociation du contrat. L'adaptation amiable directe du contrat victime d'imprévision consiste donc à en renégocier le contenu (A). En cas d'échec ou de refus d'une telle procédure, les parties sont alors en mesure de convenir de sa résolution (B).

²¹⁰⁴ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 384 ; S. Bros, Ch. Larroumet, Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°426, p. 409 ; M. Fabre-Magna, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n° 496, p. 554 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°758, p. 402 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 404, p. 421 ; J. Ghestin, G. Loiseau Y.-M. Serinet, Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 266, p. 198.

²¹⁰⁵ E. Labrot, L'imprévision, Étude comparée droit public-droit privé des contrats, L'Harmattan, 2016, p. 247 : « Le principal souci qui anime le juge administratif est celui d'éviter autant que possible son immixtion dans le contrat. Par principe, il ne doit pas s'octroyer au principal un pouvoir de révision. Et ce n'est d'ailleurs pas ce qu'il fait. Aussi, il préférera qu'une solution amiable soit recherchée par les parties elles-mêmes afin de limiter un *maximum* toute intrusion dans le contrat [...] Ainisi, dès les préices de l'imprévision, le juge s'est arrogé un rôle purement subsidiaire dans le contentieux de la révision du contrat. » ; R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 15^{ème} éd. 2001, n°1387, p. 1213 ; A. de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T. 3, 1956, n°1006 (2°), p. 132 : « les parties doivent rechercher par un nouvel accord à remédier à une telle situation [...]. Le juge du contrat les pousse lui-même à rechercher entre eux un tel accord. [...] le rôle du juge est donc d'abord ici d'inviter les parties à réviser le contrat ; mais, pour les y pousser, le juge dispose ici d'un moyen énergique de pression, la menace de dommages-intérêts ».

A. La renégociation amiable du contrat victime d'imprévision

667. Facultative dans son principe, le recours à la procédure de renégociation n'en crée pas moins une obligation à la charge de la partie contre laquelle elle est invoquée. Cette obligation de renégociation suppose que les conditions de l'imprévision soient réunies (1) et met à la charge des parties une obligation de renégociation insuffisamment encadrée (2).

1. Les conditions de mise en œuvre de la procédure de révision pour imprévision

668. L'article 1195 du Code civil définit l'imprévision comme «un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend [ant] l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque». Trois conditions cumulatives sont donc exigées deux positives et l'une négative : un changement de circonstance imprévisible (a), une exécution contractuelle excessivement onéreuse (b), et le défaut d'acceptation du risque par la partie qui s'en prévaut (c).

a. Le changement de circonstances imprévisible

669. S'agissant tout d'abord du changement de circonstances imprévisible, il semblerait que le législateur ait entendu offrir un champ d'application large à cet article en visant un changement de circonstances économiques comme techniques, juridiques, naturelles ou politiques²¹⁰⁶. L'intensité du changement n'est pas non plus mentionnée, de sorte que le changement brutal comme celui qui se trouvait en germe depuis plusieurs années semble pouvoir être admis²¹⁰⁷. La question se pose néanmoins de l'extériorité de ces circonstances eu égard à la personne des cocontractants. Faut-il en effet considérer, comme en matière de force majeure, que ce changement de circonstances doit être extérieur aux parties ? Si le texte ne dit rien en ce sens, tout semble l'indiquer. L'on imagine mal en effet comment le changement de circonstances imputable à une partie pourrait constituer un cas d'imprévision, dès lors que

²¹⁰⁶ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 391 ; P. Ancel, Imprévision, *Rép. Civ.* 2017, n°70 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°519, p. 472.

²¹⁰⁷ Ph. Stoffel Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, numéro hors série *in* La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? *RDC* (Paris, 16 février 2016), n° hors-série p. 30 ; P. Dupichot, La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision, *in* Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. P. Stoffel-Munck, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73 et s.

cela reviendrait à encourager l'usage stratégique de ces circonstances²¹⁰⁸. L'on exclura ainsi le caractère imprévisible du changement lorsque celui-ci résulte de la carence d'une partie, de son agissement fautif, ou de tout vice interne à sa personne ou à la chose dont il est le gardien. L'on exclura encore l'article 1195 du Code civil lorsque les parties ont manifesté par l'insertion d'une clause d'indexation leur connaissance du risque de variation du prix et des conditions de sa révision²¹⁰⁹. Le caractère imprévisible du changement doit également être précisé tant dans son contenu qu'à la date de son appréciation. Faut-il que les circonstances aient été imprévisibles dans le principe de leur survenance ou seulement dans leur étendue ? Les deux en réalité. Le changement de circonstances peut être imprévisible dans son principe comme dans son ampleur²¹¹⁰. C'est au demeurant ce que retient la jurisprudence rendue en matière de force majeure²¹¹¹. Certains auteurs ont ainsi opéré un rapprochement entre l'imprévisibilité et l'incertitude telle qu'elle est définie par les économistes. Cette incertitude se présente comme « un risque non mesurable, à savoir une situation où les parties n'ont pas suffisamment d'information sur les probabilités possibles de sa réalisation²¹¹² ». Partant, le changement de circonstances imprévisible désigne celui qui ne pouvait être mesuré dans son principe comme dans son intensité compte tenu des informations à la disposition des parties au moment de la conclusion du contrat. Cela revient à poser la question de l'appréciation objective ou subjective qu'il convient de réserver à ce critère.

670. La doctrine semble pencher en faveur d'une appréciation *in abstracto* fondée « sur ce qu'aurait pu prévoir un professionnel du même genre, normalement prudent et diligent, dans

²¹⁰⁸ B. Deffains, S. Ferey, art. préc. p. 719 : « Dit autrement, il serait possible pour un contractant de se mettre dans une situation non prévue au contrat pour créer les conditions d'une renégociation du contrat. Outre l'usage stratégique de la partie qui agit sur l'événement imprévu, un tel comportement engendre des coûts privés inefficaces : empêcher, dans une telle hypothèse, la révision est alors efficace puisque cela « désincite » les acteurs de dépenser des ressources à tenter de se placer dans une telle situation. »

²¹⁰⁹ CAA Paris, 10 juill. 2015, *Contrats Marchés publics* 2015, n°10, comm. 239, H. Hoepffner. Il s'agissait d'une entreprise spécialisée dans la réalisation de couvertures de bâtiments, titulaire d'un marché public de travaux, qui avait accepté une clause d'indexation dont elle ne pouvait ignorer que la formule de variation, eu égard à sa composition, ne permettait pas de compenser la hausse du prix du cuivre. La Cour administrative d'appel a considéré que la hausse du prix du cuivre ne pouvait pas, en conséquence, constituer un événement imprévisible.

²¹¹⁰ C'est ce qu'indique le DCFR Livre III, art. 1 : 110, 3°, b). En ce sens, Art. préc. Ph. Stoffel-Munck, et O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 393.

²¹¹¹ La Cour de cassation ne voit pas dans une grève un événement imprévisible, en revanche, elle considère que sa durée particulièrement longue peut en revêtir le caractère Cf. Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, Bull. civ., I, n°54, *D.* 1995 jurisp. p. 327, note G. Paisant et Com. 6 mars 1985, Bull. civ., IV, n°90, p. 80.

²¹¹² B. Deffains, S. Frey, art. préc.

le même contexte²¹¹³ ». Une autre partie des auteurs considère néanmoins que l'imprévisibilité doit être appréciée de manière plus radicale. Ces auteurs s'appuient sur la formulation de l'article 1218²¹¹⁴ du Code civil pour considérer que l'imprévisibilité visée par l'article 1195 doit être entendue plus sévèrement comme la circonstance qui « était radicalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et non pas seulement raisonnablement imprévisible.²¹¹⁵ » La jurisprudence rendue en matière de force majeure témoigne davantage d'un double contrôle²¹¹⁶, *in abstracto* consistant à se demander si l'événement était « normalement imprévisible²¹¹⁷ », et *in concreto* ensuite, en s'attachant aux qualités du débiteur afin de s'assurer que ce dernier était en mesure de prévoir cet événement eu égard à sa profession et ses connaissances techniques²¹¹⁸. La question pourrait ainsi se poser de savoir si un franchisé peut se prévaloir du caractère imprévisible de la violation par un tiers d'un contrat auquel il est partie sur le fondement de l'article 1195.

671. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 21 juin 2016²¹¹⁹ pourrait fournir une réponse positive à cette interrogation. Bien que la décision ne soit pas rendue sur le fondement de l'article 1195, les faits d'espèce fournissent un exemple de ce qui pourrait justifier demain une demande de renégociation sur le fondement de cet article. Un franchisé avait conclu un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un restaurant situé dans un centre commercial. Le restaurant avait rapidement fait faillite, la boulangerie attenante s'étant transformée en un restaurant lui faisant une féroce concurrence. Le débat portait ici sur le point de savoir si le franchiseur avait manqué à son obligation d'information²¹²⁰ en omettant d'indiquer à son cocontractant que l'exploitation de la boulangerie pouvait constituer une

²¹¹³ Ph. Stoffel Munck, art. préc ; Dans le même sens, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 392 : « L'événement imprévisible est celui qu'une personne raisonnable, normalement diligente, n'aurait pas davantage prédit que le contractant considéré. Il y a lieu, bien sûr, de spécifier le modèle de référence pour tenir compte de la nature du contrat, de la qualité des parties ou du milieu dans lequel elles opèrent (une interprétation « contextualisée » en somme). » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°519, p. 472 ; M. Mekki, Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 3, 20 Janvier 2017, act. 155, n°2.

²¹¹⁴ Art. 1218 al. 1 C. civ. : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. »

²¹¹⁵ G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°524, p. 445.

²¹¹⁶ A.-S. Lavèfve Laborderie, La pérennité contractuelle, Thèse LGDJ, 2005, n°154, p. 93.

²¹¹⁷ Civ. 1^{ère} 18 mai 1989, Bull. civ. I, n°250 ; Civ. 1^{ère} 25 mai 1983, Bull. civ. I, n°158. Le Code civil italien se réfère à « l'aleo normale del contratto », défini comme « il tipo e la misura di rischio che la parte implicitamente si assume col contratto » (« Le type et l'étendu du risque qu'une partie au contrat assume implicitement ») (trad. Libre) in V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2^{ème} éd. 2011, p. 952.

²¹¹⁸ CA Pau 1^{ère} ch. 26 juin 2002, JurisData n° 2002-184822.

²¹¹⁹ Com. 21 juin 2016, n° 15-10.029, inédit, note H. Barbier, *RTD civ.* 2016, 611.

²¹²⁰ Art. L. 330-3 C. com.

violation de la clause de non-concurrence qui figurait dans les baux consentis par le gestionnaire du centre commercial. La Chambre commerciale rejette le pourvoi formé par le franchisé au motif que « l'arrêt retient que le chiffre d'affaires de la société Kairlou a baissé à partir de juin 2009, soit un an après l'ouverture de son restaurant et concomitamment à l'activité concurrentielle de la société Panetière du Rouergue qui n'était pas prévisible lors de la signature du contrat de franchise ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un moyen inopérant dès lors que le prononcé de la liquidation judiciaire d'un franchisé au cours de l'année précédant la délivrance du DIP, n'entraîne pas son exclusion du réseau, a pu déduire que le dol et l'erreur invoqués dans le cadre des informations précontractuelles n'étaient pas établis ». La violation par la boulangerie de son obligation de non-concurrence est donc un événement imprévisible.

672. S'agissant de la date d'appréciation de ce critère, le juge devra se placer, selon les termes de l'article 1195, au moment de la conclusion du contrat. Là encore, l'analogie avec la force majeure doit être faite²¹²¹. Le changement de circonstances imprévisible ainsi défini n'apporte pas cependant entière satisfaction. Le même constat a été dressé en matière de force majeure, les auteurs soulignant « l'appréhension incertaine de l'imprévisibilité ». L'on peut néanmoins s'appuyer sur les critères retenus par le droit italien disposant d'un outil comparable à l'article 1195²¹²². Celui-ci retient deux éléments combinés afin de mesurer le degré de prévisibilité du changement, à savoir le degré de spécificité de l'événement et son degré de probabilité²¹²³. Comme en matière de force majeure, les juges pourraient finir par faire découler le caractère imprévisible du changement de circonstances de la caractérisation d'une autre condition²¹²⁴. Appliqué à l'article 1195, l'on peut penser que le critère déterminant de l'onérosité excessive pourrait à terme absorber celui du caractère imprévisible, et ce afin d'assurer une prise en charge plus large des cas d'imprévision.

²¹²¹ A.-S. Lavefve Laborderie, La pérennité contractuelle, Thèse LGDJ, 2005, n°154, p. 93.

²¹²² Il s'agit de *l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, Art. 1467 à 1469 du Code civil italien.

²¹²³ V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2^{ème} éd. 2011, p. 945.

²¹²⁴ A.-S. Lavefve Laborderie *op. cit.* n°156, p. 94-95. Certains arrêts de la Cour de cassation semblent avoir déduit le caractère imprévisible du caractère irrésistible de l'événement V. par ex Civ. 1^{ère} 9 mars 1994, Bull. civ. I, n°91, *JCP* 1994, I, 3771, obs. G. Viney ; Civ. 1^{ère} 10 février 1998, *D.* 1998, jurispr. p. 539, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1^{ère} 6 nov. 2002, *CCC* 2003, n°53 obs. L. Leveneur ; Ph. Stoffel-Munck, Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle, *RDC* 2003, chron. p. 59 s.

b. L'exécution excessivement onéreuse

673. L'exécution excessivement onéreuse cristallise à elle seule la justification de l'instauration de l'article 1195²¹²⁵. C'est en effet le déséquilibre contractuel qui légitime la remise en cause de l'effet obligatoire du contrat. L'appréciation de ce critère semble se déduire d'un bilan coût d'exécution/avantage négatif (α), excluant ainsi le cas particulier pour lequel l'une des parties bénéficierait d'une augmentation de l'avantage tiré du contrat au cours de l'exécution de celui-ci (β).

α . Le constat d'un bilan coût d'exécution/avantage négatif

674. Il faut d'abord préciser que le texte insiste sur l'excessive onérosité par suite d'un changement de circonstances imprévisible. L'article 1195 n'a donc pas vocation à rétablir les déséquilibres contemporains de la conclusion du contrat. En quoi consiste cette onérosité excessive ? L'onérosité renvoie à une charge financière, au coût économique du contrat pour les parties²¹²⁶. Entendue strictement elle signifie qu'un cocontractant doit faire face à une augmentation des coûts d'exécution du contrat. Cette onérosité doit être excessive c'est-à-dire qu'elle doit conduire une partie à assumer une charge financière qui ne lui permet pas de tirer du contrat l'intérêt objectif qu'elle peut en attendre²¹²⁷. Cette onérosité excessive ne rend pas l'exécution du contrat impossible sans quoi il s'agirait alors d'un cas de force majeure. Elle consiste plutôt en un « défaut d'équivalence²¹²⁸ ». Il faut que l'onérosité soit grossière, manifestement incompatible avec l'exécution des prestations tel que voulu par les parties. Il est permis ici d'opérer un rapprochement entre la notion d'onérosité excessive et la contrepartie illusoire ou dérisoire. Le changement de circonstances imprévisible doit en effet rendre la contrepartie convenue illusoire ou dérisoire. Ces deux notions convergent, à l'image des articles 1170 et 1771 du Code civil dans une direction commune. Il s'agit de désamorcer

²¹²⁵ B. Deffains, S. Ferey, art. préc.

²¹²⁶ Cette excessive onérosité est appréciée de manière plus ou moins restrictive selon les textes. Certains textes retiennent ainsi une rupture de l'équilibre contractuel plutôt qu'une onérosité excessive. C'est le cas dans les principes UNIDROIT, en droit estonien, dans l'Avant-projet *Catala*, ou bien encore dans les Principes contractuels communs élaborés par l'Association Henri Capitant.

²¹²⁷ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 398 : « seul le contrat déficitaire à l'absurde sera concerné ».

²¹²⁸ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°424, p. 408.

les situations contractuelles dans lesquelles l'une des parties n'est pas en mesure de tirer du contrat l'intérêt qu'elle en attend. Alors que l'article 1169 se place au moment de la conclusion du contrat, l'article 1195 assurerait la pérennité de cet élément du contenu contractuel au cours de son exécution. Cette acception de l'onérosité excessive revient à aligner l'article 1195 sur les mécanismes instaurés par les articles 1171 et 1170. Seul le déséquilibre grossier et manifeste entre les droits et les obligations des parties doit être appréhendé. Il est toutefois permis d'envisager l'hypothèse d'une seconde voie s'agissant de l'article 1195. À la différence des articles 1170, 1171 et 1169, l'article 1195 ne porte pas la marque de l'ordre public et ses conditions de mise en œuvre s'attachent à une caractérisation du déséquilibre non entre les droits et les obligations des parties, mais au regard du coût de l'exécution. Cet article devrait en conséquence se présenter comme un mécanisme de prise en compte du déséquilibre en valeur au stade de l'exécution²¹²⁹.

675. Le caractère supplétif de volonté²¹³⁰ de l'article 1195 et le sort réservé au contrat qui ne serait pas parvenu à s'adapter²¹³¹ laissent en effet entrevoir la possibilité d'un dispositif d'une intensité différente des articles 1169, 1170 et 1171 du Code civil. L'on peut considérer en effet que l'article 1195 vise des situations de déséquilibres contractuels plus souples que celles prévues par l'article 1186 alinéa 1. Il ne s'agit pas seulement du changement de circonstances qui rendrait la contrepartie illusoire ou dérisoire, mais de celui qui provoquerait un déséquilibre économique entre les prestations des parties.

676. Qu'en est-il alors des cas pour lesquels sans que le coût d'exécution du contrat ne soit affecté, « l'intérêt du contrat s'amoindrit, car la valeur de ce que l'on reçoit diminue²¹³² » ? Les auteurs semblent pencher en faveur d'un rapport coût d'exécution/avantage négatif permettant d'intégrer les cas pour lesquels l'exécution du contrat coûte plus à l'une des parties

²¹²⁹ F. Ancel, B. Fauvarque-Casson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p. 176 : « Certaines organisations représentant les entreprises ont soutenu ce nouveau texte. Pour cela, elles ont insisté sur le paradoxe auquel sont confrontés les opérateurs économiques, tiraillés d'une part entre un désir de stabilité contractuelle et de sécurité juridique, et d'autre part, la nécessité d'une plus grande flexibilité et adaptabilité en raison des évolutions économiques et de leur influence sur les relations contractuelles qui s'inscrivent elles-mêmes de plus en plus dans la durée. »

²¹³⁰ Rapport au président de la République : « Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. »

²¹³¹ La sanction retenue est la résolution judiciaire alors que dans le cas de la contrepartie devenue illusoire ou dérisoire il devrait s'agir de la caducité.

²¹³² Ph. Stoffel-Munck, art. préc.

qu'elle ne rapporte²¹³³. Le droit italien distingue en ce sens « l'onérosité directe » de « l'onérosité indirecte²¹³⁴ ». L'onérosité directe se déduit du rapport coût/avantage négatif tandis que l'onérosité indirecte désigne la situation dans laquelle la contrepartie attendue diminue. Cette solution va dans le sens d'une admission large de l'imprévision qui doit être encouragée, mais présente en pratique des difficultés d'appréciation. Il arrive couramment en effet que des cocontractants payent plus cher l'exécution d'un contrat que ce qu'ils en reçoivent en retour. Pour autant, ces contrats ne sont pas nécessairement déséquilibrés. Il se peut en effet que ce contrat constitue un élément nécessaire à l'exécution d'autres contrats indispensables à l'activité du contractant²¹³⁵, que l'avantage perçu ne se mesure pas exclusivement financièrement ou qu'il s'apprécie à l'aune d'autres contrats passés entre les mêmes parties.

677. Dans ces hypothèses, la théorie de l'imprévision devra être utilisée avec finesse. Il appartiendra en effet au juge de jauger l'équilibre contractuel relatif au moment de la conclusion du contrat avant de tirer du constat d'un rapport coût/avantage négatif la conclusion d'une exécution excessivement onéreuse. Comme en matière de déséquilibre significatif, l'appréciation de l'exécution excessivement onéreuse devra se faire en considération de l'ensemble des clauses du contrat, et de l'ensemble des relations contractuelles qui unissent les parties. Il conviendra donc de privilégier une appréciation *in concreto* globale de l'onérosité excessive²¹³⁶.

678. Reste néanmoins la situation dans laquelle, sans que le coût de l'exécution soit augmenté, l'une des parties tire un avantage plus important de l'exécution du contrat que celui prévu lors de sa conclusion. Faut-il considérer ici que l'article 1195 trouverait à s'appliquer ?

²¹³³ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 396 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°764, p. 408 ; P. Ancel, Imprévision, *Rep. Civ.* 2017, n°75 ; Ph. Malinvaud ; D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°519, p. 473.

²¹³⁴ V. Roppo *op. cit.* p. 951 : « Quanto alla controprestazione, bisogna distinguere : nel caso di onerosità diretta (la prestazione diventa più costosa o preziosa) [...] invece nel caso di onerosità indiretta (si svilisce la controprestazione) » (Quant à la contreprestation, il faut distinguer l'onérosité directe (la prestation devient plus coûteuse ou précieuse) en revanche dans le cas où l'onérosité est indirecte (la contrepartie diminue) (trad. Libre).

²¹³⁵ C'est le cas par exemple des contrats de financement passés par des concessionnaires automobiles.

²¹³⁶ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 398-399.

β. L'exclusion du cas particulier pour lequel l'une des parties bénéficierait d'une augmentation de l'avantage tiré du contrat

679. La décision rendue par la Cour d'appel de Nancy le 26 septembre 2007²¹³⁷ fournit un exemple de l'hypothèse visée. Une entreprise productrice de carbonate de soude et une entreprise productrice de vapeur concluent un contrat de fourniture d'une durée de 12 ans, aux termes duquel la deuxième s'engage à fournir à la première une certaine quantité de vapeur, selon certaines caractéristiques et selon les besoins de celle-ci. Ces deux entreprises définissent ensemble la technologie à utiliser. Au cours de l'exécution du contrat est mis en place au niveau européen, puis national²¹³⁸, un système de droit à polluer, contraignant les entreprises émettrices de gaz à effet de serre à détenir des droits à polluer à la hauteur de leurs émissions. L'entreprise productrice de vapeur, par une gestion avisée de ses droits et du fait que la technologie utilisée est relativement économe en énergie, engendre au titre des années 2005 et 2006 des surplus de droits à polluer pour un montant total évalué à environ 3 à 4 millions d'euros²¹³⁹. Se prévalant de la nouvelle économie contractuelle issue de l'application de ces quotas, l'entreprise fournie saisit la juridiction nancéienne afin que celle-ci procède à une répartition du montant précité. La Cour d'appel de Nancy dans un arrêt avant dire droit du 26 septembre 2007, invite les parties à reprendre les négociations pour répartir « équitablement » les profits ainsi créés, et admet ce faisant une situation d'imprévision²¹⁴⁰. Des économistes du droit²¹⁴¹ ont analysé cette décision afin de mettre en évidence les critères économiques à l'œuvre dans cette décision. Ces derniers appuient dans un premier temps leur démonstration sur la théorie des coûts de transaction²¹⁴². Trois critères sont ainsi mobilisés à savoir l'opportunisme des agents, l'incertitude de l'environnement informationnel dans lequel ces derniers concluent et la spécificité de l'actif dans lequel les parties investissent. Appliqués à l'arrêt étudié, ces critères mettent en évidence une situation de domination économique

²¹³⁷ Nancy, 2e ch. com., 26 sept. 2007, n° 2073/07.

²¹³⁸ Directive n° 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, directive a été transposée en droit interne aux articles L. 229-7 et suivants du Code de l'environnement

²¹³⁹ Il faut préciser que la loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 et l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 qui instituent le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre permettait de céder les quotas en cas de reliquats, ce qu'avait fait l'entreprise productrice de vapeur.

²¹⁴⁰ M. Boutonnet, L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre, *D.* 2008. 1120.

²¹⁴¹ B. Deffains, S. Ferey art. préc.

²¹⁴² O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism : Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, 1985.

contraire à celle que le juge laisse implicitement deviner. C'est plus précisément le troisième critère qui permet de renverser ici l'idée selon laquelle l'économie du contrat se trouverait bouleversée. Il ressort en effet de l'étude des faits que c'est le fournisseur et non le fournisseur qui a investi dans la technologie de cogénération ainsi que dans l'installation de son entreprise à proximité de celle du producteur de soude. Cet actif est spécifique dans la mesure où il répond à la spécificité de la relation contractuelle envisagée et perd en dehors de celle-ci sa valeur. L'avantage supplémentaire tiré de l'exécution du contrat par l'entreprise productrice devrait, partant, être récompensé compte tenu de l'investissement spécifique réalisé par cette dernière, sans qu'il soit possible d'exiger d'elle une renégociation des termes du contrat.

680. Les juges nancéiens décident néanmoins de privilégier l'efficacité du contrat à la distribution équitable du gain supplémentaire. Les juges ont, semble-t-il, entendu maximiser le surplus produit par les droits à polluer en considérant que les deux parties participaient communément à une même unité de production. Les émissions de CO₂ du fournisseur étant déterminées par la demande du fournisseur, « il est économiquement rationnel de modifier le contrat afin de construire des incitations propres à amener un comportement efficace de sa part.²¹⁴³ » Cette solution paraît donc pertinente tant en termes économiques qu'écologiques dans la mesure où elle revient à défendre un usage raisonné des quotas d'émissions de gaz à effet de serre.

681. On peut douter néanmoins qu'une telle situation trouve une assise légale justifiée dans l'article 1195 du Code civil. Le juge indique ainsi que la correction du déséquilibre est faite ici « dans l'intérêt général de la réduction des émissions de gaz à effet de serre ». L'ordre public environnemental semble donc davantage fonder cette solution²¹⁴⁴. Rendue sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil anc., cette décision devrait aujourd'hui trouver un fondement textuel dans les articles 1102 alinéa 2 et 1104 du Code civil. L'ordre public environnemental et l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi²¹⁴⁵ obligent les parties à renégocier les contrats lorsqu'il en va de l'effectivité de cet ordre public. Les mesures incitatives environnementales pourraient, en pratique, multiplier les situations dans lesquelles une partie s'enrichit de manière imprévue, sans que l'autre s'appauvrisse

²¹⁴³ B. Deffains, S. Ferey art. préc.

²¹⁴⁴ M. Boutonnet art. préc.

²¹⁴⁵ Certains auteurs ont parlé à ce sujet de « bonne foi environnementale » M. Hautereau-Boutonnet, La bonne foi en droit de l'environnement, *Revue de droit d'Assas* 2016/1, p. 75.

directement ou indirectement. Dans cette hypothèse, les parties pourraient également entendre aménager les effets d'un gain supplémentaire par le recours à des clauses « gagnant-gagnant²¹⁴⁶ ». En revanche, le recours à l'article 1195 devra être systématiquement écarté lorsque la partie qui se prévaut du changement de circonstance ne rapporte pas la preuve de l'augmentation du coût d'exécution du contrat²¹⁴⁷. La démonstration d'une exécution excessivement onéreuse ne suffit pas cependant à caractériser une situation d'imprévision. Il faut encore que la partie qui s'en prévaut n'ait pas accepté ce risque.

c. Le défaut d'acceptation du risque par la partie qui s'en prévaut

682. L'article 1195 exige à titre de troisième condition de mise en œuvre que la partie qui se prévaut de l'imprévision n'ait pas assumé le risque du changement de circonstances invoqué. Mais comment départir la part de risque assumée de celle qui ne l'est pas ? Faut-il que le risque ait été expressément assumé ou le juge peut-il caractériser une acceptation implicite de celui-ci ? La formulation de l'article 1195 semble induire un acte positif d'acceptation²¹⁴⁸. Il faudrait donc que le cocontractant ait manifesté positivement son intention d'assumer certains risques, à défaut de quoi ce dernier serait présumé ne pas y avoir consenti. Une analyse objective de l'imprévision voudrait cependant que le juge identifie les risques raisonnablement prévisibles au regard de l'économie du contrat afin de les exclure du champ d'application de l'article 1195 (α). La sécurité juridique attendue des cocontractants devrait conduire néanmoins à recourir à des clauses d'exclusion des risques non assumés (β).

α. L'identification objective des risques raisonnablement prévisibles

683. Certains auteurs proposent d'identifier trois critères permettant de déterminer si les parties ont entendu assumer le risque invoqué : la catégorie du contrat, sa durée et certaines de

²¹⁴⁶ M. Hautereau-Boutonnet, Le risque climatique en droit des contrats, *RDC* 1^{er} juin 2016, n°2, p 312 : « Le contrat pourrait par exemple prévoir que, en cas de bénéfices réalisés grâce à l'activité de l'autre contractant favorable à la lutte contre le rejet de gaz à effet de serre, une renégociation du prix de vente de l'énergie renouvelable pourra avoir lieu, à certaines conditions. »

²¹⁴⁷ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* 397.

²¹⁴⁸ V. en ce sens Rapport au Président préc. : « celle-ci ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque ».

ses modalités²¹⁴⁹. Les parties qui décident par exemple de recourir à un contrat aléatoire excluent ainsi, selon ces auteurs, l'application de l'article 1195 du Code civil lorsque l'imprévision résulte précisément de l'aléa prévu au contrat²¹⁵⁰. La question se posait avec une particulière acuité s'agissant des instruments financiers à terme²¹⁵¹ dont le caractère est fondamentalement aléatoire²¹⁵². Ces contrats désignent ceux dont l'étendue de l'engagement dépend de la valeur d'un sous-jacent (marchandises, matières premières, instrument financier, indice, taux d'intérêt), dont l'exécution dans le temps est différée jusqu'à une certaine date²¹⁵³. Bien que leur nombre soit illimité, ces contrats se caractérisent par la présence d'un aléa, le sous-jacent, dont l'évolution permet de fixer le montant des obligations des opérateurs. Cet aléa est constitué ici par la « situation évolutive²¹⁵⁴ ». À la suite de l'ordonnance du 10 février 2016, plusieurs auteurs ont manifesté une opposition franche à l'admission de ces contrats dans le champ d'application de l'article 1195 du Code civil²¹⁵⁵. Dans le même temps, les praticiens appelaient une réécriture du texte permettant d'exclure explicitement les contrats financiers du domaine de l'imprévision²¹⁵⁶. Les critiques formulées

²¹⁴⁹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 401 ; V. également B. Deffains, S. Ferey, art. préc. qui proposent dans le même esprit de recourir aux critères objectifs de l'objet du contrat et des caractéristiques observables. Le premier critère recoupe en réalité la catégorie du contrat tandis que les caractéristiques observables renvoient au goût du risque comme à l'aversion pour celui-ci que révéleraient les clauses du contrat ou les qualités des parties.

²¹⁵⁰ Dans le cas où l'imprévision survient en raison d'un risque non prévu au contrat les parties pourront alors se prévaloir de l'article 1195 C. civ.

²¹⁵¹ F. Auckenthaler, Instruments financiers à terme ou contrats financiers, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 2050, 2017.

²¹⁵² Le Haut comité juridique de la place financière de Paris a publié au mois de mars 2017 un Rapport d'étape intitulé « Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats », dans lequel il s'inquiète de l'application de l'article 1195 aux instruments financiers à terme, spéc. p. 23.

²¹⁵³ A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, T. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet, D. Robine, *Droit financier*, Dalloz, coll. Précis. 2^{ème} éd. 2012, n°997, p. 721.

²¹⁵⁴ X. Lagarde, *Marchés financiers - Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? JCP G* n° 44-45, 2 Novembre 2005, doct. 182.

²¹⁵⁵ *Ibid.* « Ce serait donc en trahir l'esprit que d'admettre la théorie de l'imprévision. [...] Le droit civil ne constitue dès lors pas la référence appropriée pour appréhender les contrats qui forment le substrat de l'activité financière. L'aléa est ici la norme ; il est d'autant plus naturel qu'il est inévitable. Certes, on pourrait minimiser la spécificité de ces contrats en soulignant que l'aléa ne porte que sur les gains et les pertes attachés à l'exercice des droits que le contrat consacre et non sur les droits eux-mêmes ; en quoi, au moins facialement, la représentation civiliste du contrat serait sauve. Il n'en reste pas moins que les parties n'ont d'intérêt que pour les gains et les pertes qu'entraîne l'exécution du contrat ; les droits et obligations issus de ce dernier ne sont que des moyens. L'objet est dans la valeur et non dans la créance, la cause est dans l'aléa et non dans la contrepartie. Contraints de prendre le parti de l'incertitude, les financiers, qui ne sont pas des joueurs, tentent à tout le moins de la maîtriser. Et telle est la raison pour laquelle, ils cherchent à contenir l'imprévision ».

²¹⁵⁶ Les praticiens craignaient que ces contrats puissent entrer dans le champ d'application de l'article 1195 dans la mesure où l'événement imprévu n'est jamais inscrit en tant que tel dans le contrat V. Rapport d'étape préc. intitulé « Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats », p. 23 : « Les instruments financiers à terme, et ce malgré leur nature fondamentalement aléatoire, qui devrait écarter le risque de mise en œuvre de ce régime. Il apparaît pourtant que tel pourrait être le cas et qu'une des parties serait en droit d'invoquer l'article 1195 pour se soustraire à ses obligations dès lors que l'événement imprévu n'a pas été inscrit dans le champ contractuel. »

ont été manifestement entendues puisque la loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 est venue intégrer un article L. 211-40-1 au Code monétaire et financier²¹⁵⁷ faisant échapper « les obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 » du champ d'application de l'article 1195 du Code civil.

684. Le risque assumé devra également être distingué selon que le contrat est un contrat-échange à exécution instantanée ou un contrat-collaboration. Dans le contrat-échange le risque assumé de gain ou de perte est plus important²¹⁵⁸ que dans les contrats-collaboration dans lesquels les parties « manifestent leur attachement à une sorte d'équilibre économique à peu près constant sur lequel [elles] se sont mis [es] d'accord²¹⁵⁹ ». L'on précisera néanmoins que certains contrats-échanges sont précisément aménagés pour différer dans le temps les effets du contrat. Les cessions de droits sociaux, par exemple, n'opèrent que rarement un transfert de propriété immédiat, les parties subordonnant ce transfert à des événements tels qu'une restructuration de la société ou des démarches administratives. Faut-il admettre ici l'application de l'article 1195 lorsqu'entre la date de conclusion du contrat et celle du transfert des risques survient une situation d'imprévision ? Certains auteurs plaident en faveur de cette solution²¹⁶⁰, d'autres au contraire la rejettent²¹⁶¹. La lettre de l'article 1195 ne permet pas d'écarter cette hypothèse du champ d'application de l'article 1195, mais l'esprit du texte peut lui, en revanche, être avancé comme un argument en faveur de son exclusion. L'imprévision suppose en effet un changement de situation au cours de l'exécution du contrat.

²¹⁵⁷ Art. L. 211-40-1 CMF : « l'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code. »

²¹⁵⁸ Le risque peut même être explicitement mis à la charge d'une partie. C'est le cas pour le contrat de vente, dont l'article 1196 alinéa 3 du Code civil précise que le transfert de la propriété emporte transfert des risques de la chose.

²¹⁵⁹ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 403.

²¹⁶⁰ H. Le Nabasque, L'imprévision et les cessions de droits sociaux, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} sept. 2016, n°9, p. 538 ; M. Mekki, Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 3, 20 Janvier 2017, act. 155, n°2 ; V. aussi, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 389 ; A. Lecourt, L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques, *RTD com.* 2016. 767 ; A. Gaudemet, Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? *Bull. Joly Sociétés*, 31 déc. 2016, n°12, p. 685 qui ne l'admet que lorsque la cession de la propriété est différée mais pas lorsque la cession est successive ; A. Couret et A. Reygobellet, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, *Bull. Joly Sociétés*, 31 mai 2015, n°5, p. 245 ; J.-Ch. Roda, Réflexions « pratiques » sur l'imprévision, *in* La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 74 qui envisage plus généralement l'application de l'article 1195 au contrat de société « si un événement venait perturber la vie de cette personne morale. »

²¹⁶¹ R. Mortier, Cession de droits sociaux - Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2016, comm. 52 ; J. Moury et B. François, De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *D.* 2016, p. 2225, spéc. n° 41 et s.

Or, dans ces contrats l'exécution semble plus théorique que réelle tant que le transfert de propriété, par exemple, ne s'est pas encore réalisé. Pour autant, la contrepartie illusoire ou dérisoire n'est pas applicable ici dans la mesure où cette dernière s'apprécie au jour de la conclusion du contrat. L'exclusion de ces cessions du champ d'application de l'article 1195 reviendrait en conséquence à priver les parties d'un mécanisme de rééquilibrage utile. La pratique des affaires montre en effet que les cessions de droits sociaux peuvent être affectées par les hausses des cours d'une matière, ou une modification de la réglementation applicable²¹⁶². L'admission des cessions de droits sociaux différées dans le champ de l'article 1195 doit donc être encouragée. La prise en compte de la nature du contrat au rang des critères objectifs de nature à éclairer l'allocation du risque conduit donc à s'intéresser encore à la durée de la convention. Le contrat-échange à durée déterminée manifesterait ainsi la volonté de ses parties de « verrouiller²¹⁶³ » les obligations de chacun, tandis que le même contrat à durée indéterminée induirait une allocation des risques plus souple que dans le cas précédent.

685. Les critères d'identification objective des risques prévisibles selon la catégorie du contrat, sa durée et ses modalités sont loin cependant d'être perfectibles et n'apportent pas de sécurité juridique suffisante. Afin d'échapper à cette analyse objective de l'imprévision, les parties auront donc intérêt à inscrire dans une clause qu'elles n'entendent pas assumer le risque d'un changement de circonstances précisément identifié.

β. Le recours à des clauses d'exclusion des risques non assumés

686. Les parties seront bien avisées en pratique de recourir à des clauses excluant ou, au contraire, admettant la survenance d'un risque au cours de l'exécution du contrat. Dans ce cas, le juge s'appuiera sur ces clauses pour faire application de l'article 1195 ou l'écarter. Cette clause devra néanmoins être formulée avec précision, une exclusion trop générale des risques pouvant aboutir à créer un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 ou à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur au sens de l'article 1170 du Code civil²¹⁶⁴. Pour les contrats d'affaires, c'est l'article L. 442-6, I, 2° qui constituera un risque

²¹⁶² Ces changements expliquent le recours quasi-systématique aux « *MAC Clause* » (*material adverse change*).

²¹⁶³ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 404.

²¹⁶⁴ J.-Ch. Roda, art. préc. p. 77.

pour les parties qui auraient entendu écarter le jeu de l'article 1195 en toutes circonstances²¹⁶⁵. Il faudrait donc dresser une liste limitative des risques « assumés ». Cela paraît d'autant plus nécessaire que l'on peut se demander quelle serait l'efficacité d'éventuelles clauses de *hardship* et clauses de renégociation dans l'hypothèse où les parties auraient inscrit qu'elles entendent assumer le risque d'une exécution excessivement onéreuse à raison d'un changement de circonstances imprévisibles²¹⁶⁶. Certains auteurs voient dans cet aménagement un risque plus qu'un avantage, et encouragent la mise à l'écart plus radicale de l'article 1195 dans son entier²¹⁶⁷. L'article 1195 du Code civil illustre de manière parlante la philosophie de la réforme du contrat. Les mécanismes de rééquilibrage des contrats y sont assez souples et supposent une participation active des parties à leur mise en œuvre²¹⁶⁸. L'article 1195 apparaît en effet comme un patron, une trame de la procédure d'adaptation amiable du contrat que les parties doivent agréer afin de s'en approprier les effets. Il ne s'agit donc pas de choisir entre tout l'article 1195 ou sa mise à l'écart pure et simple, mais plutôt de construire sur la base de cet article les conditions de sa mise en œuvre de nature à sécuriser la relation contractuelle tout en en assurant l'adaptation.

687. Ainsi caractérisée, l'imprévision inaugure une procédure amiable de renégociation du contrat dominée par une obligation de renégociation insuffisamment encadrée.

²¹⁶⁵ Rapport préc. « Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats », faisant état des pratiques en cours en matière d'application de l'article 1195, p. 22 : « Il existe une hésitation sur la place de Paris quant à la manière de neutraliser contractuellement le jeu de l'article 1195. Le tenant pour supplétif, certains se contentent de recourir à une clause d'exclusion spéciale. D'autres se fondent sur la réserve d'application prévue par le texte lui-même, pour stipuler que les parties acceptent le risque d'imprévision. Afin d'asseoir l'exclusion de l'article 1195 du Code civil, il semble ainsi prudent à certains de constater contractuellement au préalable que les parties assument le risque d'une exécution excessivement onéreuse à raison d'un changement de circonstances imprévisibles. » ; V. aussi, A. Pietrancosta, *Introduction of the hardship doctrine ("théorie de l'imprévision") into French contract law: A mere revolution on the books ?*, *RTDF*, 2016/3, p. 1.

²¹⁶⁶ Pour une illustration de cette inquiétude s'agissant des contrats de type « *Increased Cost* » ou de type renégociation des ratios financiers à raison d'un changement de normes comptables, Rapport d'étape du haut comité juridique de la place financière de Paris, mars 2017, p. 22.

²¹⁶⁷ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 401.

²¹⁶⁸ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n°25.132, p. 175 : « L'objectif est de replacer le contrat entre les mains des parties pour les inciter à le « sauver » en cas de difficulté d'exécution. » ; L. Archambault, *Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ?* *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, n°18, p. 18.

2. Une obligation de renégociation insuffisamment encadrée

688. L'article 1195 alinéa 1 du Code civil offre au débiteur la possibilité de prendre l'initiative de la procédure amiable de renégociation. Cette procédure est donc laissée à la seule volonté du débiteur, mais conditionne en pratique la suite de la procédure. Il faut en effet que le débiteur actionne la renégociation amiable s'il souhaite se prévaloir ensuite des autres facultés d'adaptation extrajudiciaires et judiciaires prévues par cet article²¹⁶⁹. L'ambiguïté de ce texte repose donc sur la juxtaposition d'un dispositif facultatif avec un dispositif contraignant. Présenté injustement comme le support textuel d'un « droit à la renégociation²¹⁷⁰ » (a), l'article 1195 alinéa 1 nous oblige à préciser les modalités de cette renégociation amiable (b).

a. L'apparence trompeuse d'un « droit à la renégociation »

689. La procédure de renégociation laissée à la discrétion de la partie victime d'imprévision a fait dire à plusieurs auteurs²¹⁷¹ que cet article consacrait enfin un droit à la renégociation. La lecture de l'alinéa 2 du même article atténue pourtant la force d'une telle affirmation. Le législateur y envisage en effet la possibilité d'un refus du créancier de procéder à la renégociation. La renégociation ne serait donc pas obligatoire lorsqu'elle est demandée par une des parties, mais la demande de renégociation constitue cependant un préalable nécessaire à la recevabilité de la saisine du juge²¹⁷². Cela amoindrit considérablement l'intensité de ce « droit » et en fait davantage une faculté²¹⁷³. De nombreux auteurs²¹⁷⁴ ont souligné à raison l'inutilité de la mention d'une telle faculté, laquelle existait même en l'absence de texte. Si le créancier est libre de refuser de procéder à la renégociation du contrat victime d'imprévision

²¹⁶⁹ T. Revet, Le juge et la révision du contrat, *RDC* 1^{er} juin 2016, n°2, p. 373.

²¹⁷⁰ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°25.131, p. 174.

²¹⁷¹ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°25.131, p. 174 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 405 ; S. Le Gac-Pech, Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme, *LPA* 16 août 2016, n°162-163, p. 7.

²¹⁷² L'art. 1195 al. 2 C. civ. Subordonne en effet la saisine du juge à l'éche de la renégociation : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. »

²¹⁷³ N. Molfessis, Droit des contrats - Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G* n° 52, 21 Décembre 2015, 1415 ; G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, n°528, p. 447 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°519, p. 473.

²¹⁷⁴ A. Confino, L'article 1195 nouveau du Code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? *AJDI* 2016. 345 ; J.-D. Pellier, Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du Projet de réforme) *LPA* 16 nov. 2015, n°128, p. 8.

alors l'adaptation amiable perd de son intérêt. Ce refus ne manquera pas de se produire en pratique lorsque le créancier est opposé au principe même de la renégociation notamment parce qu'il estime que les conditions de l'imprévision ne sont pas réunies, mais encore, de manière stratégique, lorsque celui-ci préfère gagner du temps, ou saisir directement le juge afin qu'il mette fin au contrat²¹⁷⁵.

690. La frilosité du législateur dans le choix des termes choisis est d'autant plus surprenante qu'elle contraste avec le reste de la réforme. L'obligation de bonne foi renforcée par l'article 1104 du Code civil et l'ensemble des dispositions sanctionnant les déséquilibres contractuels plaideraient plutôt pour un droit à la renégociation effectif. La jurisprudence²¹⁷⁶, elle aussi, s'était montrée plus sévère s'agissant de l'obligation de renégociation du créancier auquel il était demandé de bien vouloir procéder à l'adaptation du contrat. La renégociation ne pourrait donc qu'être demandée, le créancier demeurant libre de refuser ou d'accepter d'entrer en renégociation. Faut-il qu'en cas de refus ce dernier fournisse un motif légitime ? Certains auteurs le pensent. Le texte ne le dit pas. L'on peut penser dans tous les cas qu'un tel motif serait facilement trouvé au travers de l'absence de réunion des conditions nécessaires à la caractérisation de l'imprévision. Ces dernières n'étant pas établies avec précision il sera facile pour le créancier de considérer que la condition relative à l'excessive onérosité de l'exécution ou celle relative au caractère imprévisible de l'événement font défaut. Dans ces circonstances, le droit à la renégociation perd de son intérêt et affaiblit la dimension amiable du traitement des déséquilibres contractuels. L'une des solutions pour éviter le contournement trop hâtif de cette phase de négociation pourrait consister à demander à la partie qui sollicite la renégociation de formaliser sa demande par écrit à son cocontractant. Ce dernier devrait alors y répondre selon le même formalisme et préciser en cas de refus les raisons de celui-ci. C'est la solution qu'avait esquissée la Cour d'appel de Nancy dans sa décision en date du 26 septembre 2007²¹⁷⁷ dans laquelle les juges avaient invité les parties «à procéder à la négociation d'un avenant au contrat», et «à remettre au greffe une copie de l'avenant

²¹⁷⁵ Certains auteurs proposent, afin d'éviter cet écueil que le juge tranche, par un jugement avant dire droit, la question de l'applicabilité de l'article 1195 au litige, en vérifiant que les conditions de l'imprévision sont remplies. Celui-ci pourrait ensuite renvoyer les parties à se concilier et à réviser ou résilier elles-mêmes leur contrat, éventuellement sous l'égide d'un médiateur. Ce ne serait qu'en cas d'échec de cette ultime tentative de renégociation que le juge userait de son pouvoir de révision. J. Heinich, *Le défi : la confiance dans les relations d'affaires*, *Gaz. Pal.* n° hors-série 3, p. 66.

²¹⁷⁶ Com. 24 nov. 1998, *RTD civ.* 1999, 98 obs. J. Mestre ; Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *RDC* 2004/3, 642, obs. D. Mazeaud, *CA Nancy*, 26 sept. 2007 *RTD civ.* 2008. 295 obs. B. Fages.

²¹⁷⁷ *CA Nancy*, 26 sept. 2007, *D.* 2008. 1120, note Boutonnet ; *RTD civ.* 2008. 295, obs. Fages ; *RDC* 2008. 738, note D. Mazeaud ; *RDC* 2008. 759, note Carvalinéa

conclu », étant précisé « qu'en cas d'échec des négociations, chaque partie devra verser aux débats, en son dernier état, la proposition qu'elle aura formulée ». Cela n'évitera pas de contourner la phase de renégociation amiable, mais permettrait d'assurer la traçabilité des échanges et de la bonne foi du créancier. Cela s'inscrirait plus largement dans l'obligation de motivation précédemment évoquée²¹⁷⁸ et permettrait au juge d'exercer un contrôle la bonne foi dans la phase de renégociation du contrat.

691. L'une des faiblesses de l'article 1195 pourrait également résulter de la crainte des parties de l'usage fait par leurs échanges au cours de la procédure de renégociation. Les parties pourraient en pratique se montrer réticentes à la renégociation amiable du contrat dans la mesure où elles pourraient craindre que leurs échanges dans le cadre de cette procédure soient, par la suite utilisés par le juge dans l'hypothèse où la renégociation n'aurait pas abouti. Si les parties qui bénéficient d'un Conseil peuvent être protégées par le caractère confidentiel des échanges entre avocats, celles qui n'en ont pas auront intérêt à encadrer ces négociations au moyen d'une clause de confidentialité interdisant l'utilisation du contenu de la renégociation dans une procédure judiciaire postérieure.

692. Il faut ajouter enfin que l'encadrement incertain de la procédure de renégociation sur le fondement de l'article 1195 entraîne des conséquences en matière de procédure de sauvegarde²¹⁷⁹. Il ressort en effet des dispositions de l'article 1195 que ce dispositif pourrait venir contrarier l'application de la procédure de sauvegarde comme prévue à l'article L. 620-1 du Code de commerce, et ce pour au moins deux raisons.

693. La première tient au fait que le nouveau dispositif de l'article 1195 peut être appréhendé comme un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la procédure de sauvegarde. L'entreprise demanderesse doit en effet justifier de « difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter²¹⁸⁰ ». Faut-il considérer alors que l'entreprise en difficulté, qui, sans se trouver en état de cessation des paiements, sollicite l'ouverture d'une procédure de sauvegarde doit

²¹⁷⁸ Cf. *supra* n°629-631.

²¹⁷⁹ M. Latina, P.-M. Le Corre, L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce, IFPPC, 2016, n°58, p. 58.

²¹⁸⁰ Art. L. 620-1 alinéa 1 C. Com. La notion est appréciée souverainement par les juges. B. Grimonprez, L'entreprise en difficultés insurmontables, *RLDA* 2007, n° 21, p. 18. Pour des illustrations jurisprudentielles : Versailles, 15 juin 2006 : *BICC* 2006, no 2175, *Gaz. Pal.* 9-11 juill. 2006, p. 17 ; *RJDA* 2006, no 1152 ; Com. 26 juin 2007 Fraimout, *Rev. proc. coll.* 2006. 225 ; Colmar, 26 sept. 2006, *Gaz. Pal.* 20-21 juill. 2007, p. 24, obs. Lebel ; Com. 26 juin 2007.

préalablement se soumettre à la procédure de renégociation de l'article 1195 du Code civil ? Plusieurs auteurs l'envisagent²¹⁸¹. L'instauration d'une telle hiérarchie paraît néanmoins contestable dans la mesure où les deux outils envisagés ne tendent pas exactement aux mêmes fins. Les procédures sur lesquelles ils reposent témoignent d'ambitions d'échelles différentes²¹⁸². Alors que l'imprévision concentre le déséquilibre sur l'exécution d'un contrat, la procédure de sauvegarde consiste à offrir à l'entreprise une solution globale²¹⁸³ de nature à offrir des perspectives de redressement. Il ne semble dès lors pas opportun d'instaurer la procédure de renégociation pour imprévision comme un préalable à la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

694. Une deuxième raison permet encore d'envisager le dispositif de révision pour imprévision comme un obstacle au bon déroulement de la procédure de sauvegarde. Il s'agit du principe de continuité des contrats en cours pour le temps de la phase amiable d'adaptation du contrat victime d'imprévision. Plus précisément, la préservation des intérêts des créanciers suppose qu'en cas de poursuite de l'exécution des contrats pendant la procédure collective, celle-ci se fasse aux conditions existantes au jour de l'ouverture de la procédure collective. Cela entre donc en conflit avec l'objectif d'adaptation du contrat prôné par l'article 1195 du

²¹⁸¹ M. Latina, P.-M. Le Corre *op. cit.* n°59, p. 59 : « Dans la mesure où la renégociation du contrat offerte au débiteur par le Code civil peut permettre de surmonter la difficulté, les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde ne semblent plus réunies, si les difficultés pouvant conduire à en demander le bénéfice sont d'ordre contractuel et peuvent être surmontées par la renégociation. », et n°60, pp. 59-60 « si les difficultés rencontrées par le débiteur sont de nature contractuelle et tiennent à une exécution rendue excessivement onéreuse du fait de circonstances imprévues lors de la conclusion du contrat, et alors qu'il n'a pas accepté ce risque, il doit, nous semble-t-il, avant de solliciter l'ouverture de la sauvegarde, utiliser la faculté de renégociation ouverte par le Code civil. » Les auteurs proposent néanmoins une autre grille de lecture de l'articulation entre les règles d'ouverture de la sauvegarde et celles de l'article 1195 du Code civil, notamment la possibilité de solliciter dans le même temps le bénéfice de l'article 1195 et celui de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

²¹⁸² J.-J. Ansault, Réforme du droit des contrats et procédure collective, *BJED* 2017, n°2, p. 148 spéc. n°11 : « fermer la voie au recours à une procédure de sauvegarde par l'instauration d'une forme de hiérarchie entre les dispositions de droit commun et les règles de droit spécial ne convainc guère. Et de fait, l'on sait que la jurisprudence se montre attachée au principe selon lequel le débiteur demeure libre de demander l'ouverture d'une sauvegarde, dès lors que les conditions exigées par les textes se trouvent effectivement réunies. Par ailleurs, d'un point de vue pratique et temporel, le processus de la révision contractuelle et celui de la procédure de sauvegarde ne relèvent pas de la même échelle de temps, de sorte qu'il apparaîtrait contre-productif d'un point de vue économique d'attendre une décision, nécessairement aléatoire, qui statuerait sur le fondement de l'article 1195 du Code civil s'agissant du contrat considéré, avant de permettre à un autre juge de se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés. En somme, tant la logique juridique que les enjeux pratiques justifient de maintenir une liberté de principe au profit du débiteur quant au choix de la procédure la mieux à même de répondre à ses besoins. » Dans le même sens, sur l'incompatibilité des temps de ces deux mécanismes P. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal, F. Kopf, Réforme des contrats et difficultés des entreprises, *BJED* sept. 2016, n° 5, p. 352 et s.

²¹⁸³ Le plan de sauvegarde arrêté à l'issue de la période d'observation peut s'étendre jusqu'à dix années et comprend notamment des mesures touchant à la masse salariale, la structure sociale, ou la cession de certaines branches d'activités.

Code civil. Ce conflit ne serait, selon certains auteurs, qu'apparent dès lors que le principe de la poursuite du contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective ne serait que l'application du « principe de neutralité du droit des entreprises en difficulté par rapport au contrat²¹⁸⁴ ». Le droit commun des contrats admettant désormais le principe de la révision du contrat pour imprévision, rien ne s'opposerait en théorie, à ce que le droit des entreprises en difficulté admette en conséquence, une renégociation du contrat postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective. Cette hypothèse paraît néanmoins peu probable lorsque le débiteur a davantage intérêt à obtenir la nullité du contrat²¹⁸⁵.

695. Loin de garantir donc un droit à la renégociation, l'article 1195 alinéa 1 du Code civil offre en réalité une bien maigre faculté. La menace dont s'assortit le refus de renégociation devrait pourtant offrir un champ d'application important à ce nouvel article. Il faut alors en préciser les modalités de mise en œuvre.

b. Les modalités de la renégociation amiable

696. Alors que le Code civil offre aux parties une certaine initiative et une certaine liberté dans la renégociation du contrat, ces dernières peuvent paradoxalement souffrir du manque d'encadrement de cette procédure. Peu de choses sont dites au sujet de cette période. Il ne fait aucun doute tout d'abord qu'une fois engagées dans la renégociation, les parties devront agir de bonne foi comme l'exige l'article 1104 du Code civil. Cela suppose de ne pas aggraver sciemment la situation du débiteur au cours des négociations, de ne pas rompre abusivement ces négociations par un comportement inadapté, ou de faire durer ces échanges sans la volonté réelle de les voir mener à bien. À cette obligation de bonne foi s'ajoute une obligation d'exécuter le contrat. Le débiteur à l'origine de la demande de renégociation doit à cet égard continuer d'exécuter ses obligations tout le temps de la renégociation²¹⁸⁶. Plusieurs difficultés peuvent apparaître à l'occasion de cette procédure de renégociation lorsque les parties n'ont pas entendu l'encadrer au moyen d'une clause. La première tient sans aucun doute à la délimitation du champ de la renégociation. Les parties devront en effet s'entendre sur le périmètre de l'adaptation du contrat. Faut-il se limiter au seul prix ou peut-on solliciter encore

²¹⁸⁴ M. Latina, P.-M. Le Corre, *op. cit.* n°62, p. 64.

²¹⁸⁵ V. *supra* n° 82-84.

²¹⁸⁶ Cette obligation est néanmoins d'une intensité différente de l'obligation de bonne foi, puisqu'elle n'est pas d'ordre public. Cf. *supra* n° 418-421.

la modification ou l'ajout d'une clause qui ne serait pas directement affectée par la situation d'imprévision ? Cette question est sensible. Si le Code civil est silencieux sur ce point, l'on peut d'ores et déjà se risquer à proposer des pistes de solutions.

697. La renégociation du contrat pour imprévision devrait, nous semble-t-il, se limiter aux causes de cette imprévision. Cela revient à distinguer préalablement ce qui dans le contrat relève du champ de l'imprévision de ce qui n'en relève pas. Prenons l'exemple suivant : une société A consent à une société B un contrat aux termes duquel elle s'engage à fournir à B un hébergement pour les serveurs informatiques de sa société. Au cours de l'exécution du contrat, une augmentation spectaculaire du coût de l'électricité entraîne une multiplication par cinq des coûts d'hébergements des serveurs pour la société A. Les parties conviennent de se rapprocher pour renégocier les termes du contrat. À cette occasion, la société A entend voir ajouter une clause par laquelle cette dernière se réserve le droit de modifier unilatéralement la puissance électrique disponible des serveurs à tout moment. Cette clause ne relève pas, *a priori*, du champ contractuel affecté par la situation d'imprévision dans la mesure où elle n'affecte pas le coût de l'exécution pour le débiteur. Cette demande devrait donc être exclue de la procédure de renégociation. Pour autant, une telle clause peut dans une autre perspective être analysée comme relevant de la renégociation pour imprévision dans la mesure où elle offre à l'hébergeur la possibilité de limiter les dépenses d'électricité en limitant ponctuellement la puissance des serveurs. Le travail de distinction de ce qui relève du champ de l'imprévision et de ce qui y est étranger présente dans cette hypothèse une haute dose d'incertitude. Considérer que le champ des négociations devrait uniquement porter sur le prix affecté par le changement de circonstances semble réducteur et arbitraire. Les parties pourraient trouver un intérêt à assouplir ponctuellement les obligations du débiteur par le recours à une clause de modification unilatérale comme celle qui vient d'être évoquée. La solution, une fois de plus, pourrait consister à identifier l'objet de l'imprévision au moyen d'une demande écrite du débiteur. Ce dernier y préciserait l'objet de sa demande en indiquant précisément l'événement à l'origine de l'augmentation du coût d'exécution du contrat ou de la baisse de la valeur de ce qu'il percevait. Cela permettrait d'identifier l'objet du déséquilibre induit par le changement de circonstances et d'écarter en conséquence les demandes qui ne relèveraient pas de cet objet.

698. Les parties auraient encore intérêt à préciser les objectifs qu'elles s'assignent aux termes des causes de l'imprévision ainsi désignées. Ces objectifs aussi qualitatifs que temporels consisteraient à indiquer que les parties entendent ramener l'équilibre du contrat à l'état qui était le sien antérieurement à la survenance de l'événement imprévisible. Cela permettrait donc de faire échapper la renégociation amiable à une renégociation globale sans lien avec la situation d'imprévision. Sans cela, la procédure de renégociation pourrait servir de prétexte à des demandes injustifiées que le débiteur serait tenté d'accepter pour échapper à la résolution du contrat. Ce risque est d'autant plus important lorsque les parties disposent d'une puissance économique inégale. Le risque est grand alors que la partie la plus puissante économiquement tente un « *hold up* » contractuel, c'est-à-dire qu'elle saisisse l'opportunité de la procédure de renégociation prévue par l'article 1195 du Code civil pour imposer à son cocontractant en difficulté des clauses créant un déséquilibre significatif, par exemple²¹⁸⁷.

699. Les parties devraient encore indiquer avec précision la durée des aménagements qu'elles proposent. Deux situations peuvent être envisagées. Dans un cas le changement de circonstances est irréversible au moins de manière prévisible, et la renégociation consiste alors en un avenant contractuel durable. Dans un autre cas, le changement de circonstances est ponctuel et doit être appréhendé au moyen de remèdes provisoires. Il pourra s'agir par exemple d'une augmentation provisoire du prix payé par le créancier ou d'un allègement de l'obligation du débiteur. Dans ce cas les parties aménageront une période d'adaptation du contrat limitée dans le temps avec la faculté par exemple, de réenvisager la situation au terme des aménagements.

700. La formalisation des échanges et la définition des causes comme des objectifs de la procédure de renégociation apparaissent comme un préalable indispensable à la bonne exécution de cette procédure. Sans cela, les parties risquent de se trouver dépassées par la liberté qui est la leur dans cette procédure et perdre de vue son intérêt. Il arrivera néanmoins en pratique que malgré les meilleurs efforts des parties, ces dernières ne parviennent pas à renégocier le contrat. C'est donc une fois le constat de cet échec ou d'un refus établi, qu'une seconde procédure amiable s'offre aux parties, marquée par le recours à la résolution commune du contrat.

²¹⁸⁷ Ou d'autres déséquilibres tels que ceux figurant aux articles 1169 et 1170 C. civ.

B. La résolution commune du contrat victime d'imprévision

701. L'article 1195 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent ». Les parties qui ne seraient pas parvenues à renégocier le contrat disposent d'une alternative : solliciter la résolution du contrat ou déléguer au juge le soin de son adaptation. La résolution du contrat par les parties peut surprendre ici dans la mesure où cette sanction implique *a priori* une inexécution contractuelle. Alors que la définition de l'imprévision manifeste l'extériorité de ce « vice » contractuel, le recours à la résolution témoigne, au contraire, d'une affection interne au contrat. Cette sanction se présente donc comme un remède inadapté (1) et plaide en faveur d'une sanction adaptée incarnée par le *mutuus dissensus* (2).

1. La résolution commune : un remède inadapté

702. L'article 1195 du Code civil laisse aux parties qui ne seraient pas parvenues à s'entendre la possibilité de convenir de la résolution du contrat selon les modalités qu'elles déterminent. Cette résolution commune issue du dernier état de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats²¹⁸⁸ est l'une des deux voies que peuvent emprunter les parties, ces dernières pouvant opter pour une adaptation déléguée du contrat par le juge. Ce remède apparaît inadapté à double titre. Ce remède repose en effet sur une inexécution contractuelle inavérée en matière d'imprévision (a), et suppose plus largement de cerner la nature d'une résolution conventionnelle insaisissable (b).

²¹⁸⁸ Art. 136 du Projet de 2008 : Art. 117 du Projet de 2011 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation de son contrat. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». L'avant-projet *Catala* et le Projet *Terré* ne contenaient pas non plus de référence à cette résolution commune.

a. Une inexécution contractuelle inavérée en matière d'imprévision

703. La résolution du contrat est traditionnellement présentée comme la sanction du contrat victime d'une inexécution²¹⁸⁹. Bien que l'ordonnance du 10 février 2016 ne définisse pas la résolution²¹⁹⁰, l'article 1224 du Code civil porte les stigmates de l'inexécution contractuelle. Certains commentateurs de l'ordonnance semblent néanmoins admettre le principe d'une résolution fondée, non sur l'inexécution contractuelle, mais sur des « circonstances ayant rendu excessivement onéreuse²¹⁹¹ » l'obligation du débiteur. D'autres auteurs indiquent pour leur part que la résolution pourrait être consécutive « à la survenance d'un événement incertain²¹⁹² ». Il existerait ainsi une forme de résolution propre à l'imprévision²¹⁹³. Le caractère fonctionnel²¹⁹⁴ de la résolution du contrat permet d'assigner à ce remède plusieurs fonctions, dont une fonction économique qui justifierait son recours dans le cas de l'imprévision. La résolution du contrat se présenterait ainsi comme un « instrument de liquidation²¹⁹⁵ » du contrat tirant les conséquences, sur un plan juridique de « l'échec du projet contractuel²¹⁹⁶ ». La résolution pour inexécution permettrait ainsi au juge d'apprécier l'utilité du contrat²¹⁹⁷ par référence au projet contractuel convenu entre les parties.

704. L'ordonnance du 10 février 2016 ne nous semble pas cependant consacrer une telle approche. La place qui y est assignée à la résolution est circonscrite aux cas d'inexécution, le

²¹⁸⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n° 684, p. 738 ; S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°702, p. 794 ; T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse, LGDJ, 2007, n°255, p. 188 : « Sanction de l'inexécution, la résolution n'est pas une situation mais une technique juridique. Elle se conçoit essentiellement comme un acte de destruction délibéré et bien spécifique des effets du contrat, décidé pour répondre de façon adéquate au manquement. » ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 2, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°2073, p. 780 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013, n°649, p. 699.

²¹⁹⁰ Le Code civil ne fournit en effet aucune définition de la résolution. Ce qui n'est pas le cas de la caducité art. 1186 C. civ. ou de la nullité art. 1178 C. civ.

²¹⁹¹ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, p. 175, n°25.132.

²¹⁹² J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet *op. cit.* n°2073, p. 781.

²¹⁹³ En ce sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°465, p. 420.

²¹⁹⁴ T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse, LGDJ, 2007, n°255, p. 188.

²¹⁹⁵ T. Génicon, *op. cit.* n° 201, p. 152 ; C. Atias, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 2006, n°184, p. 144 évoque la résolution du contrat comme une « mesure d'assainissement ».

²¹⁹⁶ *Ibid.*

²¹⁹⁷ T. Génicon *op. cit.* n°436, p. 315, parlant du juge : « il nous semble que ce dernier navigue entre trois conceptions, différentes de l'utilité que l'on pourrait désigner respectivement comme l'utilité convenue, l'utilité subjective et l'utilité objective. » L'auteur condamne toutefois le recours à la résolution par suite de la « perte d'intérêt du contrat, qui autoriserait la disparition du contrat pour des motifs autres que la simple violation du contrat. », celui-ci témoignant d'une conception trop large et trop fuyante de la notion de résolution spéc. n°1066, p. 773.

législateur ayant choisi de laisser à la caducité le soin d'appréhender les situations pour lesquelles un élément essentiel du contrat viendrait à disparaître. La résolution reste ainsi viscéralement attachée à la notion d'inexécution. Que l'inexécution soit fautive ou fortuite par suite d'une force majeure²¹⁹⁸, la résolution repose sur une inexécution. Pour cette raison précise, la situation d'imprévision ne sous semble pas entrer dans le champ d'application de ce remède²¹⁹⁹. Le débiteur qui se prévaut de l'article 1195 ne se trouve pas empêché d'exécuter son obligation. Plus encore, ce dernier est obligé de continuer à exécuter le contrat tout le temps de la renégociation. Certains auteurs notent néanmoins à raison que les parties peuvent, *a contrario*, cesser d'exécuter le contrat une fois cette phase de renégociation terminée²²⁰⁰. Cela suppose de pouvoir identifier clairement la période qui se situerait entre la fin des négociations et la décision de résoudre unilatéralement le contrat. Cette période pourrait en réalité ne pas exister en tant que telle, la décision de résoudre le contrat se présentant comme la décision prise par les parties à l'issue de la renégociation infructueuse. Plus généralement, le dispositif de l'article 1195 manifeste le souci d'assurer le bon fonctionnement du contrat aussi longtemps que possible. Considérer ici que l'on serait face à une situation d'inexécution présente donc une part d'artifice. Dans cette perspective, le remède de caducité apparaît plus adapté²²⁰¹ que celui de la résiliation²²⁰². L'inexécution contractuelle n'est pas imputable ici à une partie, mais se présente comme la conséquence de la disparition d'un élément essentiel²²⁰³. Cet élément peut être entendu, nous l'avons vu, comme la disparition de la prestation ou celle de la contrepartie convenue, cette dernière devenant illusoire ou dérisoire. En ce sens, la caducité apparaît sur le principe, plus adaptée aux causes de l'imprévision que la résolution. Une autre voie mérite toutefois d'être

²¹⁹⁸ Art. 1218 alinéa 2 C. civ. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. 1756, Liv. I, tit. I, section VI, XI : « l'inexécution de la part de l'un des contractants, peut donner lieu à résolution : soit qu'il ne puisse, ou qu'il ne veuille exécuter son engagement ». On parle dans ce cas d'une résolution de plein droit. Pour une critique du recours à ce remède en matière de force majeure, *op. cit.* Th. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, n°144, p. 108.

²¹⁹⁹ En ce sens, G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°529, p. 449 : « Le recours à la notion de résolution étonne sachant qu'il n'y a pas nécessairement eu d'inexécution et que les articles 1217 et suivants ne mentionnent pas l'existence de cette résolution amiable. »

²²⁰⁰ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°527, p. 447.

²²⁰¹ V. en ce sens, Wester-Ouisse, *art. préc.*, n°17.

²²⁰² Notons que le même effet est réservé au contrat résolu et au contrat caduc Cf. art. 1229 C. civ. : « La résolution met fin au contrat. »

²²⁰³ V. en ce sens, R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, LGDJ, 2006, n°5, p. 53 ; P. A. Foriers, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Thèse, Bruylant, 1998, n° 30, p. 35 ; P.-H. Antomattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse, LGDJ, 1992, n°236, pp. 169-170.

envisagée. Il s'agit de la résolution conventionnelle que l'on pourrait déduire d'un raisonnement par analogie avec l'article 1178 du Code civil.

b. La nature insaisissable de la résolution « conventionnelle »

705. Alors que l'article 1184 du Code civil ancien²²⁰⁴ indiquait la nature judiciaire de la résolution, la jurisprudence avait admis la résolution unilatérale du contrat lorsque la gravité du comportement de l'autre partie le justifiait²²⁰⁵. L'ordonnance du 10 février 2016, prenant en considération cette jurisprudence et les systèmes juridiques étrangers²²⁰⁶, envisage désormais trois types de résolution : la résolution judiciaire, unilatérale, et la clause résolutoire²²⁰⁷. Il faut ajouter cependant à cette liste une quatrième sorte de résolution que l'on pourrait dire « conventionnelle » ou « amiable », prévue par l'article 1195 alinéa 2²²⁰⁸ du contrat et résultant d'un accord des parties.

706. La nature de cette résolution « conventionnelle » questionne. S'agit-il d'une résolution commune sur le modèle de la nullité du même type prévue par l'article 1178 du Code civil ? À l'image de l'article 1178 du Code civil, la résolution pourrait être envisagée dans sa dimension conventionnelle lorsque les parties se mettent d'accord afin de constater elles-mêmes la résolution du contrat sans qu'il soit nécessaire que le contrat ait été affecté par une inexécution²²⁰⁹. Demolombe envisageait dès 1869, une possibilité analogue²²¹⁰. L'auteur se risquait alors à envisager une résolution conventionnelle lorsque d'une part « la résolution

²²⁰⁴ Art. 1184 C. civ. Anc. : « 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. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

²²⁰⁵ Il s'agit là du célèbre arrêt *Tocqueville* du 13 octobre 1998, Civ. 1^{ère}, n°96-21485, *D.* 1999, 197, note Ch. Jamon.

²²⁰⁶ Les systèmes juridiques allemands, italiens ou québécois envisagent une résolution automatique des contrats synallagmatiques sans intervention du juge. V. pour le droit allemand §324 et 325 du BGB. Pour le droit italien l'article 1453 et l'article 1454 du C. civ. Italien. Et pour le droit québécois l'article 1605 du Code civil du Québec. Pour des développements plus complets S. Bros, Ch. Larroumet, *op. cit.*, n°703, p. 797.

²²⁰⁷ Art. 1224 C. civ. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°886, p. 506 ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* n°24.111, p. 146.

²²⁰⁸ Art. 1195 al. 2 C. civ. : « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

²²⁰⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 697, p. 374.

²²¹⁰ L'auteur subordonnait toutefois cette résolution à une inexécution.

procède d'une cause ancienne et nécessaire», et d'autre part «qu'elle est consentie loyalement entre les parties²²¹¹». Cette résolution amiable serait en effet plus adaptée à la situation, dans la mesure où l'article 1195 l'envisage comme une décision commune. Cette résolution conventionnelle n'est toutefois pas envisagée formellement par le Code civil, qui réserve exclusivement à la nullité son caractère conventionnel²²¹². Cette nullité conventionnelle est au demeurant présentée comme une notion «équivoque²²¹³». Il s'agit, si l'on s'en réfère à l'article 1178 du Code civil, de constater la nullité d'un contrat, laquelle est préalablement prononcée par le juge²²¹⁴. Cette nullité «consensuelle²²¹⁵» désigne «un acte juridique rendu apte, par l'article 1178 lui-même, à se substituer exactement à la décision du juge.²²¹⁶» Les conséquences de cette nullité conventionnelle sont donc identiques à la nullité qui serait prononcée judiciairement. Le contrat est pleinement rétroactif et la nullité opposable aux tiers.

707. Partant, la résolution conventionnelle comme la résolution du contrat pour inexécution n'apparaissent pas comme des remèdes pertinents par suite de l'échec des négociations entreprises sur le fondement de l'article 1195 alinéa 1 du Code civil. Face à cette situation, plusieurs auteurs²²¹⁷ proposent de voir dans la résolution «conventionnelle» du contrat une manifestation de la révocation du contrat par *mutuus dissensus*²²¹⁸.

²²¹¹ C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome deuxième, A. Durand L. Hachette 1869, n°518, p. 486.

²²¹² Certains auteurs emploient toutefois la notion de «résolution conventionnelle» pour désigner la résolution consécutive à la mise en œuvre d'une clause résolutoire V. G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°647, p. 561. Ce mécanisme est toutefois différent de celui de l'art. 1195 alinéa 2 dans la mesure où il suppose que les parties aient identifié préalablement dans une clause les causes de son application.

²²¹³ *Ibid.*

²²¹⁴ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 325.

²²¹⁵ M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°442, p. 501.

²²¹⁶ O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 326.

²²¹⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°764, p. 408 ; O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier *op. cit.* p. 407 : «le cas de l'imprévision a ceci de particulier, par rapport à la nullité et la résolution pour inexécution, qu'il est fort difficile de faire le départ entre le cas de révocation banal [...] et le cas de résolution pour imprévision véritable, où la cessation du contrat trouve en réalité sa cause dans un événement extérieur à la volonté des parties» ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°442, p. 501 ; G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.* n°529, p. 449.

²²¹⁸ A. Siri, *Le mutuus dissensus* : notion, domaine, régime, Thèse, Aix-Marseille, 2011.

2. La révocation par *mutuus dissensus* : une sanction adaptée au contrat victime d'imprévision

708. Notion cardinale du droit des obligations, le *mutuus dissensus* est pourtant demeuré longtemps entouré d'un halo de mystère²²¹⁹. Son usage autonome était en effet mal circonscrit et une diversité d'expressions²²²⁰ était employée par la loi, la jurisprudence et la doctrine pour désigner les effets de cette convention atypique. Cette locution latine²²²¹ longtemps mise à l'écart du vocabulaire juridique des auteurs²²²² a trouvé un regain d'intérêt à la fin des années 1880 dans plusieurs manuels de droit²²²³. Cet intérêt s'explique en grande partie par les avantages de ce remède contractuel. Celui-ci présente les avantages des procédures amiables de règlements des différends²²²⁴ à savoir la simplicité, la rapidité et la souplesse. L'éviction du juge permet en effet aux parties de sortir du contrat plus rapidement sans les coûts procéduraux habituels. La thèse récente qui lui a été consacrée²²²⁵ a néanmoins entrepris de livrer les spécificités de son régime. Le *mutuus dissensus* peut être défini comme la convention spéciale soumise au droit commun des contrats permettant d'éteindre une convention antérieure²²²⁶. L'on en trouve la trace dans l'actuel article 1193 du Code civil qui dispose que « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. » Il s'agit ni plus ni moins de l'expression la

²²¹⁹ Du moins jusqu'à l'article de R. Vatinet, *Le mutuus dissensus*, *RTD civ.* 1987, 252.

²²²⁰ On parle notamment de « résiliation amiable », « résiliation bilatérale », « résiliation conventionnelle », « résiliation d'un commun accord », « résolution amiable », « résolution conventionnelle », « révocation amiable », « révocation conventionnelle », « révocation mutuelle », « révocation par l'accord des parties ».

²²²¹ H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 1993, V. *Mutuus dissensus*.

²²²² Les auteurs utilisaient plutôt l'expression de « révocation par consentement mutuel », ou celle de « dissentiment mutuel » V. D. Dalloz et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine, et de jurisprudence*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, tome XXXIII, 1860, V. obligations spéc. p. 569, n°2543.

²²²³ Marcel de la Bigne de Villeneuve avec la collaboration de P. Henry, *Éléments de droit civil*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, G. Pedone-Lauriel successeur, tome II, 1883, p. 1005 ; Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement des domaines et des hypothèques*, Paris, Rédaction et Administration tome II, 7^e éd. 1890, pp. 1062-1063 ; F. Labori, avec la collaboration de E. Schaffhauser, A. Duparcq et E. Lemesle, *Répertoire encyclopédique du droit français de la Gazette du Palais*, Paris, Marchal et Billard, tome IX, 1894, p. 672 ; H. Rivière par A. Weiss et H. Frennelet, *Pandectes françaises*, préc., Tome II, 1893, p. 103.

²²²⁴ J. El-Hakim, *Les modes alternatifs de règlements des conflits dans le droit des contrats*, *RID comp.* 1997/2, p. 347-357 ; F. Kernaleguen, *La solution conventionnelle des litiges civils*, in *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Travaux et Recherches de la Faculté de Rennes, *Économica*, 1987, pp.65-87.

²²²⁵ A. Siri, *op. cit.*

²²²⁶ A. Siri, *op. cit.* n°489, p. 365.

plus parfaite des principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté²²²⁷. L'on parle ainsi de *révocation du contrat par mutuus dissensus*²²²⁸.

709. Le recours à cette convention particulière en matière d'imprévision a été mis en évidence par plusieurs auteurs²²²⁹. La convention de *mutuus dissensus* constaterait ainsi l'échec de la tentative d'adaptation du contrat tout en assurant une réallocation efficace des ressources du contrat. La rapidité avec laquelle les parties recourent à ce remède permet effectivement de pallier les risques attachés au caractère tardif et incertain d'une décision de justice²²³⁰. Le *mutuus dissensus* se présente encore comme un remède pertinent au contrat victime d'imprévision dans la mesure où celui-ci a pu être présenté comme la traduction du devoir de coopération des parties²²³¹. Il s'agirait de passer d'un *mutuus dissensus* de « rupture-désengagement²²³² » à un *mutuus dissensus* « rupture-remède²²³³ ». Dans cette perspective, le recours à ce remède apparaît particulièrement pertinent pour les situations visées par l'article 1195 du Code civil. Il s'agit au travers de cette révocation non seulement de préserver l'utilité du contrat en réattribuant les ressources qu'il produit sans prendre le risque de leur disparition, mais il s'agit encore de prévenir la survenance de conflit. La dimension préventive du *mutuus dissensus* est essentielle, particulièrement lorsqu'à l'image de l'article 1195 alinéa 2 du Code civil, le recours à ce remède est favorisé par le législateur. Cette convention suppose en effet que les parties conviennent des modalités selon lesquelles elles entendent éteindre la convention passée entre elles. Cette entente réduit donc les risques

²²²⁷ A. Siri, *op. cit.* n°77 et 78, pp. 96-97.

²²²⁸ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016, n°589, pp. 594-596 ; E. Putman, *La révocation amiable in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997, pp. 125-147.

²²²⁹ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse, droit privé, Paris I, Economica, 2009, p. 480, n°845 : « Par un *mutuus dissensus* [...] les parties peuvent acter l'impossibilité de poursuivre plus avant leur relation, et décider de mettre un terme à leur engagement » ; A. Siri *op. cit.* n°156, p. 147 : « Quelquefois en cas de force majeure mais surtout en cas de survenance de circonstances totalement imprévisibles pour les contractants, bouleversant l'économie du contrat ou empêchant son exécution si l'obstacle n'est que provisoire, les parties à un contrat de longue durée se rencontreront souvent et parfois obligatoirement afin de chercher, par un nouvel accord, à assurer la survie du contrat par son adaptation. Si la difficulté de poursuivre le contrat est trop grande, exceptionnellement lourde ou pratiquement impossible, perdue ou est définitive, les parties prendront d'autres mesures pour la résoudre et décideront généralement d'un commun accord de mettre fin purement et simplement au contrat. Seul cet accord constitue un *mutuus dissensus*. »

²²³⁰ A. Siri *op. cit.* n°156, p. 148.

²²³¹ A. Siri *op. cit.* n°156, p. 149 ; V. art. 1 : 202 des PDEC : « Chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ».

²²³² *Ibid.*

²²³³ *Ibid.*

éventuels de contestation judiciaire sans les éteindre complètement²²³⁴. Ainsi définie, la convention de *mutuus dissensus* produit un effet extinctif de la convention sur laquelle elle porte.

710. L'effet extinctif de ce contrat touche à la fois la convention antérieure passée entre les parties et les différends qui pourraient naître à l'occasion de la situation d'imprévision. Les parties ne peuvent pas déterminer les prestations qu'elles entendent éteindre, mais peuvent seulement convenir de l'extinction de la convention. La disparition des prestations n'est donc qu'indirecte²²³⁵. S'agissant de l'extinction des différends, cela est particulièrement visible en matière d'imprévision. Il arrivera souvent dans une situation d'imprévision que l'une des parties échoue à continuer d'exécuter le contrat de manière volontaire ou fortuite, ou qu'elle ne l'exécute que partiellement. La convention de *mutuus dissensus* a donc pour effet d'éteindre, avec la convention défaillante, les différends en germe. Cette affirmation ne va pas de soi, puisque la Cour de cassation a pu laisser penser qu'elle tenait pour critère décisif l'absence de différend entre les parties lors de la convention de *mutuus dissensus*²²³⁶. Plus précisément, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble subordonner la révocation du contrat de travail par *mutuus dissensus* à l'absence de tout litige portant sur l'exécution du contrat²²³⁷. Si la nécessité d'un consentement libre et éclairé exige que les parties aient véritablement consenti à recourir au *mutuus dissensus*, il apparaît plus critiquable d'exiger encore que ces dernières n'aient entretenu aucun différend préalablement à cette décision. Appliquée à l'imprévision, une telle exigence conduit à exclure le recours à ce remède comme prévu par l'alinéa 2 de l'article 1195 du Code civil.

711. Certains auteurs²²³⁸ soulignent ainsi la faiblesse de ce critère et proposent de distinguer les notions de conflit, de différend et de litige. Alors que le litige²²³⁹ se présente

²²³⁴ La convention de *mutuus dissensus* peut tout à fait être contestée par la suite dans la mesure où il s'agit d'un contrat soumis au droit commun. Les parties peuvent donc solliciter sa nullité sur le fondement des vices du consentement par exemple ou solliciter son exécution. En cela la convention de *mutuus dissensus* se distingue de la transaction. Pour une distinction plus poussée du *mutuus dissensus* et de la transaction V. A. Siri *op. cit.* n°160, pp. 152-155. V. aussi, L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op. cit.* n°134, pp. 509-513.

²²³⁵ A. Siri *op. cit.* n°136, p. 133. En cela la convention de *mutuus dissensus* se distingue par exemple de la novation qui éteint, elle, une obligation et non une convention.

²²³⁶ Cass. Soc. 16 oct. 1997, Bull. Civ. V, n°321, p. 232 ; Cass. Soc. 31 mars 1998, Bull. civ., V, n°189, p. 138 et 139 ; Cass. Soc. 6 janv. 1999, pourvoir n°96-44.278 ; Cass. Soc. 2 déc. 2003, Bull. civ. V, n°308, pp. 309-311.

²²³⁷ V. contr. : Cass. Soc. 21 janv. 2003, Bull. civ., V, n°11, pp.10-11, Dr. Soc. 2003, p. 547 et 548 obs. G. Couturier. Cette décision admet une résolution par *mutuus dissensus* alors que le salarié avait déjà saisi le Conseil de Prud'hommes.

²²³⁸ A. Siri *op. cit.* n°153, p. 145.

comme un différend judiciaire²²⁴⁰, étranger à la convention de *mutuus dissensus*²²⁴¹, le différend serait un « désaccord juridique non porté devant un juge²²⁴² », auquel cette convention peut mettre fin de manière accessoire. Le conflit, enfin, désignerait la situation à l'origine d'un litige. Ce conflit se distingue du litige en ce qu'il n'implique pas une intervention judiciaire²²⁴³ et se place en cela sur un terrain a-juridique. Ce conflit peut, dans le meilleur des cas, être apaisé par la convention de *mutuus dissensus*, mais celle-ci ne peut jamais avoir pour objet l'extinction d'un conflit. L'introduction récente du terme de différend dans le livre V du Code de procédure civile intitulé « La résolution amiable des différends » témoigne du recours à ce terme générique pour désigner tout à la fois le conflit et le litige. Il s'agit de désigner les modes amiables qui interviennent aussi bien lorsqu'une action en justice a déjà été introduite que lorsqu'elle ne l'a pas été. Il apparaît opportun d'exclure de la convention de *mutuus dissensus* les cas pour lesquels les parties entendraient mettre fin à un différend ou à un conflit à titre principal. En revanche, il apparaît inopportun de condamner *a priori* les conventions de *mutuus dissensus* qui surviendraient en l'état d'un désaccord antérieur.

712. Les effets de cette convention de *mutuus dissensus* doivent eux aussi être précisés. L'alinéa 2 de l'article 1195 dispose que « les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent ». Cet alinéa illustre la symétrie des effets entre révocation par *mutuus dissensus* et la résolution du contrat²²⁴⁴. La jurisprudence

²²³⁹ Les articles 4 et 5 du CPC forment une section intitulée « l'objet du litige ». L'article 12 alinéa 1 du même Code dispose encore que : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. »

²²⁴⁰ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op. cit.* n°72, p. 312 : « À la différence du conflit, le litige est donc juridiquement connoté, en ce qu'il se définit comme un conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes, ce que seul peut juger un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge. »

²²⁴¹ A. Jeammaud, Conflit, Différend, Litige, *Droits*, n°34, Mots de la justice, 2001, pp.15-20.

²²⁴² A. Siri *op. cit.* n°153, p. 145. Dans le même sens, C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 33^e éd. 2016, n°2425, p. 1652 : « Le mot « litige » désigne, au sens strict, un conflit dont le juge est saisi (du latin *lis*, *litis*, la cause), tandis que le mot « différend », dans son sens restrictif, désigne un conflit entre les parties qui n'ont pas encore saisi le juge et qui est donc dépourvu de connotation procédurière. »

²²⁴³ On utilise ainsi la notion de MARC (modes amiables de règlement des conflits) ou de MARD (modes amiables de règlement des différends) pour désigner les modes alternatifs au règlement juridictionnel des différends. V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki *op. cit.* n°73, p.317 ; C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard *op. cit.* n°2426, p. 1653.

²²⁴⁴ E. Putman art. préc. p. 143 ; La jurisprudence opère elle aussi un rapprochement entre révocation par *mutuus dissensus* et résolution judiciaire ou conventionnelle lorsqu'il s'agit d'en identifier les effets V. notamment, Cass. Civ. 27 juill. 1892, *DP* 1892, 1, 462 « Les conventions peuvent être révoquées du consentement mutuel des parties, et cette révocation produit le même effet que l'accomplissement d'une condition résolutoire, c'est-à-dire que les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

attribuait²²⁴⁵ à la révocation d'un commun accord du contrat les effets de la résolution, en exigeant des parties un retour au *statu quo ante*²²⁴⁶. La rédaction de l'article 1229 a toutefois retiré à la résolution son effet exclusivement rétroactif pour lui préférer des effets adaptés à l'utilité tirée de l'exécution complète et partielle du contrat²²⁴⁷. Il résulte de l'article 1229 alinéa 2 du Code civil que la résolution du contrat ne produit d'effet rétroactif que lorsque « les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu ». En revanche, lorsque ces prestations ont trouvé leur utilité jusqu'à la survenance de la cause de la résolution, l'on considérera que le contrat aura produit ses effets jusqu'à cette date²²⁴⁸.

713. L'article 1195 se fait l'écho de cette adaptabilité du remède de résolution, puisqu'il laisse aux parties le soin de déterminer les effets qu'elles entendent voir produire à cette « résolution »²²⁴⁹. Les parties sont libres de déterminer les effets de cette convention et peuvent en conséquence décider de lui faire produire un effet pour l'avenir comme un effet rétroactif²²⁵⁰. Il s'agit de la mise en œuvre du principe de liberté contractuelle qui gouverne cette convention²²⁵¹. S'agissant des situations d'imprévision, ces dernières affectent davantage les contrats à exécution successive que les contrats à exécution instantanée de sorte que les parties devraient opter pour l'effet immédiat de la révocation par *mutuus dissensus*²²⁵².

Par la suite, les parties doivent se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre, en exécution de la convention révoquée ».

²²⁴⁵ Sous l'empire du Code civil de 1804.

²²⁴⁶ V. notamment : Cass. Civ. 3^{ème}, 9 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1983, 1, p. 215, note J. Dupichot. Certaines décisions visaient les articles 1134 alinéa 2 et 1184 C. civ. anc. côte à côte Cass. Com. 30 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n°337, p. 291, *RTD civ.* 1985, p. 166, obs. J. Mestre, *RTD civ.* 1985, p. 149, obs. J. Hémard et B. Bouloc.

²²⁴⁷ S. Bros, Ch. Larroumet, *op. cit.* n°711, p.806-807. Art. 1129 alinéa 2 C. civ : « Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. »

²²⁴⁸ L'on voit ici se dessiner la distinction entre contrat à exécution successive et contrat à exécution instantanée sans pour autant que cette distinction soit rigide. Il est possible, en effet, qu'un contrat à exécution instantanée ait eu une utilité jusqu'à un certain moment. C'est le cas des contrats à exécution instantanée dont certains effets sont différés dans le temps ex : contrat de livraison de fourniture, dont les fournitures sont délivrées de manière étalée dans le temps.

²²⁴⁹ La règle étant supplétive, il appartiendra aux parties de déterminer en pratique les effets qu'elles entendent voir produire à la convention de *mutuus dissensus*.

²²⁵⁰ A. Siri *op. cit.* n°588, p. 425.

²²⁵¹ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 10^{ème} éd. 2012 p. 99, n°113 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome IV, p. 225, n°13 ; A. Etienney, *Extinction du contrat. Les causes*, *Jurisclasseur Contrats Distribution*, 2012, fasc. 175, n°173 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^{ème} éd., 2017, n°519, p. 474.

²²⁵² A. Siri *op. cit.* n°609, p. 439.

Cette révocation n'opère que pour l'avenir laissant intacts les effets du contrat. Les parties peuvent adjoindre à ces effets certaines spécificités telles qu'une prise d'effet différée de la conclusion de la convention de *mutuus dissensus* pour permettre par exemple au créancier de voir s'achever la réalisation d'une prestation. Les parties peuvent encore décider d'intégrer des indemnités réparatrices du préjudice subi par le créancier, ou bien d'intégrer une condition suspensive portant sur la conclusion d'un nouveau contrat²²⁵³. L'exercice de la liberté contractuelle offre ainsi aux parties une révocation sur mesure économiquement rationnelle. Ce remède objectif contribue à faire du contrat un objet économique autonome dont il convient de préserver les « utilités essentielles²²⁵⁴ » par son adaptation. Cette souplesse pourrait conduire les parties à privilégier cette issue, compte tenu des difficultés que la procédure de renégociation peut présenter en pratique²²⁵⁵.

714. La convention de *mutuus dissensus* appliquée aux cas d'imprévision apparaît donc opportune. Ce « mode de rupture paisible²²⁵⁶ » se présente comme une convention autonome permettant d'éteindre la convention affectée par une situation d'imprévision, sans que les parties soient parvenues à la renégocier.

II. L'adaptation déléguée du contrat victime d'imprévision

715. Les parties ayant échoué dans la phase de renégociation amiable du contrat sont libres de saisir le juge afin de lui déléguer l'adaptation du contrat. Cette adaptation contractuelle est amiable dans la mesure où sa mise en œuvre est soumise à l'accord des deux parties. Elle constitue la solution alternative à la résolution conventionnelle du contrat²²⁵⁷. Cette adaptation déléguée est remarquable dans la mesure où elle témoigne d'un dispositif jusque-là inconnu du Code civil. Plus généralement, cette adaptation intègre en droit commun les procédés de résolution amiables des différends²²⁵⁸ en donnant au juge une place nouvelle. Cette tâche n'est

²²⁵³ A. Siri *op. cit.* n°644 et 645, pp. 460-462.

²²⁵⁴ Ph. Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in L. Cadet (dir.), Le droit contemporain du contrat, préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 277.

²²⁵⁵ Cf. *supra* n° 664.

²²⁵⁶ E. Putman art. préc. p. 131.

²²⁵⁷ Les parties peuvent en effet choisir entre la convention de *mutuus dissensus* ou l'adaptation déléguée du contrat par le juge.

²²⁵⁸ On soulignera que l'expression « résolution amiable » est employée dans le Code de procédure civile au Titre cinq intitulé « La résolution amiable des différends » art. 1528 à 1567 du CPC. V. dans ce sens F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* p. 170, n°25.131, p. 175 : « cette solution s'inscrit dans la même ligne que

pas dénuée d'ambiguïté et suppose de préciser l'office du juge²²⁵⁹. Cela suppose de distinguer l'adaptation déléguée du contrat de sa révision judiciaire (A), avant de préciser les modalités de mise en œuvre de la procédure spécifique d'adaptation (B).

A. La distinction entre adaptation déléguée et révision judiciaire

716. Deux lectures peuvent être faites de l'article 1195 alinéa 2 du Code civil s'agissant de l'adaptation déléguée du contrat par le juge. La première consiste à voir dans le juge la figure d'un « amiable compositeur »²²⁶⁰ auquel les parties délègueraient le soin d'adapter le contrat. La seconde, au contraire, suppose que le juge révise le contrat comme il le fait déjà sur habilitation du législateur dans certains domaines²²⁶¹. L'article 1195 alinéa 2 nous semble opter pour la première. L'alinéa 2 de l'article 1195C distingue en effet « l'adaptation » du contrat de sa « révision » judiciaire. La première est demandée par les deux parties au contrat tandis que la seconde émane du débiteur ou du créancier²²⁶² lorsque les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur le sort qu'elles entendent réserver au contrat victime d'imprévision. Cette différence de vocable emporte-t-elle avec elle une différence de notions ? Nous pensons que oui. Certains auteurs ont au demeurant démontré que l'adaptation

celle qui se développe en droit judiciaire privé avec les modes alternatifs de règlement des litiges ». Un autre parallèle peut être établi entre les modes d'adaptation délégués du contrat et les procédures négociées en droit de la concurrence, à savoir la procédure d'engagements, la clémence et la transaction. V. A. Vialfont, Les procédures négociées et le droit de la concurrence, *RIDE* 2007/2, pp. 157-184 ; L. Boy, F. Marty, P. Reis (sous la direction de), Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Les Dossiers de la RIDE* n°4, 2011 ; M. Mezaguer, L'approche transactionnelle en droit Antitrust de l'Union européenne : recherche sur un exercice transactionnel de l'autorité publique, Thèse, Bruylant, 2013.

²²⁵⁹ C'est la thèse défendue par G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, n°529, p. 449 ; Sur l'amiable composition V. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* p. 178, n°15.151 : « L'autre question soulevée par ce texte a été l'office du juge. C'est au demeurant « LE » sujet posé par cette théorie de l'imprévision ».

²²⁶⁰ Art. 12 alinéa 4 du Code de procédure civile. ; N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer et G. Payan, Le guide des modes alternatifs de résolution des différends (MARD), Guides Dalloz, 2^{ème} éd. 2016-2017, n°111.12, p. 21 : « L'amiable composition signifie que le juge statue en équité (en « arbitre judiciaire »), qu'il ne tranche pas le litige en application des seules règles de droit, mais qu'il se prononce pour une solution équitable et acceptable. Il peut aussi adapter, s'il y a lieu, le droit à l'ensemble des circonstances de fait. Mais, contrairement au juge conciliateur, le juge qui statue comme amiable compositeur rend une décision qui s'impose aux parties. » ; E. Loquin, L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, thèse, 1980, Paris, Librairies techniques, G. Cornu, Le juge-arbitre, in Cornu G., L'art du droit en quête de sagesse, 1998, PUF, Doctrine juridique, p. 155 ; P. Fouchard, L'arbitrage judiciaire, in Etudes offertes à Pierre Bellet, 1991, Litec, p. 163 ; P. Estoup, L'amiable composition, *D.* 1986, chron. 221 ; J.-P. Brouillard, Plaidoyer pour une reconnaissance de l'amiable composition judiciaire, *D.* 1997, p. 234

²²⁶¹ V. notamment art. L. 131-5 C. propr. intell. ; L. 411-13 C. rur. ; art. 3 de la loi n° 49-420 du 25 mars 1949 révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers ; art. 1 de la loi du 8 juill. 1907, mod. par loi du 10 mars 1937, et loi n°79-595 du 13 juill. 1979 ; art. 1674 C. civ.

²²⁶² L'art. 1195 alinéa 2 du C. civ ne réserve pas cette initiative au débiteur. V. en ce sens, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.* p. 410.

du contrat embrassait un champ d'application plus large que la stricte révision judiciaire²²⁶³. L'adaptation se présente donc comme un mécanisme particulier de révision judiciaire intervenant par suite d'un déséquilibre contractuel invoqué de bonne foi par les parties²²⁶⁴. L'adaptation à la différence de la révision témoigne d'un souci d'ajustement de l'opération contractuelle au plus près de ce qu'elle était²²⁶⁵, là où la révision²²⁶⁶ se présente comme un remède plus radical et plus autoritaire consistant à fixer les termes d'un nouvel accord²²⁶⁷. Il s'agit de procéder à « une juste répartition des pertes entre les parties²²⁶⁸ », et non à l'instauration d'un nouvel équilibre. Cette adaptation se présente procéduralement comme l'opération par laquelle les parties délèguent au juge le soin de réviser les termes du contrat devenu lésionnaire par suite d'imprévision. Les modalités de mise en œuvre de cette procédure témoignent donc de l'implication des parties dans le processus d'adaptation.

B. Les modalités de mise en œuvre de la procédure d'adaptation

717. L'adaptation judiciaire du contrat n'est encadrée par aucun texte du Code de procédure civile. Il apparaît néanmoins nécessaire d'identifier le mécanisme à l'œuvre. La difficulté consiste plus précisément à distinguer cette procédure de celle consistant à réviser le contrat. La révision du contrat par suite d'un déséquilibre contractuel existe déjà pour un certain nombre d'hypothèses visées par le législateur. Cette révision est ainsi prévue en

²²⁶³ J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, *in* La tendance de la stabilité du rapport contractuel, P. Durand, LGDJ, 1960, pp. 189-233 ; L. Grynbaum, Le contrat contingent l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, Thèse, LGDJ, 2004. L'auteur donne pour exemple notamment l'adaptation des marchés à forfait de droits d'auteur, la révision des rentes viagères, ou bien encore la procédure de traitement des situations de surendettement.

²²⁶⁴ *Ibid.* L'auteur associe cette procédure d'adaptation à ce qu'il désigne comme le contrat contingent. Il soumet l'adaptation à deux conditions à savoir : l'apparition d'un déséquilibre contractuel, et la bonne foi des demandeurs, spéc. pp. 169-204, n°228 à 310.

²²⁶⁵ Le grand Robert de la langue française « adapter » sens 3 : « modifier quelque chose pour rendre conforme à » ; CNRTL « adapter » sens I, A « Joindre un objet à un autre de manière à obtenir un dispositif fonctionnel », sens I, B « Mettre en accord, approprier à quelque chose ou à quelqu'un d'autre, considéré comme prépondérant ou du moins comme incontestablement réel, de manière à obtenir un ensemble cohérent ou harmonieux. »

²²⁶⁶ Le grand Robert de la langue française « réviser » sens 1 « examiner de nouveau (qqch.) pour changer, corriger » ; CNRTL « réviser » sens A « Examiner quelque chose, l'étudier en vue de le vérifier, de le modifier ou de l'amender éventuellement. »

²²⁶⁷ En ce sens, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *op. cit.*, n°519, p. 474 : « Il ne s'agit pas de faire peau neuve, mais plutôt de modifier les stipulations contractuelles initiales en considération des nouvelles circonstances, ce afin de préserver l'économie initiale de l'opération. »

²²⁶⁸ C'est l'expression dans le commentaire des Principes UNIDROIT sous l'article 6.2.3, 4°), b, qui autorise le juge à « adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations », p. 228 <https://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>

matière de rente viagère²²⁶⁹, de baux²²⁷⁰, de droit d'auteur²²⁷¹ et se présente comme l'action judiciaire à l'initiative d'une partie au contrat aux fins de rééquilibrage de la convention. Ces actions se distinguent donc de l'adaptation déléguée prévue par l'article 1195 alinéa 2 du Code civil laquelle repose sur une saisine conjointe du juge. Il ne s'agit donc pas de voir rétablir un équilibre légal par une intervention correctrice comme dans les domaines précités, mais bien de déléguer au juge l'adaptation du contrat en vue d'un nouvel équilibre librement défini par les parties. Cette adaptation suppose donc une procédure différente de celle qui gouverne les cas de révisions évoqués précédemment. La révision se présente comme une procédure finalisée légalement. Bien que l'article 1195 n'indique pas la nature de cette finalité, plusieurs textes ont identifié les objectifs poursuivis par le juge dans le cadre de la révision du contrat victime d'imprévision. L'article L. 6111, 3°, b) des PDEC dispose ainsi qu'à défaut d'adaptation amiable du contrat le tribunal peut « adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances. » Cet article offre donc des précisions quant à l'objectif que doit poursuivre le juge chargé de réviser le contrat²²⁷². Certains auteurs ont également cherché à identifier les objectifs de l'adaptation du « contrat contingent²²⁷³ ». Il s'agirait selon eux de parvenir à l'exécution totale ou partielle du contrat, en conservant « une relation productrice de richesses ou de bien-être²²⁷⁴ ». Bien que le Code civil ne contienne aucune disposition relative à l'objectif poursuivi par le « juge de l'adaptation », on peut penser que celui-ci devrait s'assigner des objectifs comparables. L'adaptation du contrat en ce qu'elle se présente comme le fruit d'une décision conjointe des parties nous semble pouvoir être appréhendée comme une procédure davantage marquée par la liberté des parties. Dans cette perspective, la finalité de la procédure d'adaptation n'est pas de rechercher dans le Code les règles applicables, mais

²²⁶⁹ La loi du 25 mars 1949 confère au juge un pouvoir de révision du taux des rentes viagères (art 2 *bis*, alinéa 2 ; art. 4, alinéa 4, et art. 4 *bis*, dernier alinéa) V.Y. Dagorne-Labbe, *Rentes*, *Rép. Civ.* 2012, n°144-145.

²²⁷⁰ Pour les baux commerciaux : art. L. 145-37 à L. 145-39 du Code de commerce ; V. M.-P. Dumont-Lefrand, *Baux*, *Rép. Com.* 2009, n°162 ; Pour les baux ruraux art. L. 411-13 V. S. Progent, *Bail rural*, *Rép. Civ.* 2013, n°197 à 199.

²²⁷¹ Art. 135-5 du Code de la propriété intellectuelle.

²²⁷² On retrouve des dispositions comparables dans les Principes Unidroit qui invitent le juge à « rétablir l'équilibre des prestations » (art. 6.2.3.), le projet de cadre commun de référence qui reprend à l'identique les PDEC, ou bien encore le projet *Terré*, qui lui permet d'« adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties » (art. 92).

²²⁷³ L. Grynbaum *op. cit.* n°541, p. 359.

²²⁷⁴ *Ibid.*

dans la volonté même des parties. Ce sont elles qui finalisent la procédure d'adaptation déléguée au juge²²⁷⁵.

718. Cela suppose d'identifier l'office du juge dans cette procédure particulière. Ni conciliateur²²⁷⁶ ni médiateur²²⁷⁷, le « juge de l'adaptation » nous semble plutôt agir en amiable compositeur. L'article 12 alinéa 4 du Code laisse aux parties le pouvoir de « conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur ». Dans ce cas, le juge est affranchi de l'application stricte des normes juridiques comme de l'ordre public procédural²²⁷⁸. Ce mécanisme présente donc des points de connexion avec l'arbitrage sans pour autant se confondre avec lui²²⁷⁹. Les parties sont donc libres, dans ce cadre, de déterminer les règles de droit et qualifications²²⁸⁰ à appliquer dans leur requête. En ce sens, le jugement rendu par le juge n'est pas juridictionnel en ce qu'il ne témoigne pas d'une appréciation de la conformité à la légalité²²⁸¹. Cela présente un avantage de taille pour les parties à un contrat victime d'imprévision. Les parties devraient trouver un intérêt à cette liberté dans la qualification juridique et le choix des règles de droit applicables. Les cocontractants pourraient ainsi décider que le contrat victime d'imprévision devra être adapté afin de « restaurer l'équivalence des prestations telle qu'elle existait au jour de la conclusion du contrat », « rétablir l'équilibre rompu en assurant la préservation des intérêts de chacune des parties ».

²²⁷⁵ L. Grynbaum *op. cit.* L'auteur distingue à cet effet « l'adaptation négociée du contrat supervisée par le juge » de « l'adaptation autoritaire du contrat, contrôlée par le juge ».

²²⁷⁶ Lorsque le juge concilie les parties (art. 21, 128 à 129-1 du CPC), ces dernières signent avec le juge un constat d'accord destiné à mettre fin à l'instance (art. 130 du CPC). Ce constat s'analyse en un « contrat judiciaire ». Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen, (sous la direction de S. Guinchard), Dalloz Action, 9^e éd. 2017-2018, n°325.195, p. 1003. Cette conciliation « retenue » se distingue de la conciliation déléguée à un conciliateur V. C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 33^e éd. 2016, n°2454, p. 1671.

²²⁷⁷ C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 33^e éd. 2016, n°2436, p. 1659 : Le juge ne médiatise pas lui-même les parties, mais il peut décider de désigner un médiateur. Bien que la distinction entre conciliation et médiation soit ténue « on souligne parfois que le médiateur se distinguerait du conciliateur par son rôle plus actif, s'exprimant par la recherche des éléments d'une entente qu'il propose aux parties, sans d'ailleurs pouvoir la leur imposer. [...] la différence serait plus de degré que de nature ».

²²⁷⁸ C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, Dalloz, 33^e éd. 2016, n°588, p. 448.

²²⁷⁹ L'on parle pour désigner cette procédure d'un « arbitrage judiciaire » C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard *op. cit.* n°588, p. 448. À la différence de l'arbitrage, le juge conserve son *imperium*, et sa décision n'a donc pas besoin d'exequatur. De manière plus manifeste, les parties, à la différence de l'arbitrage, ne désignent pas leur juge ; Hébraud (P.), Observations sur l'arbitrage judiciaire (art. 12, 5^e alinéa Nouveau Code de Procédure civile), in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, Presses universitaires de Toulouse, p. 635-664.

²²⁸⁰ Art. 12 alinéa 3 CPC.

²²⁸¹ Pour autant le juge procède bien à une vérification par rapport à d'autres normes telles que l'équité. V. H. Motulsky, *Écrits*, tome II, p. 34 : « Dans tous les cas, la fonction de l'amiable composition reste la même dans [l']exercice [du juge] : consacrer une prétention après vérification ».

L'avantage ici tient à ce que le juge n'aura pas à s'assurer que les conditions de l'article 1195 alinéa 1 sont bien réunies, les parties décidant de qualifier par avance la situation d'imprévision²²⁸². Alors que beaucoup d'auteurs dénigrent ce mécanisme d'adaptation délégué, lui préférant celui de la renégociation amiable, ou celui plus radical de la révision judiciaire, il apparaît pourtant que cette adaptation présente des avantages que ces deux mécanismes n'ont pas. Que l'on songe aux contrats d'affaires. Les parties peuvent éprouver certaines difficultés à renégocier des contrats par suite d'imprévision. La complexité de certaines opérations contractuelles et la remise à plat qu'implique la renégociation constituent autant de raisons de privilégier une adaptation déléguée au juge. Celui-ci apparaît légitimement comme un expert de ce type de procédé, et le caractère finalisé de son travail d'adaptation garantit aux parties la prise en compte des intérêts qu'elles entendent voir défendus. Plus délicate est en revanche la question du juge compétent pour connaître de cette « action en adaptation », et celle de sa compétence.

§2. La nécessité d'identifier une procédure spécifique d'adaptation du contrat

719. Les divers procédés d'adaptation du contrat témoignent d'un recours au juge d'une nature atypique. Ce dernier intervient tantôt comme un « facilitateur²²⁸³ » de la relation contractuelle et tantôt comme son « libérateur²²⁸⁴ ». La difficulté tient à ce que ce nouvel office du juge n'est pas précisé par le législateur. Aucune innovation procédurale n'est venue accompagner la naissance de ces mécanismes de sorte que les parties pourraient montrer des réticences à s'en emparer. Ces procédures d'adaptation ambitieuses apparaissant nécessaires et utiles, les parties doivent être en mesure d'y recourir en connaissance de cause. Cela suppose donc d'identifier le juge compétent et la nature de son office. À cette fin, certains auteurs proposent d'instaurer une procédure spécifique incarnée par un nouveau juge : le JAC (juge d'appui du contrat) (I) qui agirait au fond en la forme des référés (II).

²²⁸² Th. Revet, Le juge et la révision du contrat, *RDC* 2016, n°2, p. 373, spéc. n°16 ; N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G* 2015, n° 52, 1415.

²²⁸³ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, *Dalloz*, 2017, p. 209, n°32.101.

²²⁸⁴ *Ibid.*

I. Le juge d'appui du contrat (JAC)

720. Absent du Code de procédure civile comme du Code civil, le JAC a fait son apparition dans certains articles de doctrine²²⁸⁵, sous forme de réflexion prospective, suite à l'ordonnance du 10 février 2016. Inspiré dans un premier temps par la nécessité de pallier les difficultés d'interprétation inhérentes à la réforme, sa mission s'est spécifiée au gré de certains articles. L'utilité d'un juge dévolu au contrat est née des innovations portées par l'ordonnance du 10 février 2016. Qu'il s'agisse de l'adaptation déléguée du contrat²²⁸⁶, de sa révision²²⁸⁷, ou de sa refaction²²⁸⁸, le juge apparaît comme un acteur incontournable de l'exécution du contrat. Plus précisément, son recours apparaît, dans ces hypothèses, indispensable à la survie de l'opération contractuelle. Le recours à celui-ci doit donc se faire dans un temps restreint répondant à la précarité contractuelle dans laquelle se trouvent prises les parties. Le recours au juge du fond compétent en la matière n'est pas satisfaisant. Il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple des cocontractants dont le contrat est victime d'imprévision. Ces derniers se trouvent dans une situation qui suppose une intervention judiciaire rapide²²⁸⁹. L'idée est donc d'instaurer « une procédure spécifique permettant de soumettre rapidement une difficulté contractuelle au juge (du fond) sans attendre que la rupture des relations contractuelles ne soit consommée. » Le JAC pourrait en conséquence désigner un juge du fond statuant en la forme des référés.

²²⁸⁵ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *op. cit.* p. 209, n°32.101 ; F. Ancel, Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? D. 2017. 721.

²²⁸⁶ Art. 1195 alinéa 2. C. Civ.

²²⁸⁷ Art. 1195 alinéa 2. C. civ.

²²⁸⁸ Il s'agit de la faculté offerte au juge de diminuer le prix stipulé dans un contrat en raison du caractère insuffisant de la prestation du contractant. V. K. De La Asuncion Planes, La refaction du contrat, Thèse, LGDJ coll. Bibliothèque de droit privé, 2006. Cette faculté est consacrée à l'article 1217 alinéa 4 et 1223 du C. civ.

²²⁸⁹ J. Heinich, Le défi : la confiance dans les relations d'affaires, *Gaz. Pal.* n° hors-série 3, p. 66 : « Comme le texte prévoit que le contrat doit être exécuté dans ses conditions initiales jusqu'à la décision du juge, le temps du procès risque d'être incompatible avec la rapidité de la vie des affaires, surtout si l'exécution est effectivement devenue excessivement onéreuse pour une partie. »

II. Un juge du fond statuant en la forme des référés

721. Certains auteurs avaient suggéré lors de la publication de l'Avant-projet de réforme Catala, l'instauration d'un « référé-contrat²²⁹⁰ ». Ces auteurs proposaient de compléter l'actuel article 809 du Code de procédure civile en ce sens : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. De même, il peut toujours statuer, au besoin par voie d'interprétation, sur toute difficulté relative au contrat, de nature à compromettre gravement la poursuite des relations contractuelles. » Cette idée est séduisante et témoigne de la nécessité absolue de donner au JAC compétence en matière de référé, sans quoi les parties se détourneraient inévitablement de ces dispositifs²²⁹¹. Les décisions rendues par la jurisprudence témoignent au surplus de l'intérêt de la procédure de référé en matière contractuelle.

722. La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt le 14 décembre 2016²²⁹² illustrant la pertinence des référés s'agissant de la mise en œuvre d'une mise en clause résolutoire. Un franchiseur avait en effet saisi le Président du tribunal de commerce sur le fondement de l'article 873 du CPC, suite à la mise en œuvre d'une clause résolutoire par son franchisé. Le franchiseur considérait en effet que son cocontractant avait mis en œuvre cette clause de manière injustifiée dans le seul objectif de passer sous une enseigne concurrente. Le franchisé avait effectivement cédé ses parts peu de temps après la mise en œuvre de la clause litigieuse, à un concurrent. Le Président du tribunal de commerce considérant la mise en œuvre de la clause résolutoire fautive avait ainsi ordonné la reprise et le maintien des relations telles qu'elles résultaient du contrat de franchise. Cette décision fait application de l'article 873 alinéa 1 du Code de procédure civile²²⁹³ aux termes duquel « Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les

²²⁹⁰ J.-P. Ancel, *Le référé-contrat*, D. 2006. 2409 : « le juge, saisi en la forme des référés, pourrait statuer sur toute difficulté sérieuse relative aux relations contractuelles, sa décision s'imposant aux parties, sans avoir autorité au principal. »

²²⁹¹ L'on imagine mal en effet des parties à un contrat victime d'imprévision saisir le juge du fond du tribunal de grande instance pour qu'il adapte le contrat. La durée de l'instance y serait en effet incompatible avec la célérité que requiert la situation.

²²⁹² CA Paris, 14 déc. 2016, n° 14/14207, *RDC*, 1^{er} juin 2017, n°2, p. 292, obs. C. Grimaldi.

²²⁹³ L'article L. 442-6, IV du Code de commerce dispose pour sa part que : « Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire. »

mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. » Le dommage imminent est ici constitué par la rupture de la relation contractuelle. Cette solution n'est pas nouvelle,²²⁹⁴ mais elle présente toutefois l'inconvénient de limiter les mesures ordonnées par le juge des référés à des mesures conservatoires. Cela signifie que le juge doit assigner à ces mesures un terme certain²²⁹⁵. Lorsqu'il ordonne, par exemple, la continuation du contrat dénoncé, le juge des référés a l'obligation d'assortir cette mesure d'un « terme certain²²⁹⁶ ». La détermination de ce terme présente des difficultés, particulièrement lorsque le demandeur sollicite la poursuite des relations commerciales par suite de la rupture abusive de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce²²⁹⁷.

723. Il s'agirait ainsi de désigner un juge du fond spécialisé dans la matière contractuelle lequel pourrait statuer « en la forme des référés²²⁹⁸ » lorsque le différend qui lui est soumis suppose d'agir avec célérité²²⁹⁹. Le JAC serait compétent pour connaître de l'ensemble des contestations et demandes nées à l'occasion de l'exécution d'un contrat soumis aux dispositions du Code civil. Celui-ci pourrait donc connaître de la demande de réduction de la clause pénale, de la demande de résolution judiciaire, d'adaptation du contrat, de révision

²²⁹⁴ Com. 21 mars 1984, n° 82-12347 : Bull. civ. IV, n° 115 ; Civ. 1ère, 7 nov. 2000, n° 99-18576 Bull. civ. I, n° 286 ici un assureur garantissant la responsabilité civile de deux sociétés avait dénoncé le contrat et proposé un avenant excluant de la garantie les conséquences pécuniaires de la responsabilité leur incombant du fait des dommages qui trouveraient leur origine dans un dysfonctionnement provenant ou affectant des matériels électroniques ou informatiques, ainsi que des programmes et données informatiques, dès lors que ce dysfonctionnement était imputable au codage de l'année. Le dommage imminent procédait ici « de la privation de garantie » et « de la perte consécutive de clients tant anciens que nouveaux » ; Com. 28 nov. 2006, n° 04-20734 : Bull. civ. IV, n° 234, la société Nissan France avait résilié le contrat de distribution exclusive qu'elle avait conclu en 1995 avec la société Girodo Le Clézio. Le juge des référés avait ordonné à la société Nissan France la poursuite de ses relations contractuelles avec la société Girodo Le Clézio.

²²⁹⁵ Décision préc. Civ. 1ère, 7 nov. 2000, n° 99-18576 : « Attendu que l'arrêt attaqué prononce, à titre de mesure conservatoire, la poursuite des effets du contrat jusqu'à ce que les sociétés Tريس et IPIB aient pu conclure un nouveau contrat d'assurance ; Qu'en statuant ainsi, sans fixer un terme certain à la mesure qu'elle ordonnait, la cour d'appel a, sur ce point, excédé ses pouvoirs » ; décision préc. CA Paris, 14 déc. 2016, ici le juge des référés avait ordonné la poursuite du contrat jusqu'à son terme.

²²⁹⁶ *Ibid.*

²²⁹⁷ Com. 10 novembre 2009, Sociétés Carrefour hypermarchés et Interdis, pourvoi n° 08-18337, *LPA* 16 mars 2010, n° 53, p. 13 obs. M.-P. Dumont-Lefrand, et F.-X. Lucas, *EDED*, 1^{er} janv. 2010, n° 1, p. 3. Ici le juge avait ordonné le maintien des relations commerciales établies au-delà du préavis déterminé contractuellement, en le prolongeant jusqu'au terme de la période d'observation.

²²⁹⁸ Les expressions divergent : « comme en matière de référé » (CPC, art. 492-1), voire « dans les formes prévues pour les référés » (CPC, art. 1137) ou « selon les formes applicables au référé » (C. trav., art. D. 3142-16).

²²⁹⁹ Art. 485 et 492-1 CPC. Le juge statuant en la forme des référés est toujours compétent pour les procédures de référés d'heure à heure lorsque le demandeur en fait la demande au juge qui l'autorise à assigner d'heure à heure.

pour imprévision, de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil, et de l'ensemble des demandes prévues par le Code civil en matière contractuelle.

724. Plusieurs textes²³⁰⁰ permettent aujourd'hui au juge du fond de statuer en la forme des référés²³⁰¹. C'est le cas notamment de la demande au juge d'appui en matière d'arbitrage qui est formée, instruite et jugée comme en matière de référé²³⁰². Il s'agirait donc d'intégrer au Code de procédure civile un nouvel article permettant au juge d'appui du contrat de statuer en la forme des référés²³⁰³. Les parties pourraient saisir ce dernier individuellement ou conjointement par voie d'assignation. La décision rendue serait alors une ordonnance exécutoire à titre de principe²³⁰⁴ et susceptible d'appel.

725. L'instauration de ce juge dédié au contrat permettrait d'assurer la mise en œuvre effective des dispositifs innovants issus de l'ordonnance en offrant un support procédural adapté à la spécificité du contentieux et à la célérité qu'il requiert. L'intérêt suscité par cette création procédurale manifeste au demeurant un renouvellement du rapport à l'objet contractuel que la question des déséquilibres nous semble préciser.

²³⁰⁰ Pour quelques exemples : autorisation de l'appel d'une décision ordonnant une expertise (CPC, art. 272) ou un sursis à statuer (CPC, art. 380) ; demande de relevé de forclusion en cas d'expiration d'un délai de recours (CPC, art. 540) ; saisine du juge aux affaires familiales (CPC, art. 1137) ; saisine du juge d'appui en matière d'arbitrage (CPC, art. 1460) ; demande de production de pièces dans le cadre d'une instance arbitrale (CPC, art. 1469) ; désignation d'un expert pour évaluer les droits sociaux (C. civ., art. 1843-4) ; désignation de l'expert chargé d'assister le comité d'entreprise et fixation de sa rémunération (C. trav., art. L. 2325-38, L. 2325-40 et R. 2325-7) ; contentieux de l'expertise du CHSCT (C. trav., art. L. 4614-13 et R. 4614-20) ; désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion dans les sociétés anonymes (C. com., art. R. 225-163 et ce bien que l'article L. 225-231 parle de demande "en référé").

²³⁰¹ Y. Strickler et M. Foulon, *Le référé en la forme*, Dalloz, 2013 ; H. Croze, *Référé-Procédure en la forme des référés*, *JurisClasseur Procédures Formulaire*, fasc. 30, 2016.

²³⁰² Art. 1460 CPC.

²³⁰³ Cette disposition pourrait être rédigée comme suit : « Le juge d'appui du contrat est saisi soit par une partie, soit par requête conjointe. La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. L'ordonnance rendue est susceptible d'appel. »

²³⁰⁴ Art. 492-1, 3° CPC.

CONCLUSION DU CHAPITRE

726. L'adaptation amiable du contrat déséquilibré constitue, nous l'avons vu, une préoccupation contemporaine du législateur. Qu'il s'agisse de prévenir le déséquilibre ou de le traiter postérieurement à son apparition, les mécanismes d'adaptation déployés par les parties témoignent de l'enjeu que constitue la gestion du déséquilibre dans les contrats d'affaires. Ces remèdes aux déséquilibres contractuels atteignent un haut degré de précision et manifestent le saisissement par les parties des événements contractuels de nature à menacer la pérennité du lien contractuel. Les parties sont incitées à organiser par des clauses l'adaptation du contrat aux évolutions du marché. La prise en compte de la situation d'imprévision dans le Code civil va dans le sens d'une prise en compte de l'influence des circonstances économiques, juridiques et sociales sur l'économie du contrat. En dehors du droit commun, le législateur encourage encore l'adaptation amiable du contrat par des dispositions ponctuelles contraignant les parties à la renégociation de leur contrat ainsi que l'insertion d'indices de variation des prix. L'heure n'est plus à l'intangibilité d'un contrat gravé dans le marbre, mais bien à la gestion des risques contractuels.

727. À l'image du management des risques de l'entreprise²³⁰⁵, il s'agit d'encourager les parties à identifier les événements potentiels susceptibles d'affecter l'économie du contrat et sa bonne exécution. Les cocontractants doivent se montrer prévoyants et stratégiques. Cette conception « managériale » du contrat trouve un relai dans la place faite au juge. Celui-ci n'y exerce plus exclusivement un pouvoir de sanction, mais se présente, d'abord, comme un facilitateur de l'adaptation, un promoteur des techniques de résolution amiable des différends contractuels. L'office du juge s'en trouve renouvelé à tel point que l'instauration d'un juge dédié à ces nouvelles apparaît comme une solution possible.

²³⁰⁵ E. Ebondo W. Mandzila et D. Zéghal, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire ! LaRSG*, 2009/3, n°237-238, pp.17-18 : « Selon le *Committee of Sponsoring organizations of the Treadway Commission (COSO II report, 2004)* prolongement du *COSO Report I (1992)*, « The enterprise Risk Management- Integrated Framework » traduit en français par : « Le management des risques de l'entreprise » (IFACI et PriceWaterhouse Coopers Landwell, 2005, p. 5) est défini comme étant « un processus mis en œuvre par le conseil d'administration, la direction générale, le management et l'ensemble des collaborateurs de l'organisation. Il est pris en compte dans l'élaboration de la stratégie ainsi que dans toutes les activités de l'organisation. Il est conçu pour identifier les événements potentiels susceptibles d'affecter l'organisation et pour gérer les risques dans les limites de son appétence pour le risque. Il vise à fournir une assurance raisonnable quant à l'atteinte des objectifs de l'organisation ».

728. Cette nouvelle architecture du contrat présente les avantages de la souplesse, mais offre dans le même temps un terrain propice à l'imposition de nouveaux déséquilibres. Le risque est en effet que la partie économiquement puissante détourne ces mécanismes à son profit. Le marché de la grande distribution comme celui de la réservation en ligne offrent sur ce point des exemples parlants. Le droit des pratiques restrictives apparaît à cet égard comme un outil de sanction efficace, celui-ci sanctionnant *per se* les clauses d'alignement ainsi que la soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif. Si le droit commun est encore réticent à admettre le caractère impératif des dispositions de l'article 1195, l'article 1171 pourrait, au moins dans un premier temps, venir sanctionner les clauses d'adaptation dévoyées.

729. Conclusion du Titre 1. Les remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels à l'échelle des parties, opèrent comme les défenses du système immunitaire contractuel. Ces remèdes se présentent en effet comme des outils de discrimination des déséquilibres au contact du contrat. Ces remèdes sont hérités pour une part des sanctions traditionnelles du Code civil de 1804, mais trouvent dans l'ordonnance du 10 février 2016 et les autres branches du droit économique des expressions plus adaptées à la nature de l'atteinte portée au contrat. Cette atteinte se manifeste tantôt comme l'expression de l'ordre public économique et commande la suppression de l'agent pathogène incarné par la clause abusive, et tantôt comme l'expression d'une perte de rationalité du contrat par suite de la disparition de l'un de ses éléments essentiels. Ces remèdes appréhendent donc le contrat comme un corps vivant dont il convient de préserver les fonctions vitales. L'atteinte y est appréciée objectivement par référence au contenu du contrat et à l'opération qu'il projette. L'automatisme de ces remèdes ne fait pas pour autant disparaître la volonté des parties. Ces dernières sont incitées à se saisir de la question du déséquilibre contractuel en intégrant des clauses d'adaptation du contrat préventives et curatives.

730. Les clauses d'adaptation amiables préventives du contrat sont elles aussi marquées par l'objectivation de leur contenu. Il s'agit en effet d'y intégrer des gages d'objectivité. Les indices de variation du prix assurent à cette fin la prévisibilité du remède et son équilibre. Ces clauses d'adaptation amiables présentent néanmoins un risque de dévoiement de l'objectif affiché. Le droit des pratiques restrictives de concurrence assure à cet égard la neutralisation des clauses d'adaptation qui permettent à une partie de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes, ou celles qui abritent un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

731. L'adaptation curative du contrat déséquilibré s'illustre de manière criante dans l'article 1195 du Code civil. Cette adaptation fait suite à un changement de circonstances imprévisible qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une des parties. Si la prise en compte de ces déséquilibres va dans le sens d'un plus grand réalisme juridique à l'égard des contrats d'affaires, les remèdes déployés par l'article 1195 ne parviennent pas à convaincre. La primauté est donnée à une adaptation directe du contrat par les parties par la renégociation d'abord, et la résolution commune ensuite. Ces deux remèdes n'offrent pas cependant des gages d'efficacité suffisants. L'adaptation déléguée du contrat par le juge ne

convainc pas davantage. Elle souligne au demeurant l'absence de prise en compte des changements opérés par la réforme quant à l'office du juge et appelle à identifier une procédure d'adaptation spécifique du contrat en cas de déséquilibre. Nous avons proposé ici que cette procédure soit incarnée par un juge d'appui du contrat statuant au fond en la forme des référés. Il y a fort à parier que sans les aménagements procéduraux requis par cette nouvelle procédure d'adaptation, les parties ne trouvent pas leur compte dans une procédure d'adaptation désincarnée. Le caractère supplétif de volonté de l'article 1195 du Code civil suscite au demeurant un contournement de la procédure précitée par des clauses dédiées.

732. Il faut ajouter aux remèdes objectifs au déséquilibre contractuel qui opèrent à l'échelle des parties, des remèdes macroéconomiques, qui convoquent des questions de politiques économiques et manifestent le caractère stratégique du contrat comme instrument du marché.

TITRE 2 : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS À L'ÉCHELLE DU MARCHÉ

733. Les remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels envisagés à l'échelle du marché révèlent un contrat transfiguré. Outil d'un marché concurrentiel global, le contrat se présente comme une norme organisationnelle à part entière. La multiplication des conditions générales et l'avènement d'un « droit commun des clauses »²³⁰⁶ contribuent à faire du contrat une norme particulière distincte du rapport d'obligations créé entre les parties. Cette norme contractuelle n'échappe pas au phénomène de concurrence normative et révèle un usage stratégique du contrat par les pouvoirs privés économiques. Le contrat se présente ici comme un bien de l'économie de marché dont l'efficacité se mesure à l'aune de son coût de diffusion et de ses risques de sanction. Dans ce contexte, l'équilibre contractuel paraît directement menacé par la stratégie d'« évitement juridique »²³⁰⁷ déployée par les opérateurs. Le niveau de protection des parties y est abaissé pour renforcer l'attractivité de l'objet contractuel tandis que la standardisation contractuelle d'origine privée supplante les figures contractuelles existantes.

734. Instrument paradoxal de création de la norme et de sa régulation, le contrat dispose en effet des ressorts nécessaires à la préservation de l'équilibre contractuel. Les pouvoirs publics et les régulateurs ont doté à cet effet le contrat de remèdes assurant la préservation de l'équilibre entre les parties et celui de la libre concurrence à l'échelle du marché. L'ordre public économique se fait l'écho de ce double objectif et assure la promotion de standards contractuels équilibrés. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel présente donc une fonction normative (Chapitre 1) ainsi qu'une fonction régulatrice (Chapitre 2) lesquelles conduisent à réenvisager la figure traditionnelle du contrat.

²³⁰⁶ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2nd partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* 2007, n°2 p. 239. V. également l'expression de M. Latina qui parle d'un « droit commun des contrats d'adhésion », *in* Le contrat étant d'adhésion, le propriétaire, alors même qu'il a choisi et imposé le contrat, pourrait être autorisé à demander la suppression d'une clause, dont il n'avait pas perçu le caractère abusif à son détriment, faute pour l'article 1171 du Code civil d'exclure cette possibilité ; N. Gras, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand, 2014. L'auteur établit une typologie des clauses par référence à leur fonction contractuelle et distingue à cet effet les clauses d'aménagement des prestations, les clauses de gestion des risques, les clauses d'aménagement de l'appréciation judiciaire, et les clauses d'aménagement de la résolution du litige. L'auteur met évidence des règles communes à l'ensemble de ces clauses sans revendiquer la nécessité d'une véritable « droit commun » des clauses, spéc. n°655, p. 538 : « Toutes les clauses répondent donc à des conditions de validité et à des règles communes permettant d'établir un régime général des clauses. Toutefois, il ne peut s'agir d'un troisième niveau de règles indépendantes du droit des contrats, des contrats spéciaux et plus généralement du droit des obligations ».

²³⁰⁷ L. D. Godefroy, Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers, *D.* 2015, p. 2513.

Chapitre 1 : La fonction normative du traitement des déséquilibres

735. La normativité du contrat est habituellement présentée comme celle que lui déléguerait la loi. Le contrat ne serait ainsi qu'une projection de ce que la loi autorise, tirant son caractère normatif de celle-ci²³⁰⁸. L'affirmation d'une normativité contractuelle autonome consiste à penser le contrat non plus comme une projection de la loi, mais comme une expression particulière de normativité²³⁰⁹. La contractualisation de certains marchés, le développement des contrats-organisation, des contrats d'adhésion et les effets de réseau induits par l'économie numérique donnent à cet égard une force normative à part entière au contrat, dans le même temps que se développent des normes juridiques objectives d'application directe sur le contenu du contrat. Cette normativité a pour corollaire une standardisation à la fois des contrats mais également des critères juridiques présidant à leur conclusion. Ces standards juridiques, manifestent unanimement un attachement à la question du déséquilibre

²³⁰⁸ Il s'agit de l'expression kelsenienne de la hiérarchie des normes V. H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, *Arch. Phil. Dr.*, 1940, §13, p. 47 : « la convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur » ; Cette théorie est reprise par R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français* relativement à sa formation, Sirey, 1933, n°45, p. 74 : « Au regard de la loi qui a habilité leurs auteurs à les passer, les contrats sont l'application d'une règle de droit préexistante, puisqu'ils sont faits en vertu des facultés que les contractants ont reçues de la loi, mais au regard des parties, ils opèrent création d'une règle de droit nouvelle, puisqu'ils font naître entre elles des liens de créance et d'obligation, en sorte que par eux les parties poursuivent et développent l'œuvre de création commencée par le législateur » ; V. également J. Matringe, *Sur la composition du droit*, *RDV*, 20 nov. 2011 n°1, p. 245 : « les produits d'un ordre juridique ne sont valides-n'existent en droit-que parce qu'ils sont créés conformément à un autre produit-mode de production ou source- qui leur serait donc « supérieur » ».

²³⁰⁹ L'article de référence est ici celui de Pascal Ancel lequel tient pour acquis que le contrat crée une norme juridique Cf. Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999, 771 : « dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique ». V. également Ph. Le Tourneau : Rapport introductif au colloque tenu à Toulouse le 16 mars 2001 sur *Loi et contrat* indiquant alors que « le contrat normatif (plutôt que normateur), il est normatif en ce sens qu'il a un effet obligatoire, sans nécessairement créer des obligations ». Sur le site internet de l'auteur : <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTPublications.html#cinqC> Pour des développements plus importants sur la question V. notamment : J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.* Tome 1, n°64, p. 50 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 448 §13 ; N. Martiel-Braz, *Propos introductifs*, in *Les mutations de la norme*, Le Renouveau des sources du droit dir. N. Martiel-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais, Economica 2011, p. 1 et p. 7 ; C. Thibierge (sous la direction de), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant 2009 ; F. Terré, *Force et faiblesse de la norme*, in *La force normative naissance d'un concept*, *op. cit.* pp. 20-21. Il faut noter que les projets de réforme du droit des contrats semblaient un temps se faire l'écho de cette distinction Cf. *Projet de la Chancellerie dans sa version remaniée de févr. 2009*, Art. 5 définissant le contrat comme : « un accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes établissent, modifient ou suppriment entre elles un rapport de droit ». Tel n'a pas été le choix fait dans l'ordonnance du 10 févr. 2016, Art. 1101 lequel reprend une acception classique du contrat entendu comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

contractuel. L'usage de ces standards juridiques d'origine publique se trouve néanmoins contrarié par la standardisation d'origine privée des contrats d'affaires. Cette double standardisation privée et publique du contrat, met en lumière les risques de conflit de ces deux phénomènes, et la puissance des pouvoirs privés économiques. Ces promoteurs de normativité à l'échelle globale développent en effet des stratégies d'évitement juridique contribuant à un affaiblissement de l'effectivité des standards publics de protection contre les déséquilibres contractuels. La conciliation de cette standardisation formelle et de la standardisation juridique voulue par le législateur implique en conséquence de résoudre l'équation suivante : promouvoir l'attractivité des systèmes juridiques auprès des opérateurs de marché tout en assurant un niveau de protection élevé contre les déséquilibres contractuels au moyen de standards juridiques adaptés. Cela implique de dépasser les frontières de l'hexagone afin de promouvoir une acception européenne et englobante des pratiques commerciales déloyales. L'étude successive de la normativité des contrats d'affaires (Section 1) et des limites fonctionnelles de la standardisation contractuelle (Section 2) permettront d'identifier les ressorts de cette normativité particulière.

Section 1 : La normativité des contrats d'affaires

736. Les contrats conclus entre professionnels présentent, comme pour les contrats de consommation, la particularité de reposer pour une large part sur des opérations types adaptées à la production en masse des contrats. Ces contrats de l'économie de marché conduisent à appréhender le contrat non pas à l'aune de la volonté des parties, mais objectivement, comme un outil économique contextualisé. Les outils d'identification objective du déséquilibre contractuel précédemment identifiés en témoignent. Cela revient donc à contredire l'idée selon laquelle le contrat serait dépourvu de portée générale et partant, de caractère normatif. Il apparaît au contraire, et le contrôle objectif de l'équilibre contractuel en témoigne, que ces contrats présentent une dimension organisationnelle et standardisée qui plaide en faveur de sa normativité. Du contrat à la norme (§1) et de la norme au standard (§2), le contrat présente tous les aspects d'un objet normatif autonome.

§1. Du contrat à la norme

737. Le contrat se présente comme une norme controversée. Alors que certains font découler ses effets obligatoires de sa place dans la hiérarchie des normes²³¹⁰, de plus en plus d'auteurs mettent en avant la fonction normative autonome du contrat. Cette tendance nous semble être renforcée par le développement de formes contractuelles contemporaines au rayonnement plus général que la seule relation des parties. Cela suppose de s'intéresser à la dimension générale et abstraite du contrat (I) avant d'analyser le phénomène de multiplication des normes objectives dans le contrat (II).

²³¹⁰ Carré de Malberg art. préc. qui assimile le contrat à un simple fait. Dans le même sens, M. de Béchillon, *RFDA* 1992, p. 23 : « le raisonnement évoqué contre l'idée de norme conventionnelle est à peu près invariablement le même. Liant un nombre fini de personnes du fait de son effet relatif, le contrat ne posséderait aucun des caractères de généralité et d'abstraction qui seraient l'apanage de la règle. Il serait générateur d'un simple droit subjectif ».

I. La dimension générale et abstraite du contrat

738. La notion de norme²³¹¹ est loin d'être fixée. Les définitions qui en sont données sont nombreuses et trahissent des orientations tantôt juridiques, tantôt sociologiques²³¹² ou philosophiques²³¹³. L'un des traits distinctifs semble toutefois reposer sur le caractère général et abstrait de la norme. Cet argument a été brandi par plusieurs auteurs pour exclure explicitement la qualification de norme en matière de contrat. Kelsen indique en ce sens « que la norme conventionnelle n'est édictée que par la collaboration des parties contractantes et non par l'une ou l'autre partie seule²³¹⁴ ». Cette vision du contrat est aujourd'hui largement remise en question. La dimension organisationnelle du contrat d'une part (A), et « l'effet de réseau » produit par les contrats de l'économie numérique (B), donnent à voir en effet un contrat normatif de portée générale.

A. La dimension organisationnelle du contrat

739. Les contrats passés entre professionnels sont occupés, nous l'avons vu, par de nombreux contrats à la fonction organisationnelle²³¹⁵. Ces contrats présentent la particularité de s'inscrire sur de longue durée et de créer outre un contenu obligationnel, des obligations d'ordre organisationnel.

740. La durée des opérations contractuelles entre professionnels est une question relativement peu étudiée en termes statistiques²³¹⁶. On peut le déplorer, tant il est certain que

²³¹¹ Du latin « norma » qui désigne une équerre.

²³¹² E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 2007. L'auteur identifie essentiellement la norme par l'obligation et la sanction ; Sur la dimension impérative et appréciative de la norme chez Durkheim, F.-A. Isambert, *Durkheim et la sociologie des normes*, in *Normes juridiques et régulation sociale*, (sous la dir. de F. Chazel et J. Commaille), LGDJ, 1991, pp. 5-64.

²³¹³ G. Ganguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966, p. 171 et s. ; M. Foucault, « sécurité, territoire et population » Cours au Collège de France, Hautes Études, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, Leçon du 25 janvier 1978, p. 59. L'auteur distingue les concepts de normation et de normalisation Cf. sur ce point G. Le Blanc, *La pensée Foucault*, Ellipses poche, 2014, p. 191 ; Pour une analyse de la norme chez D. Hume Cf. C. Bonicco-Donato, *La question des normes chez Hume ou comment la convention devient valeur*, in B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, 2014, pp. 279-304.

²³¹⁴ B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de) *op. cit.* §33, p. 75.

²³¹⁵ P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 635 et s.

²³¹⁶ Il existe en revanche une littérature juridique sur la question. V. notamment, M. Fontaine, *Les contrats internationaux à long terme*, in *Études R. Houin*, Dalloz 1985, p. 263 ; N. Vignal, *La durée du lien contractuel*,

ce type de recherche aurait un intérêt. Le contrôle de l'équilibre contractuel tel qu'il a été présenté précédemment révèle au demeurant un usage exponentiel des contrats de longue durée²³¹⁷. Qu'il s'agisse des contrats d'approvisionnement, de distribution, de franchise, de concession, de location financière, de financement, ces opérations contractuelles sont toutes marquées par la durée de leur application. Les contrats-cadres, qui font partie de cette longue liste, en sont une illustration parlante²³¹⁸. Ces derniers ont précisément pour fonction d'organiser des rapports de droit sans pour autant créer de « contenu obligationnel²³¹⁹ ». Si certains de ces contrats produisent un contenu obligationnel à la marge, leur objet principal consiste à organiser des contrats d'application à venir²³²⁰. La définition de ce contrat dans le Code civil témoigne du caractère incontournable de cette convention et de sa dimension organisationnelle. En dehors de ces contrats, les conditions générales se présentent à leur tour comme un vecteur d'organisation du contrat²³²¹. Ces conditions générales se retrouvent, sauf cas exceptionnels, dans l'ensemble des contrats passés entre professionnels. Elles ne constituent pas à proprement parler un contenu obligationnel²³²². Elles sont pourtant aussi importantes que le rapport d'obligations si ce n'est plus. On prendra pour preuve les négociations annuelles en cours dans la grande distribution. Celles-ci reposent sur la communication puis la négociation des conditions générales de vente²³²³. Il s'agit donc d'organiser les relations contractuelles à venir, généralement longues²³²⁴, au moyen de clauses. Le contenu obligationnel est devenu, dans certains domaines du droit des affaires, bien moins principal que la dimension organisationnelle du contrat²³²⁵. Ce sont les clauses, les conditions générales qui recèlent aujourd'hui le cœur de la relation contractuelle. L'ensemble des décisions étudiées précédemment en matière de déséquilibre significatif en témoignent, de

Lamy droit des contrats, 1999, étude n° 405 ; O. Tafanelli, *Le temps et le contrat d'assurance*, Thèse, Nice, 2002 ; F. Bujoli, *La durée du contrat : rapports croisés des droits de la consommation, de la distribution, de la concurrence et de la théorie générale du contrat*, Thèse, Nice, 2007.

²³¹⁷ J. Rochfeld *op. cit.* §22, p. 462 : « la pratique contractuelle actuelle se caractérise par un allongement de la durée d'exécution des contrats et la multiplication des diverses formes de contrats durables ou s'exécutant sur un long terme. »

²³¹⁸ P. Ancel art. préc.

²³¹⁹ *Ibid.*

²³²⁰ C'est la définition retenue par le Code civil art. 1111 : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. »

²³²¹ Art. 1110 alinéa 2 C. civ. Cf. *supra* n°220-228.

²³²² Certains auteurs ont néanmoins défendu l'idée selon laquelle le contrat-cadre créerait, même de manière implicite des rapports d'obligations Cf. J. Gatsi, *Le contrat cadre*, Thèse, LGDJ, 1996.

²³²³ Art. L. 441-6 C. com.

²³²⁴ La convention unique conclue en application de l'article L. 441-7 du C. com. Est généralement conclue pour une durée de deux à trois ans.

²³²⁵ M. Mekki, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2008, n°13, p. 235.

même que les remèdes objectifs au déséquilibre contractuel. Il s'agit en effet de viser les clauses porteuses d'un déséquilibre et non le rapport d'obligation lui-même. Cette approche est nouvelle et mérite d'être présentée comme un véritable bouleversement. C'est bien, selon l'article 1171 du Code civil, la clause qui crée un déséquilibre significatif et non le rapport d'obligations. L'on nous rétorquera que cela est artificiel, la clause ne désignant que le support d'un rapport d'obligations. Pas exactement en réalité. D'une part parce qu'il n'est pas besoin que le contrat s'exécute ou que le déséquilibre soit éprouvé²³²⁶ pour être sanctionné, et d'autre part parce que la clause désigne une part seulement du rapport d'obligations, celle précisément qu'elle organise²³²⁷. Un autre facteur illustre la fonction normative du contrat, il s'agit de « l'effet de réseau » crée par les contrats de l'économie numérique.

B. « L'effet de réseau » des contrats de l'économie numérique

741. Les contrats de longue durée précédemment évoqués se présentent pour certains d'entre eux comme des opérations complexes. Il s'agit de contrats par lesquels les parties organisent une pluralité d'opérations économiques qui se servent mutuellement de support. C'est le cas pour les contrats de location financière, mais également les contrats de crédit-bail ou de prêt et de vente²³²⁸. Ces contrats mettent en relation des parties différentes qui participent néanmoins à une opération économique commune. Cela suppose donc d'identifier des conditions générales non plus seulement à l'échelle de chaque contrat pris individuellement, mais à celle de l'opération dans sa globalité. Cette superposition de contrats et de parties se manifeste en particulier dans les échanges dématérialisés organisés au moyen de plateformes d'intermédiation²³²⁹.

²³²⁶ C'est là le principe même de l'interdiction per se des pratiques restrictives de concurrence. Il n'est pas besoin de démontrer ainsi qu'une clause a reçu application pour qu'elle soit sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. V. notamment : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1er oct. 2014, n° 13/16336, *JurisData* n° 2014-023551, *RDC* 31 mars 2015, n°1, p. 67, obs. M. Behar-Touchais.

²³²⁷ Une clause de *hardship*, par exemple n'a pas pour vocation de créer un rapport d'obligation, elle organise seulement les modalités selon lesquelles une partie va pouvoir solliciter de l'autre une renégociation du contrat.

²³²⁸ Cf. *supra* n°108, 125 et 127.

²³²⁹ Art. L. 111-7 C. consom. issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

742. Ces plateformes reposent sur des conditions générales qui ne sont pas orientées exclusivement vers la conclusion de contrats d'application²³³⁰. L'opérateur de plateforme *Airbnb*, par exemple, demande à l'ensemble des membres de sa « communauté²³³¹ » de souscrire à diverses « conditions », « chartes » et « politiques » pour pouvoir utiliser la plateforme. Ces contrats se situent à mi-chemin entre des conditions générales d'utilisation et un contrat-cadre dans la mesure où il s'agit d'organiser les modalités d'exécution des contrats à venir²³³². Pour autant, tous les individus qui créent un compte sur cette plateforme ne concluront pas nécessairement de contrat. De la même manière, les contrats d'application à venir ne seront pas nécessairement conclus avec la plateforme²³³³. Il s'agit là d'instaurer les fondements d'un « ordre juridique²³³⁴ », sans pour cela créer de rapports d'obligations²³³⁵. Cet ordre juridique repose sur un corps social identifié comme tel, les utilisateurs de ces plateformes désignant une « communauté » organisée, dont les rapports interindividuels, ne reposent pas nécessairement sur la création d'un rapport d'obligations²³³⁶. La création de ce

²³³⁰ E. Mouial et F. Jacomino, L'économie collaborative : les bouleversements en droit des contrats, in *Quelles régulations pour l'économie collaborative ? Un défi pour le droit économique*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2017, pp. 69-88.

²³³¹ C'est l'expression employée par la plateforme pour désigner ses utilisateurs. Le champ lexical communautaire est au demeurant très développé sur les plateformes de l'économie collaborative. V. E. Mouial et F. Jacomino, art. préc.

²³³² On peut opérer ici un parallèle avec les conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux sur internet auxquelles l'internaute doit souscrire s'il souhaite accéder au réseau social. Ici les « éléments substantiels de la relation contractuelle proviennent des conditions d'utilisations » ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome 1, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 924, p. 693.

²³³³ *Airbnb* oblige ainsi le voyageur et l'hôte à signer ensemble un contrat, lequel doit respecter les conditions générales d'*Airbnb* qui n'est pourtant pas une partie en tant que telle à ce contrat. Cf. Art. 1.2 des conditions de service : « En tant que fournisseur de la Plateforme *Airbnb*, *Airbnb* n'est pas propriétaire et ne crée pas ni ne vend, ne revend, ne fournit, ne contrôle, ne gère ou ne propose de quelconques Annonces ou Services Hôte. Les Hôtes sont seuls responsables de leurs Annonces et Services Hôte. Lorsque des Membres font ou acceptent une réservation, ils concluent un contrat entre eux directement. *Airbnb* n'est pas et ne devient pas partie à un quelconque contrat passé entre des Membres, n'est pas impliqué dans la relation contractuelle entre des Membres et n'est ni courtier immobilier ni assureur. » Il faut bien entendu rappeler ici que la qualification des parties ne lie pas le juge de sorte que celui-ci pourrait considérer, au contraire, que l'opérateur de plateforme est bien partie à ce contrat.

²³³⁴ S. Romano, L'ordre juridique, traduction de la 2^e édition de l'« *Ordinamento giuridico* » par L. François et P. Gothot, introduction de Ph. Francescakis, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1975, spéc. p. 10 : « En d'autres termes, l'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure. »

²³³⁵ L. Duong, Le pluralisme des sources du droit de l'internet, in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, L. Boy, J.-B. Racine, et J.-J. Sueur, Larcier 2011, p. 200 ; E. Mackaay, Les nouveaux environnements informatiques et leur droit, in *Les autoroutes de l'information : Enjeux et défis* (actes des huitièmes entretiens Rhône-Alpes), Centre Jacques Cartier, 5-8 décembre 1995, *LPA* 3 janv. 1997, n°2, p. 16 : « L'ordre qui s'installe sur Internet se crée à l'initiative des participants. Les règles sont progressivement articulées et comportent des sanctions. Elles semblent avoir les dimensions d'un ordre juridique, même si ce n'est pas celui d'un ordre étatique. »

²³³⁶ Les utilisateurs de la plateforme disposent de « *community center* » sur lesquels les utilisateurs s'entraident et, fournissent des conseils et formes des clubs leur permettant de se rencontrer physiquement dans leurs villes.

corps social est d'autant plus essentielle qu'elle constitue le principal vecteur de richesse de l'opérateur de plateforme. Les marchés bifaces sur lesquels se déploient les plateformes d'intermédiation reposent sur ce que les économistes appellent un « effet de réseau croisé ». Ainsi, « plus il y a d'utilisateurs sur un côté du marché, plus on va valoriser le produit ou le service qu'on propose sur la plateforme. » Partant, plus la communauté d'utilisateurs est importante plus le produit proposé par la plateforme prend de la valeur. Cette communauté dispose ainsi d'organes de gestions autonomes²³³⁷ et de sa propre organisation au moyen de conditions d'utilisation, chartes, et politiques types²³³⁸. Cet ordre juridique dynamique entretient avec les ordres juridiques étatiques des rapports de « relevance²³³⁹ » dans la mesure où la plateforme renvoie à l'application de règles de droit national, de droit étranger et de règles propres à l'ordre juridique de la plateforme. Se forme ainsi une « sédimentation » contractuelle, encore renforcée par la multiplication des normes objectives dont l'impact se fait ressentir directement dans le contrat.

II. La multiplication des normes objectives dans la sphère contractuelle

743. Les outils de gestion du déséquilibre contractuel témoignent de l'influence directe d'autres normes juridiques objectives sur le contenu du contrat. Cela ne signifie pas que cette influence était absente auparavant, mais ces normes se multiplient aujourd'hui au point de constituer un point saillant du droit des contrats contemporain. L'ordre public économique manifeste en effet un regain de vitalité dans les relations entre professionnels. Il suffit pour s'en convaincre de songer à l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. De même, le Code civil est doté depuis l'ordonnance du 10 février 2016 d'un certain nombre de dispositions d'ordre public que le Code civil de 1804 ignorait. Ces règles contribuent à l'érection d'un cadre contractuel normatif indépendamment de la création d'un rapport d'obligations. Poser *a priori* que telle pratique ou telle clause est interdite manifeste l'existence d'une organisation contractuelle indépendamment des obligations qu'elle fait naître à la charge des parties. Le contrat

²³³⁷ La plateforme dispose de son organe de résolution des conflits appelé « Centre de résolution ».

²³³⁸ Ces opérateurs de plateforme rassemblent ainsi les trois critères nécessaires à la caractérisation d'un ordre juridique au sens de M. Van de Kerchove, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, spéc. p. 188.

²³³⁹ S. Romano *op. cit.* p. 106 : « Ramassant notre pensée en une formule brève, nous dirons que pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier ».

organisationnel devient ainsi le support nécessaire d'un cadre normatif imposé. Ce travail d'intégration normative manifeste la présence d'un ordre contractuel qui dépasse la conciliation des intérêts des parties en présence. Il témoigne encore de ce que le contrat ne produit pas seulement des effets à l'égard des parties, mais que les contraintes normatives qui le traversent manifestent des préoccupations d'ordre plus général. L'ordre public économique, dont on a vu à quel point il façonne aujourd'hui les contrats d'affaires, produit au cours de son intégration dans le contrat des effets à l'égard de tous. Le « microcosme²³⁴⁰ » décrit par Demogue aurait ainsi muté au profit de préoccupations macroéconomiques.

744. Il faut ajouter à ces normes légales formelles des normes d'ordre technique que le droit des contrats avait pour habitude de maintenir à distance²³⁴¹. Qu'il s'agisse de normes techniques ou de gestion, ces dernières occupent une place de plus en plus importante dans l'ordre juridique²³⁴². Pour exemple, la norme NF P 03-001²³⁴³ « Cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés » se propose de définir les droits et obligations des parties au marché en offrant aux parties l'ensemble des clauses leur permettant de régir les rapports d'obligations à venir²³⁴⁴. La norme NF P 03-001 propose ainsi sur plus de 60 pages de définir des points tels que « le prix du marché », « la période d'exécution », la « résiliation », la « force majeure », la « variation des prix ». Dans le même sens, les normes IFRS en matière comptable vont avoir un impact sur le contenu de certains contrats. C'est le cas par exemple de la norme IFRS 16 relative aux contrats de location qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Cette norme impose la comptabilisation au bilan du preneur de tous les contrats de location qu'ils soient simples ou qu'il s'agisse de contrats de location financière. Cette norme repose sur une

²³⁴⁰ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923 - 1931. tome 6, chap. 1, p. 9.

²³⁴¹ Historiquement, ces normes étaient liées à l'industrialisation de certains secteurs de la production industrielle. Peu à peu ces normes se sont diversifiées et leurs objectifs se sont orientés vers la suppression des entraves aux échanges transnationaux.

²³⁴² B. Frydman, *Prendre les standards et les indicateurs au sérieux*, in B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, 2014, pp. 12-32.

²³⁴³ Il s'agit des normes édictées par l'Association française de normalisation (AFNOR). A côté de cette procédure nationale d'élaboration des normes techniques existe une procédure européenne matérialisée par Comité européen de normalisation (CEN), et une procédure internationale mise en œuvre par l'organisation internationale de normalisation (ISO). Pour des développements plus importants sur les normes ISO et CEN Cf. A. Van Waeyenberge, *Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric à brac ou système pour l'Union européenne ?* in B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, 2014, pp. 93-115.

²³⁴⁴ M. Roulant, *La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi)*, <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf> n°28, p. 14 ; J. Ghestin, *Normalisation et contrat*, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985, p. 485 s., spéc. pp. 495-496.

définition du contrat de location fondée sur la présence d'un actif identifié d'une part, et le contrôle par le preneur du droit d'utilisation sur cet actif d'autre part. Cette définition devrait conduire, pour les entreprises qui ont fait le choix du recours à l'IFRS, à adopter une définition du contrat de bail calquée sur celle retenue par la norme IFRS 16²³⁴⁵. Les normes de l'Internet enfin, déterminent très largement la manière dont les parties contractent en ligne et la manière dont elles exécutent ces conventions²³⁴⁶. Ces normes désignent les technologies et recommandations utilisées pour produire un document en ligne²³⁴⁷.

745. Les vertus de ces normes sont nombreuses. Elles satisfont le consommateur en assurant la fiabilité des produits et des services, elles améliorent la performance, et augmentent, en théorie²³⁴⁸, la concurrence des acteurs sur le marché²³⁴⁹. Elles permettent de réduire les barrières aux échanges, en agissant comme des facteurs de fluidification des échanges commerciaux²³⁵⁰ et de consensus entre les acteurs du marché²³⁵¹. Elles permettent enfin d'assurer à certains contrats un équilibre minimal. Il s'agit de prémunir les

²³⁴⁵ Cette norme est facultative dans son application Cf. Art. 17 alinéa 1 du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation. Elle relève par principe du droit « mou ». Il faut noter en revanche que certaines de ces normes sont obligatoires : Art. 17 alinéa 2 du décret précité : « les normes peuvent être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés. » Il existe enfin une troisième fois qui témoigne des rapports de complémentarité entre droit « dur » et droit « mou », puisqu'un texte réglementaire peut conférer au respect de tout ou partie d'une norme, une présomption de conformité à la réglementation.

²³⁴⁶ Paradoxalement, et l'on peut le regretter, la réforme du droit des contrats ne semble pas avoir pris la mesure des enjeux juridiques des contrats électroniques et des supports contractuels dématérialisés. V. en ce sens, v O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p. 7.

²³⁴⁷ Ex : HTML et le XHTML, les feuilles de style en cascade (CSS) et le DOM (Document Object Model). Le World Wide Web Consortium W3C est un organisme de standardisation, chargé de promouvoir la compatibilité des technologies du World Wide Web. <https://www.w3.org> Microsoft, Google, Apple, Mozilla, IBM ou bien encore Adobe font partie de cet organisme de standardisation.

²³⁴⁸ Le processus de normalisation peut être dans le même temps le support d'ententes anticoncurrentielles Cf. ADLC Avis 13 avr. 2015 n°15-A-16, Communiqué de presse 17 nov. 2015 : « Une processus défaillant de normalisation peut affecter l'efficacité économique et restreindre la concurrence s'il produit des normes inutiles dont le bilan économique coût-avantage n'est pas démontré ou si elle permet l'homologation d'une norme biaisée au profit de certains acteurs du marché qui peuvent alors l'instrumentaliser pour ériger une barrière à l'entrée de concurrents ou d'innovateurs. » V. aussi, V. Sélinsky et S. Cholet, Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle, in Le droit économique entre intérêt privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, pp. 127-159 ; J.-B. Racine, Normalisation, certification et droit de la concurrence, *RIDE*, 1998, p. 147.

²³⁴⁹ V. Sélinsky et S. Cholet, art. préc. spéc. p. 129.

²³⁵⁰ L'AFNOR est membre de Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique (CENELEC) au niveau européen, et de la Commission électrotechnique internationale (CEI) au niveau international. Les normes édictées par l'AFNOR font l'objet d'une homologation de la part de la Commission européenne. L'article 1 alinéa 2 du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation précise en ce sens que la normalisation « vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable. »

²³⁵¹ Commissariat général au plan, « Le dispositif français de normalisation », Rapport au Gouvernement, 1997, La doc. française, p. 18 ; M. Rouland art. préc., spéc. n°22, p. 11.

professionnels parties à ces contrats contre les déséquilibres²³⁵². Si ces normes ont longtemps consisté à assurer la sécurité de produits et d'objets dans l'intérêt des consommateurs et du marché, le contrat pourrait, à son tour être l'objet d'une telle normalisation dans un objectif d'équilibre des relations commerciales²³⁵³. C'est en tout cas cet objectif que poursuit l'harmonisation européenne en matière de contrat. Il s'agit, en assurant aux parties un cadre contractuel respectueux des intérêts de chacun, de promouvoir les échanges transnationaux, les professionnels ne craignant pas de se voir imposer un déséquilibre excessif. En cela, la normalisation contractuelle apparaît comme un outil de contrôle objectif de l'équilibre contractuel.

746. Le contrat se présente donc comme un « foyer normatif²³⁵⁴ » autonome. Les normes qu'il produit se présentent comme des règles organisationnelles dont il serait inexact de considérer qu'elles ne produisent d'effet qu'à l'égard des parties. Qu'il s'agisse des règles d'ordre public ou de celles plus techniques produites par des organisations nationales et internationales, la norme contractuelle présente une dimension collective²³⁵⁵. Cette normativité participe à une standardisation du contrat et de son équilibre.

§2. De la norme au standard de l'équilibre

747. La fonction normative du contrat a pour corollaire une standardisation des contrats. Les outils de la normalisation, tels que les conditions générales, les contrats-cadres, ou les normes techniques, participent en effet à l'identification de standards contractuels. Le

²³⁵² Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°363, p. 325, les auteurs désignant ces normes comme « un moyen préventif contre les clauses abusives. » Les auteurs présentent ces normes comme des solutions plus efficaces que les sanctions des déséquilibres *a posteriori*.

²³⁵³ G. Farjat, *Observations sur la sécurité juridique, le lien social, et le droit économique* in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, (sous la coordination de), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 58 : « Le contrat est devenu un procédé juridique de normalisation juridique privé ».

²³⁵⁴ F. Garnier, *Notes pour une possible histoire de la construction de la norme*, in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous la dir. de), Economica, 2011, p. 26.

²³⁵⁵ C'est le cas de l'ordre public économique mais également pour les normes de type AFNOR. L'article 1 alinéa 1 du Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation dispose en effet que : « La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. »

phénomène de standardisation des contrats d'affaires ainsi identifié (I), conduit à identifier un standard de l'équilibre (II).

I. Le phénomène de standardisation des contrats d'affaires

748. Étudier le phénomène de standardisation des contrats d'affaires suppose préalablement de distinguer le standard de la standardisation (A) et d'identifier les enjeux du phénomène (B).

A. Le standard et la standardisation

749. La notion de standard définie comme une norme objective de référence à atteindre (1), se distingue de la standardisation consistant à dégager des modèles contractuels reposant sur des caractéristiques communes (2).

1. La définition du standard

750. La notion de standard²³⁵⁶, comme celle de norme est polysémique²³⁵⁷ si bien que certains auteurs utilisent indifféremment les deux termes l'un pour l'autre²³⁵⁸. Le standard bénéficie au demeurant d'une acception juridique autonome dégagée dans les années 1920 sous l'influence de l'École de Lyon²³⁵⁹. Ces standards juridiques peuvent être définis comme

²³⁵⁶ Le terme anglais de standard vient de l'ancien français « estandard » qui désigne l'étendard en tant que signe de ralliement. C'est donc l'idée d'une certaine référence collective qui ressort de cette définition.

²³⁵⁷ L. Boisson de Chazournes, Standards, régulation internationale et organisations internationales, in B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014, pp. 69-92 ; G. Cornu, Vocabulaire juridique, 12^e éd., PUF, 2018 « Standard » sens 1 : « Pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite à la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques » ; D. Alland, S. Rials, (sous la direction de), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, « Standard » : « Aujourd'hui encore le standard demeure une notion que l'on redoute devoir définir tant elle est susceptible d'acceptions différentes. Le standard est une notion qui, dans une culture juridique française demeurée fondamentalement legaliste, dérange. »

²³⁵⁸ Sur ce point, B. Frydman, Prendre les standards et les indicateurs au sérieux, in Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014, p. 7 : « Le mot anglais « standard » est d'ailleurs lui-même polysémique puisqu'il désigne à la fois la norme technique, comme la norme ISO par exemple, le modèle (de comportement ou d'un objet), l'étalon (de mesure) ou le *benchmark* (le niveau de référence). Dans la suite de ce texte, nous utiliserons, dans un souci de clarté le terme de « norme » au sens du « *standard* » anglais. » ; V. aussi C. Serlouten, La standardisation en droit des contrats, Thèse, Université de Toulouse 1, 2008, n°7, pp.10-11.

²³⁵⁹ Il existait cependant des standards juridiques en droit romain tels que la « bonne foi » ou « le bon père de famille ». C'est en revanche dans les années 1920 que la doctrine s'intéresse au standard comme une technique

des normes juridiques de référence intentionnellement souples²³⁶⁰ destinées « à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité²³⁶¹ ». Ces standards sont généralement présentés comme des outils d'interprétation et d'orientation souple de la règle de droit.

751. C'est cependant un usage particulier du standard auquel nous souhaitons nous intéresser ici, et qui contribue à éclairer la fonction du standard juridique. Le standard sera entendu de manière générale comme un modèle, un « niveau » à atteindre « auquel il faut se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée²³⁶² ». Le standard ne se confond donc pas avec la norme, mais il désigne un certain usage de celle-ci, symptomatique du droit « post-moderne²³⁶³ ». Il s'agit d'ériger la norme en un niveau de référence à atteindre en matière contractuelle. Le standard se présente, dans cette perspective, comme une manifestation du contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans la mesure où il consiste à s'assurer d'un certain niveau d'équilibre entre les droits et les obligations des parties.

d'interprétation de la loi et du contrat E. Lambert s'intéresse ainsi à la technique du standard venue des Etats-Unis dans son ouvrage intitulé *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* publié en 1921. V. pour des développements plus complets S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, Thèse, LGDJ, 1980 ; C. Perelman, R. Van Elst, (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984.

²³⁶⁰ *Ibid.*

²³⁶¹ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, Thèse, LGDJ, 1980, n°93 ; M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit* : *RTD civ.* 1923, p. 265, spéc. p. 271 ; S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, *JCP G* n° 38, 19 Septembre 2011, doct. 1003 ; A.-A. Al-Sanhoury, *Le standard juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 145 et s. ; C. Bloud-Rey, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, V. « Standard », Lamy-PUF, 2003 ; J.-L. Bergel (dir.), *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Actes du 1er Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, sept. 1988, *RRJ* 1988/4 ; C. Perelman, R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984.

²³⁶² L. Boisson de Chazournes, *Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions*, in L. Boisson de Chazournes et M. Kohen (dir.), *International Law and the Quest for its implementation. Le droit international et la quête de sa mise en œuvre* : *Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Brill, Leiden, 2010, pp. 351-376.

²³⁶³ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 143 : « Une conception nouvelle du droit, caractérisée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité, est apparue dans les sociétés contemporaines. Plutôt que de recourir aux commandements juridiques traditionnels, on tend à faire appel à des techniques plus souples, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites » (P. AMSELEK, 1982) : les textes indiquent des « objectifs » qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives » qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations » qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire. »

752. La standardisation désigne pour sa part la modélisation formelle et substantielle de figures contractuelles courantes dans la pratique des affaires, et se distingue en cela de la notion de standard.

2. La définition de la standardisation

753. La standardisation²³⁶⁴ du droit, et particulièrement du contrat n'est pas nouvelle, mais le rapport qu'entretiennent les spécialistes de la matière avec ce phénomène est empreint d'une certaine inquiétude. Revendiquer une standardisation des contrats reviendrait en effet à malmener le principe de la liberté contractuelle²³⁶⁵. Le consentement des parties et le contenu de leurs conventions seraient ainsi objectivement déterminés au moyen de formules contractuelles préétablies. Les manifestations de cette standardisation sont traditionnellement empruntées aux « formules types²³⁶⁶ » de contrats qui proposent aux parties d'intégrer un cadre contractuel prédéfini. Qu'il s'agisse de formules types impératives ou supplétives, ces dernières se caractérisent par la prédétermination de leur contenu et leur usage répété²³⁶⁷. Le phénomène de standardisation ne se confond pas à la notion de standard telle qu'elle a été définie. Il désigne le phénomène par lequel les contrats se trouvent ramenés à un petit nombre

²³⁶⁴ Le grand Robert de la langue française « standardisation » sens 1 « Production de modèles, standard fabriqué en série » ; CNRTL « standardisation » sens A « Action de rendre une production conforme à certaines normes de référence; production en série de modèles standard » ; C. Serlooten, *op. cit.*, n°1076, p. 715 : « la standardisation en droit des contrats ne peut être confondue avec la standardisation classique issue de la matière industrielle. Elle ne peut pas être assimilée à la standardisation pure du produit que représenterait le contrat. Toutefois, il est possible de s'inspirer de ce mouvement puisque l'étude des différentes manifestations de la standardisation contractuelle²²⁴⁷ a permis de mettre en relief, à partir des caractères généraux et abstraits de leurs stipulations, leur point commun : l'utilisation d'un modèle standard. Ce modèle standard constitue le fondement de la standardisation contractuelle et permet de régler cette technique d'élaboration et de conclusion sur le contenu contractuel. »

²³⁶⁵ La littérature consacrée à la standardisation du droit des contrats est donc marquée par un certain scepticisme, et néglige la place occupée dans ce phénomène par les opérateurs privés. La seule standardisation abordée est donc celle venant d'incitations doctrinales telles que les projets de codification (principes UNIDROIT, les PDEC, le DCFR). V. notamment, B. Fauvarque-Cosson, *Le renouvellement des sources du droit en droit des contrats : le rôle des acteurs privés*, in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous la dir. de), Economica, 2011, pp. 261-277 ; C. Serlooten, *op. cit.* n°2, p. 7 : « La réticence des juristes à considérer la standardisation contractuelle s'explique, en conséquence. Celle-ci s'oppose, a priori, de plein fouet à la liberté contractuelle qui prévaut dans la figure traditionnelle du contrat, le contrat négocié et qui vient d'être élevée, dans le projet de réforme de la Chancellerie, au rang de principe directeur du droit des contrats. Elle conduirait à une normalisation sclérosante des contrats, à l'opposé du besoin mouvant d'évolution de la matière contractuelle. »

²³⁶⁶ J. Léauté, *Les contrats-types*, RTD civ. 1953 p. 430.

²³⁶⁷ C. Serlooten *op. cit.* n°106, 107, p. 84. L'auteur définit le standard au moyen de trois critères : la prédétermination et l'usage répété des « contrats modèles ».

de modèles aux caractéristiques identiques²³⁶⁸. La standardisation se distingue à cet égard du standard. « Dans la standardisation contractuelle, l'attachement à la forme, manifesté à travers l'emploi de modèles préétablis, n'est fondé que sur le rôle instrumental de celle-ci dans le processus de formation du contrat. Il ne s'agit donc pas, en principe, de lui attribuer une valeur absolue notamment pour la protection du contractant en situation de faiblesse.²³⁶⁹ »

754. L'ordonnance du 10 février 2016 a pris acte de cette standardisation contractuelle en faisant entrer le contrat d'adhésion dans le giron du droit commun²³⁷⁰. On ne saurait pour autant réduire le phénomène de standardisation aux contrats d'adhésion²³⁷¹. Le contrat d'adhésion permet en effet de décrire un processus de formation du contrat et sert une classification contractuelle, tandis que le phénomène de standardisation désigne un mouvement plus profond orienté vers certains objectifs. Ces objectifs sont multiples et témoignent des intérêts particuliers des opérateurs de cette standardisation. D'origine essentiellement privée, la standardisation des contrats d'affaires fait s'affronter des organisations privées professionnelles soucieuses d'imposer un standard qui leur soit favorable²³⁷². Les droits nationaux doivent dans le cadre de cette compétition des standards parvenir à produire des instruments juridiques suffisamment efficaces pour être relayés. Les enjeux de la standardisation justifient ainsi la spécificité de son acception.

B. Les enjeux du phénomène

755. Les enjeux de la standardisation sont semblables à ceux qui expliquent la multiplication des normes techniques. Il s'agit en effet de promouvoir les échanges sur le marché par leur simplification et leur rapidité. À cet enjeu de promotion des échanges commerciaux s'ajoute la volonté d'augmenter l'efficacité du droit en assurant aux parties un niveau de protection élevé et une sécurité juridique maximale. La promotion de l'efficacité

²³⁶⁸ Le grand Robert de la langue française « standardiser » sens 1 « normaliser », sens 2 « uniformiser » ; CNRTL « standardiser » sens A « Soumettre à une norme, à un type standard.

²³⁶⁹ C. Serlooten, *op.cit.* n°8, pp. 13-14.

²³⁷⁰ Cf. *supra* n°216.

²³⁷¹ On touche ici à la distinction opérée par certains auteurs entre le formalisme et la standardisation-normalisation V. P. Puig, Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative, *in* La contractualisation de la production normative, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, oct. 2008, p. 286, spéc. p. 292.

²³⁷² Pour un exemple de cette concurrence entre les places financières V. Art. Préc. M. Favero.

économique (1) et l'attractivité du droit (2) constituent ainsi les deux enjeux principaux de la standardisation des contrats à l'œuvre.

1. La promotion de l'efficacité économique

756. La standardisation des contrats est sous-tendue par la volonté des acteurs du marché de promouvoir les échanges²³⁷³. La standardisation des contrats offre en effet une possibilité de diffusion et de conclusion des contrats à grande échelle. La standardisation de certains contrats est telle que certains marchés reposent intégralement sur la conclusion de contrats standardisés. Le cas de la convention-cadre de la Fédération bancaire française (FBF), relative aux opérations sur instrument financier à terme, est significatif. Ce contrat-cadre est utilisé tous les jours par les acteurs financiers de la place de Paris au point de devenir le contrat de référence pour les opérations soumises au droit français²³⁷⁴. Le même constat doit être fait, à plus grande échelle encore pour les contrats-cadres établis par L'*International Swaps and Derivatives Association Inc* (ISDA) qui s'appliquent pour les opérations internationales²³⁷⁵. Ces contrats standardisés permettent de conclure des contrats en très grand nombre, dans un temps réduit, et pour un coût faible.

757. La dématérialisation des transactions et le recours aux contrats électroniques et informatiques accélèrent le phénomène dans la mesure où ces contrats sont intrinsèquement standardisés. Ces derniers sont contraints par leur support d'intégrer une logique de standardisation. C'est d'ailleurs cette standardisation qui participe de la confiance des internautes dans les transactions auxquelles ils souscrivent²³⁷⁶. La standardisation des contrats poursuit, outre la recherche d'une plus grande efficacité économique, un objectif d'attractivité du droit.

²³⁷³ C. Serlooten, *op. cit.* n°3, p. 8 fait à cet égard un parallèle pertinent entre la standardisation contractuel consistant à reprendre des modèles contractuels, et l'apparition du machinisme dans la deuxième moitié du XIXe siècle : « Avec le développement de l'industrialisation, où la standardisation apparaît comme le moyen d'augmenter l'efficacité dans la production et la distribution, la dépersonnalisation du contrat s'accompagne de son uniformisation ».

²³⁷⁴ Art. préc. M. Favero.

²³⁷⁵ Il faut ajouter à ces standards le contrat type « euro-master (EMA) » lancé par la Fédération Bancaire de l'Union Européenne (FBE) et le Groupement Européen des Caisses d'Epargne qui régit les pensions livrées et les prêts de titres, les standards élaborés par l'*International Securities Lending Association* (ISLA), le PSA/ISMA *Global Master Repurchase Agreement* (GMRA) utilisés pour les opérations de pension livrées trans-frontières, ou l'*Overseas Securities Lender's Agreement* (OSLA) pour les opérations de prêt de titres.

²³⁷⁶ La loi pour la confiance dans l'économie du 21 juin 2004, aujourd'hui abrogée, est une manifestation de cet objectif.

2. La promotion de l'attractivité du droit

758. La promotion de l'attractivité du droit constitue depuis la création du rapport *Doing Business*²³⁷⁷ un enjeu de politique publique. Malgré la remise en cause des évaluations produites par ces *rankings*, les États se montrent de plus en plus attentifs à l'efficacité de leur système juridique. Cet enjeu évaluatif trouve, dans les classements récents des systèmes juridiques internationaux, une dimension nouvelle. L'index de sécurité juridique (ISJ) créé en 2015 par la Fondation pour le droit continental s'emploie à évaluer les formes de sécurité fournies aux acteurs économiques et plus particulièrement aux investisseurs²³⁷⁸. À ce titre, le droit des contrats figure comme l'un des indicateurs de la sécurité juridique assurée par chacun des treize pays visés par le classement. Deux hypothèses du droit des contrats ont plus précisément été analysées, à savoir l'indexation du prix contractuellement prévue et la mise en œuvre des clauses pénales et limitatives de responsabilité dans les contrats conclus entre partenaires de force égale. Les résultats obtenus pour l'année 2015 placent la France au dernier rang dans le domaine contractuel. Ces résultats, obtenus sur la base du Code civil de 1804, soulignent donc la nécessité pour la France de se doter de standards contractuels plus prévisibles et plus stables²³⁷⁹. Dans cette perspective, la Fondation pour le droit continental s'est unie au projet de création d'un Code européen des affaires figurant dans le Livre blanc²³⁸⁰. Ce projet piloté par l'association Henri Capitant consiste à élaborer un « Code de droit des affaires » commun unifiant le droit des sociétés, le droit commercial et des domaines connexes afin de favoriser les échanges au sein du marché unique²³⁸¹. L'association Henri Capitant souligne ainsi qu'il est indispensable de doter les acteurs du marché de règles

²³⁷⁷ Cet indicateur a été créé par la Banque mondiale en 2003. Les résultats du classement qu'il propose chaque année ont été vivement critiqués en ce qu'ils manifestaient un parti pris en faveur des systèmes de *Common law*. La méthodologie de l'indice n'est pas non plus exempte de critique en matière contractuelle. Le contrat n'y est en effet abordé qu'en termes d'efficacité procédurale entendue comme la facilité pour les parties de poursuivre l'exécution du contrat et le coût d'une telle procédure.

²³⁷⁸ <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/Rapport-ISJ-Juin-2015.pdf>

²³⁷⁹ L'ISJ fait reposer la sécurité juridique sur trois critères : accessibilité, prévisibilité et stabilité dans le temps.

²³⁸⁰ Ce livre blanc sur l'avenir de l'Europe a été adopté par la Commission européenne le 2 mars 2017, à l'occasion des 60 ans des traités de Rome https://ec.europa.eu/france/news/20170301_livre_blanc_fr Ce livre aborde les défis auxquels l'Europe doit faire face et présente cinq scénarios illustrant ses évolutions possibles d'ici à 2025. V. L. Bélanger, Un Code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe, *JCP G* 17 avr. 2017, n°16, p. 790.

²³⁸¹ P. 21 du Livre blanc. La seconde étape envisagée consisterait ensuite dans la création d'un « Haut comité de droit des affaires » rassemblant des juristes (académiques et praticiens) et des représentants des entreprises. Ce Comité, représentatif des acteurs économiques européens, procéderait à la codification du droit européen et à l'édition de recommandations à destination des co-législateurs de l'Union.

similaires²³⁸². Les disparités de législation et de niveaux de protection des cocontractants constituent en effet un frein à la compétitivité des entreprises et plus spécialement des PME. La standardisation des contrats d'affaires, en ce qu'elle consiste à dégager des niveaux à atteindre atteste de cette logique.

759. La difficulté semble venir toutefois du mode de gestion du projet lui-même. Les promoteurs de ce Code prônent en effet une logique *bottom-up* consistant à laisser aux praticiens du droit et du monde entrepreneurial le développement de cette législation unifiée²³⁸³. Cela laisse donc une place incertaine à l'ordre public dont on sait la fonction qu'il occupe en matière de contrôle objectif de l'équilibre contractuel. L'unification pourrait alors consister en un abaissement général du niveau de protection offert aux professionnels dans l'objectif de « libéralisation » du marché revendiqué. Afin d'éviter ce problème, la solution qui semble se dégager consiste à unifier prioritairement des pans spécifiques du droit des affaires, tels le droit fiscal, le droit des sociétés ou le droit bancaire²³⁸⁴.

760. Cela s'explique par l'attachement de la matière contractuelle à la culture juridique nationale dont il relève. Il faut reconnaître néanmoins que les relations transnationales donnent à voir des relations contractuelles marquées par des rapports de force fortement déséquilibrés. Les décisions récentes rendues à l'encontre des plateformes *Expedia* et *Booking* en témoignent²³⁸⁵. Il faut sans doute attribuer la méfiance des instances européennes à l'égard d'une unification en matière contractuelle et concurrentielle à la place occupée par l'ordre public économique dans ces contentieux. Pour l'heure, l'unification du droit des contrats semble donc trop difficile à atteindre à l'échelle européenne. Néanmoins, à l'échelle nationale, la standardisation des contrats d'affaires opère et dessine ce que l'on pourrait désigner comme le standard de l'équilibre.

²³⁸² Site internet de l'association Henri Capitant <http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0418-pour-un-code-europeen-des-affaires>

²³⁸³ *Ibid.* « À l'heure où un sentiment d'imposition du droit européen en provenance " d'en haut " est régulièrement dénoncé, il est nécessaire de mettre en avant la possibilité du développement d'une législation par des praticiens du droit et du monde entrepreneurial, dans la même logique que celle du développement historique du droit du commerce (Lex Mercatoria) ».

²³⁸⁴ Il est assez surprenant en effet que le droit des contrats ni le droit de la concurrence ne soient cités au titre des composantes du droit des affaires par l'association Henri Capitant : « En effet, le droit des affaires regroupe plusieurs matières telles que le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit de l'exécution, le droit des entreprises en difficulté, le droit bancaire, le droit des assurances, le droit des marchés financiers, le droit de la propriété intellectuelle, le droit du commerce électronique, le droit social, ainsi que le droit fiscal ».

²³⁸⁵ Cf. *supra* n°191 et 203.

II. Le standard de l'équilibre

761. L'ordonnance du 10 février 2016 multiplie le recours aux standards juridiques²³⁸⁶. Parmi eux, plusieurs ont trait à la question du déséquilibre contractuel. Il convient donc de s'intéresser à la multiplication des standards juridiques relatifs au déséquilibre contractuel (A) avant d'envisager plus spécifiquement le déséquilibre significatif comme le standard de référence possible (B).

A. La multiplication des standards juridiques relatifs au déséquilibre contractuel

762. L'ordonnance du 10 février 2016 reprend plusieurs standards juridiques existants²³⁸⁷ dans le même temps qu'elle en propose de nouveaux²³⁸⁸. Ces standards témoignent plus profondément des valeurs supportées par un système juridique²³⁸⁹. Les standards, par leur caractère général et leur incomplétude, supposent une recherche des buts et des valeurs qui leur sont attachés²³⁹⁰. Les standards juridiques propres aux déséquilibres contractuels appellent un travail de réflexion des juges sur la valeur qu'imprime ce standard en négatif sur la matière contractuelle, sur ce que devrait être idéalement le comportement des parties, ou leur rapport d'obligations²³⁹¹. Plus exactement, ces standards se présentent comme des niveaux à atteindre, des normes de référence objectives assurant au contrat son équilibre minimal. Ces standards manifestent en effet un attachement à l'idée d'une répartition

²³⁸⁶ S. Chassagnard-Pinet, Vocabulaire, *RDC* 1^{er} sept. 2016, n° 3, p. 581 ; B. Nathalie, Le juge et les standards juridiques, *RDC* 1^{er} juin 2016, n°2, p. 394.

²³⁸⁷ C'est le cas notamment de la bonne foi, de l'ordre public, ou de la personne raisonnable.

²³⁸⁸ Art. préc. B. Nathalie qui a dénombré neuf standards juridiques dans le Code civil de 1804 contre quarante dans le Code civil issu de la réforme et plus de vingt si l'on enlève les doublons.

²³⁸⁹ T. Mliczak, Le déséquilibre significatif entre droit américain et droit français des contrats, Mémoire de Master 2, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2016, p. 24.

²³⁹⁰ D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, p. 1688 : « *A standard refers directly to one of the substantive objectives of the legal order. Some examples are good faith, due care, fairness, unconscionability, unjust enrichment, and reasonableness. The application of a standard requires the judge both to discover the facts of a particular situation and to assess them in terms of the purposes or social values embodied in the standard.* » ; R. S. Summers, « *Good faith* » in *general contract law and the sales provisions of the uniform commercial Code*, 54 *Va. L. Rev.*, 195, 1968.

²³⁹¹ Certains auteurs ont développé à partir de la décision rendue par la CJUE le 16 janv. 2014, *Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez*, aff. C- 226/12, *D.* 2014. Actu. 269, l'idée selon laquelle les standards juridiques s'apprécieraient par comparaison aux règles supplétives V. en ce sens, *RTD eur.* 2012. Chron. 666, obs. C. Aubert de Vincelles ; C. Perès-Dourdou, La règle supplétive, Thèse, LGDJ, 2004 ; C.-M. Peglion-Zika, La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2013. <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7b78847a-d9e6-4ed4-8d21-fabc0c1afbfb8>

équitable des droits et des obligations dans le contrat, et à celle d'efficacité du contrat. L'idée est donc d'insuffler de l'équilibre dans des relations qui en sont dépourvues tant pour promouvoir une certaine « morale des affaires » que pour protéger la fonction économique du contrat.

763. Cette standardisation juridique rejoint le phénomène de standardisation du support contractuel lui-même en ce qu'elle implique l'existence d'un modèle, d'une référence communément admise. Qu'il s'agisse de l'« abus » de la « dépendance économique », de « l'exécution excessivement onéreuse », de la « contrepartie convenue » ou de « l'obligation essentielle » ces standards juridiques s'intéressent tous à la gestion des déséquilibres contractuels. Le développement de ces standards peut paraître paradoxal dans la mesure où il se concilie mal *a priori*, avec l'objectif de sécurité juridique promu par la Chancellerie. C'est au demeurant parce que la cause constituait une notion trop abstraite et insaisissable, que le législateur a entendu la supprimer du Code civil. Les contextualistes Américains ont néanmoins souligné l'intérêt des standards en matière de gestion des déséquilibres contractuels²³⁹². Ces derniers ont en effet montré que le standard juridique permettait au juge « d'adopter une solution plus juste, tenant compte des faiblesses de certaines parties ».²³⁹³ Un autre courant, celui des néo-formalistes, insiste au contraire sur la nécessité de se doter de règles de droit suffisamment précises pour assurer une sécurité juridique suffisante et éviter autant que possible l'arbitraire du juge²³⁹⁴. C'est à ce même dilemme que se confrontent les indicateurs récents portant sur la matière contractuelle²³⁹⁵.

764. Il semble néanmoins qu'un argument plaide de plus en plus en faveur des standards juridiques. Il s'agit de la nécessité de recourir à un langage commun à l'échelon européen. Les standards juridiques peuvent être appréhendés comme une réponse possible à ce défi. Comme pour la standardisation des contrats, les standards juridiques répondent à la nécessité d'unifier, ou tout du moins d'harmoniser, nos règles de droit à l'échelle européenne. On

²³⁹² D. Kennedy, art. préc.

²³⁹³ M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°120, p. 153.

²³⁹⁴ Sur ce débat V. J. Braucher, *Contract versus contractarianism : The regulatory role of the contract law*, Wash. And Lee L. rev., vol. 47, issue 4, art. 2, 1990 ; W. David Slawson, *Standard form contracts and democratic control of lawmaking power*, 84, Harv. L. Rev., 529, 1971.

²³⁹⁵ Particulièrement l'Index de sécurité juridique qui s'attache à évaluer la sécurité juridique offerte aux cocontractants. Le choix des questions propres à la matière contractuelle témoigne en effet de l'imprévisibilité de certains standards pour les investisseurs. Ex : « La définition de l'ordre public suit-elle des critères aisément identifiables par les opérateurs ? »

souignera en ce sens que plusieurs des standards juridiques intégrés dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 se retrouvent dans les PDEC et le projet de cadre commun de référence²³⁹⁶. L'on ajoutera enfin que les standards juridiques tels que la bonne foi, et d'une certaine manière la cause²³⁹⁷ avaient manifesté une puissance créatrice particulièrement heureuse en matière de contrôle de l'équilibre contractuel. Cette dernière avait, par sa souplesse, su ouvrir la voie au contrôle de déséquilibres très divers²³⁹⁸. En cela, le standard juridique permet d'appréhender de nouvelles formes de déséquilibres que la règle de droit stricte n'est pas en mesure de saisir.

765. La multiplication des standards juridiques ayant trait à l'équilibre contractuel s'inscrit donc dans le phénomène plus général de standardisation du droit des contrats. La multiplication de ces standards soulève, en matière de contrôle de l'équilibre contractuel, la question d'un standard de l'équilibre. N'y a-t-il pas sous ces standards juridiques, une référence commune, un standard commun qui permette d'identifier ce que l'on est tenté de désigner comme le « standard du déséquilibre » ? Le déséquilibre significatif apparaît comme une piste fertile.

B. Le déséquilibre significatif : un standard de référence possible

766. L'existence des standards juridiques relatifs à la gestion du déséquilibre contractuel questionne sur l'existence d'un « standard du déséquilibre. » L'existence d'un tel standard semble à première lecture compromise tant il est vrai que ces outils diffèrent par leur contenu et leurs fonctions. Il a été souligné à cette fin le risque de superposition, voire de concurrence

²³⁹⁶ Pour le standard de l'état de dépendance Cf. Art. 4 : 109 PDEC et II.7 : 207, 1° du projet de cadre commun de référence. Pour le déséquilibre significatif Cf. Art. 4 : 110, 1° PDEC et 9 : 406 Projet de cadre commun de référence.

²³⁹⁷ Bien que la cause ne soit pas habituellement présentée comme un standard juridique, l'usage qui a été fait de cette notion a manifesté une certaine standardisation de la notion. Son indétermination lui a permis de s'adapter à des situations qui n'entraient pas, *a priori*, dans son champ d'application, et plus largement d'adapter le droit aux évolutions des pratiques contractuelles. V. en ce sens, Th. Génicon, *Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse*, *RDC* 2013, n° 4 p. 1321 ; D. Alland, S. Rials, *op. cit.*, « Standard », p. 1440 : « Au-delà des difficultés conceptuelles qu'il suscite, le standard rassemble les esprits les plus divers lorsqu'il s'agit de s'interroger sur son utilité. Ses fonctions peuvent être classées en deux catégories, suivant qu'elles sont techniques, c'est-à-dire qu'elles permettent l'adaptation du droit à l'évolution de la société ou idéologiques, c'est-à-dire qu'elles assurent la légitimation de solutions juridiques retenues. »

²³⁹⁸ On touche ici à ce que J.-L. Bergel appelle la faculté d'« engendrement du droit » que possède le standard, *in* Les standards dans les divers systèmes juridiques, J.-L. Bergel (dir.), Actes du 1er Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, sept. 1988, *RRJ* 1988/4.

des standards juridiques du déséquilibre²³⁹⁹. L'usage de ces standards n'est pas pour autant condamné à cette confrontation déceptive. Au contraire, l'identification des objectifs poursuivis par ces standards permet d'en faire un usage raisonné. Plus exactement, il apparaît que le déséquilibre significatif présente les critères d'un « standard du déséquilibre » de référence²⁴⁰⁰.

767. Plusieurs raisons justifient ce choix. D'une part, parce que cet outil, bien que nouveau en droit commun, existe déjà en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives où ses usages commencent à se préciser. D'autre part, parce que la généralité de ce standard et de ses conditions de mise en œuvre permet d'y fondre d'autres notions juridiques. Il a ainsi été démontré que l'article 1170 pouvait en réalité être appréhendé comme une manifestation du déséquilibre au sens de l'article 1171 du Code civil. De la même manière, l'avantage excessif visé par l'article 1195 pourrait s'entendre d'un déséquilibre significatif. Le même constat peut être fait de manière plus visible encore au sujet de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Sur les treize pratiques restrictives visées par ce texte plus de la moitié d'entre elles²⁴⁰¹ consistent en réalité à soumettre son cocontractant à un déséquilibre significatif. Deux critères alternatifs saillants ressortent au demeurant des décisions rendues par la Cour de cassation sur le fondement du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce. Celui-ci se matérialise par l'absence de réciprocité ou de commutativité de l'obligation mise à la charge d'une partie. Ce défaut de réciprocité ou de commutativité s'entend aussi bien d'un point de vue quantitatif (un avantage excessif) que qualitatif (défaut de justification du déséquilibre)²⁴⁰². Si ces deux critères ne sont à eux seuls

²³⁹⁹ Cf. *supra* n° 253.

²⁴⁰⁰ V. en ce sens, O. Deshayes, Th. Génicon, et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, LexisNexis, 2016, p.306, parlant de la notion de déséquilibre significatif : « Elle redevient par excellence un standard juridique, c'est-à-dire un concept suffisamment flou et adaptable voulu pour tenir compte précisément des circonstances et notamment des spécificités de la relation contractuelle concernée. » ; A. Dadoun, *Le spectre de l'adage « pas de nullité sans texte » en droit des contrats*, *RDC* 2018, n°1, p. 139, présente explicitement le déséquilibre significatif comme un standard.

²⁴⁰¹ On peut mettre de côté les pratiques visées par les articles L. 442-6, I, 5°, 6°, 8°, 9°, 10°, 11°, bien que cela ne soit pas si tranché.

²⁴⁰² D. Fenouillet, *Le juge et les clauses abusives*, *RDC* 2016, n°2, p. 358 : « et, pour reprendre la catégorisation des clauses abusives proposée en doctrine à partir des solutions consuméristes, le déséquilibre significatif devrait procéder, soit du défaut de commutativité, dès lors qu'il ne tient pas à la définition de l'objet principal du contrat ou à l'adéquation du prix à la prestation, soit du défaut de réciprocité des pouvoirs conférés à l'auteur du contrat, soit encore des restrictions de droit ou pouvoir imposées à l'adhérent. »

pas suffisants²⁴⁰³, ils cristallisent néanmoins le cœur de ce standard et manifestent une plasticité qui les rend adaptables à d'autres *scénarios* de déséquilibres contractuels. Cela ressort clairement des bilans annuels des décisions judiciaires civiles et pénales rendues en application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce²⁴⁰⁴. Le bilan de l'année 2016 révèle le phénomène suivant : plusieurs pratiques restrictives sont très peu²⁴⁰⁵, voire jamais²⁴⁰⁶ appliquées tandis que dans le même temps le déséquilibre significatif se présente comme la pratique restrictive de concurrence dont le taux d'application est le plus fort. L'une des explications de ce phénomène peut être trouvée dans la capacité du déséquilibre significatif à englober des déséquilibres contractuels très variés. La souplesse de ce standard permet aux parties d'échapper à la rigidité des critères posés par certaines pratiques restrictives.

768. Cela est également le cas en matière de droit de la consommation lequel a identifié sous la bannière du déséquilibre significatif plusieurs clauses qui en matérialiseraient la manifestation. C'est également ce que la jurisprudence récente rendue sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce pourrait laisser présager. Les clauses sanctionnées au terme de ces décisions constituent autant de pratiques dont on peut présumer qu'elles sont, même en dehors du cas d'espèce, porteuses d'un déséquilibre significatif²⁴⁰⁷. Cela n'exclut pas que la présomption puisse être renversée ni que cela permette de caractériser la soumission ou tentative de soumission. Mais l'on peut admettre cependant que ces deux critères alternatifs apparaissent comme des indicateurs pertinents du déséquilibre contractuel et adaptables à diverses situations. La soumission ou tentative de soumission que vient ajouter l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce au titre des conditions nécessaires

²⁴⁰³ Encore faut-il s'entendre sur le mode d'appréciation du déséquilibre : *in abstracto* vs *in concreto* - Global ou pour la clause prise isolément. Il faut également pouvoir caractériser une soumission ou tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

²⁴⁰⁴ Bilans annuels des décisions judiciaires civiles et pénales rendues en application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, réalisés par la Faculté de droit de Montpellier et disponibles sur le site internet de la CEPC.

²⁴⁰⁵ Bilan *op. cit.* année 2016, p. 3 : « Ne font l'objet d'aucune application : Art. L. 441-7 sur la coopération commerciale ; Art. L. 441-2-1 sur les remises, rabais et ristournes en matière de produits agricoles ; Art. L. 442-6, I, 7° sur l'imposition d'une clause de révision ou de renégociation du prix par référence à un indice sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services objets de la convention ; Art. L. 442-6, I, 8° sur l'abus dans le retour de marchandises ou l'application de pénalités, Art. L. 442-6, I, 10° sur le refus de mentionner l'identité du fabricant sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur ».

²⁴⁰⁶ Bilan *op. cit.*, p. 3 : « Sont très faiblement appliqués : Art. L. 441-6 sur la communication des CGV ; Art. L. 442-2 sur la revente à perte ; Art. L. 442-5 sur l'imposition d'un prix de revente ; Art. L. 442-6, I, 1° sur l'octroi d'avantage sans contrepartie ; Anc. article L. 442-6, I, 1° C. com. sur les pratiques discriminatoires ; Art. L. 442-6, I, 3° sur l'obtention d'avantage préalable à la commande ; Art. L. 442-6, I, 4° sur la menace de rupture ; Art. L. 442-6, I, 6° sur la participation aux rétrocessions hors réseau ; Art. L. 442-6, I, 7° sur les conditions abusives de règlement ; Art. L. 442-6, I, 9° sur le défaut de communication des CGV ; Anc. article L. 442-6, I, 2°, b) C. com. sur l'abus de dépendance ».

²⁴⁰⁷ Cf. *supra* n° 196.

à la sanction de cette pratique, peut être appréhendée comme un critère supplémentaire répondant à la nécessité de sanctionner un comportement fautif.

769. Dans le même sens, le déséquilibre significatif peut s'entourer de certaines prescriptions légales quant à son objet. L'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil dispose ainsi, comme en matière consumériste²⁴⁰⁸, que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation », tandis que le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne distingue pas la nature de ce déséquilibre de sorte que celui-ci peut porter à la fois sur les droits des parties, et sur la valeur²⁴⁰⁹ des obligations. La Cour de cassation a souligné en ce sens que « La similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés²⁴¹⁰ ». C'est donc une similitude sans confusion que permettrait le déséquilibre significatif. Standard juridique malléable, le déséquilibre significatif pourrait se doter de spécificités propres aux objectifs que lui assigne le législateur sans pour cela perdre de sa substance. Partant de ce constat, le déséquilibre significatif ne présenterait plus les signes de l'insécurité juridique, mais pourrait au contraire incarner un standard de l'équilibre prévisible et stable.

770. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel révèle donc la fonction normative du contrat. Ce dernier se présente en effet comme un outil normatif d'organisation et de standardisation des échanges. Si l'enjeu économique de ce phénomène s'explique facilement, la justification juridique, elle, s'offre moins aisément. La standardisation contractuelle présente en effet des limites fonctionnelles qui tiennent en partie aux auteurs de ce

²⁴⁰⁸ Art. L. 212-1 alinéa 3 C. consom. : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »

²⁴⁰⁹ CA Paris, 23 mai 2013, *SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté IKEA Supply AG*, Min. Économie, Industrie et Emploi, n° 12/01166, CCC 2013. n° 208, obs. Mathey.

²⁴¹⁰ Com. 25 janv. 2017, n°15-23547, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00135, *Sté Galec-groupe d'achats des centres Leclerc c/ Ministre de l'Économie*, PB (rejet pourvoi c/ CA Paris, 1er juill. 2015), M. Louvel, prés. ; SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Monod, Colin et Stoclet, av. : *D.* 2017, p. 481, note Buy F. ; *JCP G* 2017, doct. 255, note M. Behar-Touchais.

phénomène. Issus de la pratique des pouvoirs privés économiques, la standardisation présente un risque d'abaissement du niveau de protection offert aux parties, que seule une harmonisation de la matière à l'échelle européenne semble pouvoir empêcher.

Section 2 : Les limites fonctionnelles de la standardisation contractuelle

771. La standardisation contractuelle est pétrie d'impératifs de natures différentes. Motivée par la fluidification des échanges et la confiance dans le marché européen, la standardisation s'attache dans le même temps à ménager les effets produits par les excès de la libre concurrence²⁴¹¹. Ces impératifs se concilient avec difficulté et appellent un travail de clarification. La lutte de pouvoirs privés économiques pour l'édification des normes et des standards (§1) justifie ainsi la mise en œuvre d'un droit des pratiques restrictives harmonisé (§2).

§1. La lutte des pouvoirs privés économiques

772. Le processus par lequel des pouvoirs privés économiques²⁴¹² organisent les marchés sur lesquels ils opèrent, fait apparaître un phénomène de lutte pour l'imposition des standards contractuels. Parce que ces standards constituent des enjeux économiques stratégiques²⁴¹³, les acteurs de la lutte que sont les pouvoirs privés économiques (I) tendent à faire de ces standards des normes juridiques à part entière (II).

I. Les acteurs de la lutte : les pouvoirs privés économiques

773. Le phénomène de standardisation démontre s'il en était besoin la particulière vitalité des pouvoirs privés économiques en matière contractuelle²⁴¹⁴. On ne dressera pas ici une liste

²⁴¹¹ L. Boy, L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, Pluralisme juridique et efficacité du droit économique, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 4.

²⁴¹² On doit la paternité de cette expression à G. Farjat, Pour un droit économique, PUF, 2004, p. 68 ; Les pouvoirs privés économiques, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2001, p. 613.

²⁴¹³ M. Favero art. préc.

²⁴¹⁴ G. Farjat, Droit économique, PUF, coll. Thémis, 2^e éd. 1982, p. 119 : « De simples personnes privées disposent d'un pouvoir de décision unilatéral, analogue sur le plan « matériel » à celui de la puissance

exhaustive de ces acteurs, mais l'on choisira d'insister plus particulièrement sur les pouvoirs privés économiques émergents que sont les opérateurs de plateforme (A), lesquels fournissent une illustration topique des risques d'accaparement du droit par ces acteurs (B).

A. Le cas des opérateurs de plateforme

774. Les opérateurs de plateforme présentent tous les attributs contemporains des pouvoirs privés économiques. Globaux, numériques et systémiques, ces opérateurs parviennent au moyen de leurs propres standards à créer et organiser des marchés émergents²⁴¹⁵ dans le même temps qu'ils renouvellent les services marchands traditionnels²⁴¹⁶. Définis depuis la loi du 7 octobre 2016 pour une république numérique à l'article L. 111-7 du Code de la consommation²⁴¹⁷, ces opérateurs couvrent un champ d'application très large et appréhendent aussi bien les moteurs de recherche, que les réseaux sociaux, les places de marché, les comparateurs de prix ou les plateformes de l'économie dite collaborative²⁴¹⁸. Les plateformes peuvent être définies comme « des interfaces d'intermédiation ouvertes, sur lesquelles les fournisseurs et les clients se retrouvent virtuellement. Elles proposent une offre qui peut porter sur des échanges économiques (place de marché d'*Amazon*) et/ou des interactions sociales (*Twitter* ou *Instagram*). La plupart des plateformes sont bifaces, avec d'un côté la demande, les utilisateurs, et de l'autre l'offre, les fournisseurs ». ²⁴¹⁹ Les opérateurs de

publique » ; du même auteur, Les pouvoirs privés économiques, *in* Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2001, p. 613.

²⁴¹⁵ J. Huet, La problématique juridique du commerce électronique, *RJ com.* 2001, 1^{er} janv. (n° spéc.), p. 19, l'auteur retient trois caractéristiques du commerce électronique : immatérialité, interactivité et internationalité. « Ce qu'il importe de souligner, néanmoins, est qu'en décidant de commercer sur la Toile, on exerce une activité qui est susceptible de toucher, par définition même, les publics de tous les pays du monde, et qu'on ne peut pas prétendre en limiter la portée à une ville, une région ou un pays ».

²⁴¹⁶ B. Deffains, Les relations commerciales à l'heure du numérique, Colloque de la CEPC du 13 oct. 2016, la CEPC fête ses 15 ans https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/cepc-13-10-2016-Table-ronde-numero2.pdf On citera à titre d'exemple le marché des taxis, celui des auto-écoles, celui de l'hôtellerie.

²⁴¹⁷ Art. L. 111-7 C. consom. : « I. Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »

²⁴¹⁸ Étant précisé que certains opérateurs cumulent ces aspects. C'est le cas de *Booking* ou d'*Expedia* qui sont à la fois des opérateurs de mise en relation, des moteurs de recherche et des comparateurs de prix.

²⁴¹⁹ Etude annuelle 2017 du Conseil d'Etat - Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation », Sept. 2017, Consultable sur le site internet de la documentation française (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>) p. 26.

plateforme se livrent à un travail d'« appariement²⁴²⁰ ». Ils procèdent en effet, au moyen d'enquêtes et d'investigations, à la rencontre de l'offre et de la demande de manière rationalisée. Ces opérateurs opèrent en ce sens comme des marchés autonomes.²⁴²¹

775. L'exemple des plateformes que sont *Airbnb*, *Booking* ou *Expedia* est particulièrement parlant. Ces opérateurs de plateforme ont fait émerger des marchés d'échelle mondiale²⁴²² dont ils ont intégralement organisé les rapports contractuels au moyen de leurs propres standards. Les sociétés *Booking* et *Expedia* ont ainsi façonné la contractualisation du marché biface de la réservation de nuitées en ligne, au moyen de conditions générales quasi identiques. On y retrouvait ainsi des clauses de parité tarifaire, des clauses « de la dernière chambre disponible », des clauses de propriété intellectuelle, des clauses de classement, des clauses de marketing direct qui étaient autant de facteurs d'organisation du marché amont mettant en relation la plateforme avec les établissements hôteliers. Les particularités de ces plateformes peuvent être décrites de la manière suivante : « effet de réseau, prime au premier arrivé, marché biface ou multiface, intégration verticale, accumulation d'un capital immatériel : les données et enfin une taille dite critique couplée à une dimension internationale »²⁴²³. La puissance de ces opérateurs tient au fait que ces particularités viennent ici s'ajouter les unes aux autres, conférant à ces plateformes « un pouvoir de marché sans égal et donc une domination persistante, voire relativement irréversible, jusqu'au prochain choc technologique »²⁴²⁴.

²⁴²⁰ M. Callon, *L'emprise des marchés. Comprendre leur fonctionnement pour pouvoir les changer*, Éditions de la découverte, 2017, p. 222.

²⁴²¹ M. Callon, *op. cit.* p. 222 : « [...] la rencontre entre une multitude d'offres et de demandes différentes, aux profils diversifiés, ne vas pas de soi. Un marché, c'est aussi, c'est d'abord un dispositif qui organise les rencontres, organisation qui consomme beaucoup d'énergie et de ressources. » V. Peter A. Diamond, Dale T. Mortensen et Christopher A. Pissarides pour leurs travaux sur les marchés avec des frictions de recherche, et le prix Nobel qui les a récompensés. Pour un article présentant les travaux de ces auteurs V. E. Wasmer, *Le prix Nobel 2010 : les marchés frictionnels*, *Revue d'économie politique*, 2011/5, pp. 637-666.

²⁴²² La société Booking.com est située en Europe, en Asie, en Amérique du Nord, du Sud, en Amérique centrale et dans les Caraïbes, au Moyen Orient en Afrique et en Océanie.

²⁴²³ P. Reis, *Économie collaborative, plateformes d'intermédiation numériques et droit de la concurrence*, in *Quelles régulations pour l'économie collaborative ? Un défi pour le droit économique*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2017, pp. 145-158.

²⁴²⁴ Audition du 7 juill. 2015 de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, sur la régulation et la loyauté des plateformes, compte rendu n° 15 de la commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique.

776. Cette standardisation privée souligne le phénomène de « privatisation du droit²⁴²⁵ » à l'œuvre sur ces marchés. Le standard n'étant pas défini par des institutions publiques nationales ou européennes, l'intérêt général est substitué par les intérêts privés des pouvoirs en présence²⁴²⁶. À titre d'exemple, les plateformes appartenant au groupe *Priceline*²⁴²⁷ ont généré en 2016 un chiffre d'affaires estimé à 68,1 milliards de dollars. Ces opérateurs de plateforme suscitent des craintes légitimes en matière de concurrence pour plusieurs raisons. Les communautés d'utilisateurs sur lesquels ils reposent et les effets de réseaux²⁴²⁸ en présence favorisent la tendance à la concentration de ces entreprises dans le même temps qu'elles renforcent les positions dominantes des plus gros opérateurs²⁴²⁹.

777. Un autre facteur semble encore amplifier la puissance de ces opérateurs. Il s'agit de la « plateformisation » de moteurs de recherche tels que *Google*. Cette « plateformisation » désigne l'adjonction d'une composante place de marché ou « *market place*²⁴³⁰ » aux moteurs de recherche existants. *Google* a ainsi créé en 2013 la plateforme *Google Express* dans le but de concurrencer la plateforme d'*Amazon fresh*. Cette « multiplateforme » puisque c'est ainsi que l'on est tenté de la nommer, s'appuie sur des distributeurs reconnus pour concurrencer à terme l'ensemble des réseaux de distribution alimentaire traditionnels. À cette fin, la plateforme *Google Express* s'est associée à *Walmart*, premier distributeur mondial au mois

²⁴²⁵ I. Desbarats, De la normalisation en matière sociale, *LPA* 15 juillet 2003, n°140, p. 4 ; C.-A. Morand, La contractualisation du droit dans l'État providence, in Normes juridiques et régulation sociale, (sous la dir. de F. Chazel et J. Commaille), LGDJ, 1991, p. 155 : « On assiste sur le plan du processus de décision à la mise en place de deux circuits de production de normes, qui sont gouvernés par des règles très différentes [...] L'un est régi par les règles démocratiques. Il suppose des élections libres et un débat public comportant une certaine transparence. L'autre n'implique pas de garanties démocratiques et se déroule dans le champ clos des intérêts. »

²⁴²⁶ Ph. Kahn, Les réactions des milieux économiques, in *L'illicite dans le commerce international*, sous la direction de Ph. Kahn, C. Kessedjian, Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 1996, p. 477 qui se demande « si les opérateurs ne sont pas amenés de leur propre mouvement à élaborer des règles impératives et à renoncer aussi à la soi-disant neutralité de leurs opérations. En d'autres termes, existe-t-il une notion d'ordre public dont l'origine, la conception et les limites seraient d'ordre professionnel à l'intérieur de laquelle se dessinerait une conception spécifique de l'illicite ? ».

²⁴²⁷ Priceline est la société mère qui regroupe notamment *Booking.com*, *Kayak*, *Rentalcars*, *OpenTable*. Le chiffre d'affaires est en constante augmentation, celui réalisé en 2015 étant estimé à 55,5 milliards de dollars. <https://www.artiref.com/commercialisation-hotel/chiffres-2016-de-priceline-booking.html>

²⁴²⁸ Cf. *supra* n°714.

²⁴²⁹ B. Deffains art. préc.

²⁴³⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, L'incidence de la loi *Macron* sur le droit contractuel de la consommation, *RDC* 1^{er} mars 2016, n°1, p. 97. Il s'agit de l'activité « qui consiste, pour un opérateur, à réserver à d'autres vendeurs indépendants des espaces de vente, en leur faisant profiter des fonctionnalités de sa plateforme de commerce électronique sous condition du versement d'une commission sur les ventes réalisées ». C'est le cas d'*Amazon* ou d'*Airbnb* ou *Booking.com*. On distingue ainsi les plateformes collaboratives qui mettent en relation des consommateurs ou des non professionnels entre eux, des « *market places* » qui mettent en relation des vendeurs ou prestataires professionnels avec des clients, consommateurs ; V. aussi, F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, Droit de la distribution, LGDJ, 2017, n°242 ? p. 286. Sur les déséquilibres contractuels mis en évidence chez certaines *market places* et particulièrement *Amazon* Cf. *supra* n° 10.

d'août 2017²⁴³¹, dans le même temps qu'*Amazon* s'est associé au géant de la distribution de produits biologiques outre-Atlantique, la société *Whole Foods*²⁴³². Cette association est particulièrement préoccupante dans la mesure où les contrats passés entre les distributeurs et la place de marché pourraient constituer à terme un passage obligé pour les distributeurs et leurs fournisseurs.

778. Si le contrat est par définition le lieu de la poursuite d'intérêts privés, le problème se pose différemment lorsque ces intérêts finissent par s'imposer comme une norme. Le risque d'accaparement du droit par ces opérateurs apparaît bien réel et suppose pour le contrer, d'user d'outils juridiques puissants.

B. Le risque d'accaparement du droit par les opérateurs de plateforme

779. Si le législateur comme le juge se sont saisis des risques de la standardisation privée du droit, c'est au moyen de la promotion d'un ordre public économique seul susceptible d'empêcher ces entreprises globales de s'accaparer la production normative dans leur domaine. Plus exactement, ces pouvoirs privés économiques de dimension mondiale intègrent systématiquement dans leurs contrats des clauses portant application d'un droit dont le niveau de protection des parties est plus faible que celui existant en France. Cette « déterritorialisation²⁴³³ » des rapports juridiques traduit le phénomène de dissolution du droit au profit de standards privés²⁴³⁴. La stratégie d'évitement juridique de ces opérateurs, ajoutée à la standardisation de leurs relations contractuelles, crée un véritable risque d'accaparement de la création normative. Il ne s'agit pas seulement de constater un « déplacement des sources du droit vers les pouvoirs privés économiques²⁴³⁵ », mais de faire le constat d'une appropriation de la production normative. Le support dématérialisé que constitue Internet

²⁴³¹ Le Monde, 23 Août 2017, « Face à *Amazon*, *Walmart* s'allie avec *Google* dans le commerce en ligne ».

²⁴³² La Tribune, 16 janv. 2018, « *Amazon* profite déjà du rachat de l'enseigne bio *Whole Foods* ».

²⁴³³ Etude annuelle 2017 du Conseil d'Etat - Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation », Sept. 2017, Consultable sur le site internet de la documentation française (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>) p. 15.

²⁴³⁴ J. Chevallier, L'État post-moderne, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 41 : « Les firmes multinationales sont devenues tout d'abord des acteurs à part entière de la vie internationale, présents au cœur même du nouvel ordre transnational et dont les stratégies interagissent avec celles des États. Les rapports que ces firmes entretiennent avec les États sont complexes : déployant une stratégie globale, conçue à l'échelle mondiale, ces firmes tendent à ignorer les frontières étatiques et à construire des dispositifs de régulation de leurs relations mutuelles indépendants de l'intervention étatique ».

²⁴³⁵ L. Boy, Normes, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>

amplifie bien entendu le risque en question dans la mesure où il minimise tout rattachement physique de ces opérateurs à un territoire national donné²⁴³⁶. Il a donc fallu au législateur comme au juge, revendiquer la présence d'un intérêt général supérieur justifiant l'application de règles de droit français pour venir sanctionner ces contrats. L'un des enjeux a consisté, nous l'avons vu, à élargir le domaine des lois de police afin de mettre en échec les clauses portant application d'un droit étranger²⁴³⁷. Parallèlement, le législateur a distillé les marqueurs de l'ordre public économique en identifiant certaines clauses et pratiques contraires à ce dernier. Seuls ces outils semblent en mesure de limiter le phénomène d'accaparement de la création normative produit par ces opérateurs d'un nouveau genre. Ces dispositifs témoignent en cela d'une spécialisation de l'État dans sa fonction de protection du marché.

780. La lutte des pouvoirs privés économiques ainsi identifiés se manifeste en pratique par le développement de standards juridiques privés dont l'intégration dans notre système juridique n'est pas sans soulever des interrogations.

II. Les standards juridiques privés : des normes à part entière

781. Les standards juridiques façonnés par les pouvoirs privés économiques posent la question de leur intégration dans notre système juridique (A) dans le même temps qu'ils révèlent une mise en concurrence des normes elles-mêmes (B).

A. L'intégration des standards juridiques privés dans le système juridique

782. Les standards privés contractuels présentent tous les aspects d'une norme juridique autonome. Leur intégration dans le système juridique n'est pourtant pas acquise. La question se pose en matière contractuelle lorsque les pouvoirs économiques privés standardisent des conventions dont la qualification juridique leur permet d'échapper aux règles impératives

²⁴³⁶ Ces sociétés sont physiquement peu présentes. Alors que la France est le deuxième marché de l'opérateur de plateforme *Airbnb* celui-ci n'emploie paradoxalement que très peu de salariés sur le territoire français. La SARL *Airbnb France* compte un effectif de 20 à 49 salariés <https://www.societe.com/societe/Airbnb-france-750885410.html>

²⁴³⁷ T. com. Paris, 7 mai 2015, Min. de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique c/ *Expedia Inc* et a. obs. G. Loiseau, *CCE* n°7, juill. 2015, comm. 58. G. Loiseau. V. aussi dans le même sens T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Économie et des Finances et autres / Société *Booking.com B.V* et Société *Booking.com France*) ; CA Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784.

générales et spéciales applicables à ces conventions. Cela suppose donc de s'attarder sur le travail de requalification de ces conventions (1), et les limites de celui-ci (2).

1. La requalification des conventions-standards

783. La requalification des conventions-standards est la conséquence d'une stratégie d'« évitement juridique²⁴³⁸ » (a), que l'opération de requalification s'emploie à renverser (b).

a. La stratégie d'« évitement juridique » des pouvoirs privés économiques

784. Si la plupart des conventions standards d'origine privée reposent sur une qualification juridique réaliste, certaines d'entre elles choisissent volontairement d'éviter de procéder à une telle opération de qualification²⁴³⁹. Cela s'explique par la dimension mondiale des opérateurs qui agissent ainsi et dont les standards juridiques doivent, en conséquence, s'adapter à la diversité des systèmes juridiques des États dans lesquels l'opérateur est implanté. Les conventions-standards se doivent donc d'être « facile [s] et claire [s]²⁴⁴⁰ » pour bénéficier d'une diffusion à grande échelle. Mais cela s'explique également par le rapport qu'entretiennent ces opérateurs au droit, et particulièrement à la matière contractuelle. Là encore, les conventions standardisées par les opérateurs de plateforme peuvent être utilisées à titre d'exemples. Le contrat passé entre *Airbnb* et ses utilisateurs suscite en effet des débats doctrinaux très riches cherchant à identifier la véritable qualification de ces conventions²⁴⁴¹. Certains auteurs y décèlent une stratégie « d'évitement juridique²⁴⁴² ». Cette stratégie se manifeste par une forme de travestissement contractuel consistant à faire disparaître le contrat sous les traits de « conditions générales » et autres « chartes » s'appliquant indifféremment à une communauté d'utilisateurs²⁴⁴³. Il faut souligner en ce sens que l'apparition du terme

²⁴³⁸ L. D. Godefroy, Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers, *D.* 2015, p. 2513.

²⁴³⁹ C. Serlooten *op. cit.* n°228, p. 167.

²⁴⁴⁰ C. Serlooten *op. cit.* n°229, p. 168.

²⁴⁴¹ *Ibid.*

²⁴⁴² Art. préc. L. D. Godefroy ; G. Loiseau, Le contrat électronique, l'indigent du droit des contrats, *CCE* sept. 2016, étude 15 ; J. Sénéchal, La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats, *AJCA* 2016, p. 79 (1^{ère} partie) et p. 141 (2^e partie) ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 8^e éd., 2016, n°665 ; E. Mouial Bassilana, F. Jacomino art. préc.

²⁴⁴³ G. Smorto, *Protecting the weaker parties in the platform economy*, *Cambridge Handbook on law and regulation of the sharing economy*, 2018, pp. 11-12.

contrat dans les conditions générales d'*Airbnb* est à la fois récente et exceptionnelle²⁴⁴⁴. La présentation formelle du contrat est elle-même ambiguë. La convention se présente en effet comme un corpus de textes²⁴⁴⁵ : « Conditions de service », « politique de non-discrimination », « conditions de services relatives au paiement », ou bien encore « charte relative aux droits de propriété intellectuelle ». Ces termes vagues créent une « zone d'incertitude et d'indétermination »²⁴⁴⁶ du contrat. L'on est plus proche ici de que l'on pourrait désigner comme des « clauses-contrats » qui désignent la convention dont l'ossature formelle est constituée par l'agencement de clauses ponctuelles²⁴⁴⁷. Ces contrats opèrent un renversement du modèle contractuel traditionnel. Les obligations caractéristiques des parties ne constituent plus le cœur du contrat, mais son accessoire, la substance contractuelle étant occupée par les conditions d'utilisation qui régissent les rapports des utilisateurs de la plateforme entre eux et avec l'opérateur. Le contrat est en effet repoussé à la marge par ces opérateurs, lesquels tendent à instaurer un ordre juridique de la plateforme plus que des conventions²⁴⁴⁸. Ce changement de paradigme rend donc difficile l'identification d'une qualification contractuelle adaptée à ce nouveau modèle.

785. De manière plus significative, le contrat en lui-même n'est jamais qualifié si ce n'est par voie d'exclusion²⁴⁴⁹. L'opérateur de plateforme prend soin d'écarter un certain nombre de qualifications juridiques sans pour cela choisir d'en appliquer une positivement à la

²⁴⁴⁴ Cela vaut pour le terme de contrat comme pour celui de convention. Jusqu'à la mise à jour des « conditions de service » de la plateforme le 20 juin 2017, le terme de contrat apparaissait de manière exceptionnelle, l'opérateur privilégiant le terme d'« accord » pour désigner celui-ci. Cela fait suite aux obligations créées par l'article L. 111-7, II, C. consom. : « Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels. »

²⁴⁴⁵ Les conditions générales d'*Airbnb* sont composées au total de neuf textes différents.

²⁴⁴⁶ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 144.

²⁴⁴⁷ M. Mekki, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2nd partie) : l'efficacité des clauses contractuelles*, *RDC* 2007, n°2 p. 239. Du même auteur, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2008, pp. 228-247.

²⁴⁴⁸ Cf. *supra* n° 715.

²⁴⁴⁹ Art. 1.2 des conditions de service d'*Airbnb* : « Lorsque des Membres font ou acceptent une réservation, ils concluent un contrat entre eux directement. Airbnb n'est pas et ne devient pas partie à un quelconque contrat passé entre des Membres, n'est pas impliqué dans la relation contractuelle entre des Membres et n'est ni courtier immobilier ni assureur. *Airbnb* n'agit pas en qualité de mandataire d'un quelconque Membre, sauf comme le prévoient les Conditions de paiement. »

convention²⁴⁵⁰. Les débats doctrinaux se sont ainsi penchés et se penchent toujours sur la qualification juridique applicable à ce contrat. Si l'opérateur de plateforme ne qualifie pas juridiquement cette convention-standard, le juge qui aurait à connaître demain d'un contentieux relatif à sa formation, son exécution ou sa rupture devra nécessairement se pencher sur la question.

b. L'opération de requalification juridique des conventions-standards

786. La qualification juridique de ces conventions-standards incombera en pratique au juge. C'est lui en effet qui procédera à l'intégration de ces conventions dans notre système juridique en identifiant le type de contrat auquel ces standards correspondent²⁴⁵¹. Cette opération de requalification ou plus probablement de qualification²⁴⁵², est fondée sur l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile lequel oblige le juge à « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. » Le juge a donc l'obligation de redonner une qualification juridique exacte aux contrats improprement dénommés²⁴⁵³, ou d'en donner une à ceux qui n'en sont pas dotés. L'enjeu de la requalification est particulièrement important dans la mesure où il s'agit de déterminer les règles applicables au contrat « en sus de celles du droit commun »²⁴⁵⁴. Cette opération est d'autant plus sensible qu'elle s'inscrit dans un contexte de « dilution des catégories²⁴⁵⁵ » contractuelles au profit de figures *sui generis*.

²⁴⁵⁰ G. Smorto, art. préc.

²⁴⁵¹ A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, Thèse Aix-Marseille, 1992, n°3 : « Le contrat existe parce que le juge le reconnaît ».

²⁴⁵² L'exemple d'*Airbnb* a permis de montrer que la stratégie d'évitement de certains opérateurs de plateforme consistait précisément à ne pas opter pour une qualification juridique.

²⁴⁵³ Pour des exemples de requalification de contrats en contrats de distribution : Cf. CA Paris, 5 ch., section B, 9 avril 2009, RG n° 08/07996 requalifiant un contrat de commission-affiliation en contrat d'agent commercial ; CA Paris, 5 ch., section B, 8 avril 2009, inédit requalifiant un contrat de gérance mandat en contrat de travail. V. aussi T. com. Paris, 13^e ch., 29 mai 2012, n° J2011000456, pour la requalification d'un contrat de licence d'exploitation en contrat d'entreprise.

²⁴⁵⁴ M. Fabre-Magnan, Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016, n°177, p. 205.

²⁴⁵⁵ E. Savaux, La dilution des catégories, in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil, sous la dir. de G. Pignarre, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 33 et s. Terme emprunté à M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD civ.*, 1964, p. 5 et s., spéc. n° 27, p. 46.

787. La question de la requalification des contrats passés par les opérateurs de plateforme s'est posée s'agissant des opérateurs de plateforme qui mettent en relation des transporteurs et des particuliers. Les décisions rendues pour l'heure n'opèrent la requalification des contrats litigieux en contrats de travail qu'à certaines conditions²⁴⁵⁶. La question pourrait dépasser néanmoins le simple cadre de la requalification en contrat de travail. On pense notamment aux contrats conclus par la plateforme *Airbnb* dont on peine à identifier la qualification juridique adaptée. Certains auteurs ont tenté de rapprocher ce contrat de figures contractuelles connues avec une préférence pour le contrat de courtage²⁴⁵⁷. Cette qualification est celle qui se rapproche le plus de l'activité de l'opérateur de plateforme de l'économie collaborative sans pour cela être pleinement satisfaisante, dans la mesure où la relation entre l'hébergeur et l'hôte semble en réalité intégrée et façonnée par les termes du contrat passé entre ces parties et la plateforme²⁴⁵⁸. Qui plus est, l'opérateur-courtier bénéficie ici d'un pouvoir exorbitant de sanction à l'encontre de ses cocontractants²⁴⁵⁹.

788. L'opération d'intégration du standard dans notre système juridique suppose que le juge redonne au contrat la qualification juridique qui lui appartient. Cela suppose d'identifier la substance des prestations de chacune des parties et leurs modalités de mise en œuvre. La Cour de cassation a rappelé en ce sens que la requalification d'un contrat en contrat de travail supposait la caractérisation d'un lien de subordination entre les parties²⁴⁶⁰. Ce travail de qualification n'exclut pas la volonté des parties²⁴⁶¹, mais il apparaît, pour le cas des conventions standards tout au moins, que la volonté des parties ne s'y exprime pas de manière

²⁴⁵⁶ V. notamment, CA Paris, 7 janv. 2016, n° 15/06489, À l'exception de Cons. prud'h. Paris, 20 déc. 2016, n° 14/11044, obs. O. Rupp, *Les Cahiers Sociaux*, 1^{er} févr. 2017, n°293, p. 61 procédant à la requalification en contrat de travail compte tenu du pouvoir de sanction de l'employeur (résiliation du contrat en cas de connexion insuffisante) et l'absence de liberté du chauffeur VTC qui était soumis à une clause d'exclusivité.

²⁴⁵⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.* n°539. Dans le même sens L. Duong Godefroy art. préc.

²⁴⁵⁸ On pourrait y voir une forme de courtage assorti d'une clause de ducroire par laquelle le courtier « se porte garant de l'exécution du contrat par une partie au profit de l'autre, voire au bénéfice de ses deux clients, généralement contre une rémunération spéciale » Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz référence, 2014-2015, 8^{ème} éd., p. 326, n°6.128 ; W. Dross, Clausier, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne privé*, Litec, 2008, p. 153 : « Largement entendue, la clause de ducroire consiste pour une personne, appelée ducroire, à se porter garant vis-à-vis de son cocontractant de la bonne fin d'une opération que celui-ci mènera avec un tiers. » Pour un exemple d'application dans un contrat de courtage : Com. 27 oct. 2009, n°08-10.391, NP, *JCP E* 2010, n°5, 111, note N. Dissaux.

²⁴⁵⁹ Art. 15.1 des conditions d'utilisation d'*Airbnb* : « En outre, *Airbnb* peut prendre l'une quelconque des mesures suivantes [...]refuser d'afficher, supprimer ou retarder la publication des Annonces, Notations, Commentaires ou autre Contenu des Membres ; annuler des réservations en cours ou confirmées ; limiter votre utilisation de ou votre accès à la Plateforme *Airbnb* ; révoquer temporairement ou définitivement un statut spécial associé à votre Compte *Airbnb* ; ou suspendre temporairement ou, en cas d'infractions graves et répétées, définitivement, votre Compte *Airbnb*. »

²⁴⁶⁰ Cass. 2^{ème} civ., 7 juill. 2016, n°15-16110, PB, obs. G. Loiseau, *RDC* 1^{er} déc. 2016, n°4, p. 730.

²⁴⁶¹ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, LGDJ, 1957, pp. 199-204.

suffisamment singulière pour y déceler un indice pertinent. La difficulté du travail de qualification de ces conventions tient au fait que l'activité même de ces opérateurs se présente comme nouvelle. Dans cette perspective, la requalification du contrat apparaît limitée.

2. Les limites de l'opération de requalification

789. La requalification ou la qualification des conventions-standards étudiées dépend, nous l'avons vu, de l'identification préalable des prestations caractéristiques²⁴⁶² des parties. C'est au regard de celles-ci qu'il est ensuite possible de rattacher la convention à un contrat nommé existant. L'opération n'est toutefois pas toujours possible²⁴⁶³. Elle l'est d'autant moins lorsque les prestations sont sans précédent. Deux voies s'ouvrent donc ici : la première consiste à opérer un rattachement forcé de la convention à un contrat nommé ou à procéder au rattachement de la convention à un panachage de contrats²⁴⁶⁴, tandis que la deuxième consiste à prendre acte de la spécificité de l'opération contractuelle envisagée en renonçant à tout rattachement de la convention à un ou plusieurs contrats nommés.

790. Les contrats innommés désignent des opérations complexes empruntant leurs traits à plusieurs types de contrats. La qualification par panachage permet donc de rattacher une même convention à plusieurs contrats nommés selon les obligations envisagées. Cette solution n'est toutefois pas pleinement satisfaisante, car elle suppose d'identifier une règle de distribution des règles applicables aux différentes obligations, laquelle est très incertaine en pratique²⁴⁶⁵. La deuxième voie permet donc d'éviter cet écueil en faisant tomber le contrat dans le champ du droit commun²⁴⁶⁶. On parle alors de contrat *sui generis*²⁴⁶⁷. Le législateur se

²⁴⁶² M.-E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, Thèse, Paris 1, 2000.

²⁴⁶³ V. notamment en matière de contrat de coffre-fort des décisions ayant refusé la qualification de contrat de dépôt et celle de contrat de louage. T. civ. Seine, 21 juill. 1901 : *DP* 1902, 2, jurispr. p. 28. – CA Paris, 1^{re} ch. B, 19 avr. 1984 : *JCP G* 1985, II, 20367, obs. J. Prévault ; *JCP E* 1985, II, 14491 ; *D.* 1985, inf. rap. p. 345, obs. M. Vasseur ; *RTD civ.* 1985, p. 455, n° 16, obs. R. Perrot ; *RTD com.* 1985, p. 547, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *JCP G* 1986, I, 3265, n° 157, chron. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; *Journ. not.* 1985, art. 58109, p. 523, note critique Sallé de la Marnierre. – CA Paris, 1^{re} ch. B, 9 oct. 1986 : *D.* 1987, somm. p. 304, obs. Vasseur ; *RTD civ.* 1987, p. 568, obs. Ph. Rémy ; *Com.* 11 oct. 2005, n° 03-10.975, Crédit Lyonnais c/ Serin, obs. P. Puig, *RDC* 1^{er} avr. 2006, n°2, p. 422.

²⁴⁶⁴ Le contrat peut en effet se rattacher par certaines prestations à un contrat nommé X et par d'autres à un contrat nommé Y. Dans ce cas on applique le régime des contrats X ou Y en fonction de la prestation envisagée.

²⁴⁶⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*. 1. L'acte juridique, Sirey, 16^e éd. 2014, n°89, p. 79.

²⁴⁶⁶ M. Painchaux, La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? *RRJ* 2004-3, pp. 1567-1581.

montre toutefois prompt à réglementer ces conventions de telle sorte que ces dernières ne se trouvent guère longtemps sans réglementation spécifique. Ce pourrait être prochainement le cas pour les contrats passés par l'opérateur de plateforme *Airbnb* et ses utilisateurs. Le législateur multiplie en effet les obligations tant à l'encontre de l'opérateur que des hôtes²⁴⁶⁸. Des obligations fiscales spécifiques²⁴⁶⁹, ainsi que des obligations de déclaration du logement en Mairie²⁴⁷⁰ ont été mises à la charge des hôtes tandis que les opérateurs de plateforme se voient aussi imposer de nombreuses obligations²⁴⁷¹. Il est difficile pour l'heure de dire si la convention de plateforme sera à terme elle aussi réglementée. Le contrat de plateforme ne se laisse pas saisir aisément par les modèles contractuels existants. Ce « métacontrat²⁴⁷² » désignant la convention passée par l'opérateur de plateforme dans le cadre de ses activités se révèle pluriel et peu propice à l'apposition des figures contractuelles traditionnelles. Si l'intégration des standards d'origine privée dans notre système juridique est pour le moins erratique, elle témoigne d'un phénomène plus profond, à savoir la mise en concurrence des normes elles-mêmes.

²⁴⁶⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Lextenso, 8^e éd. 2016, n°407, p. 207. Ces auteurs distinguent dans les contrats innommés les contrats complexes et les contrats *sui generis*. « Les contrats complexes combinent plusieurs types de contrats nommés. Le contrat *sui generis* ne relève d'aucun contrat spécial ; on ne peut donc aucunement lui donner la qualification d'un contrat nommé. » Dans le même sens, J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, Les effets du contrat, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, pp. 127-134-135 ; M. Painchaux art. préc., spéc. p. 1577 : « même si ces deux qualifications traitent toutes deux de formules singulières, elles n'ont pas la même portée [...] l'innommé a toujours un lien avec les catégories nommées tandis que le *sui generis* n'en a souvent aucun ou au moins très peu. »

²⁴⁶⁸ D. Richard, La location *Airbnb* ou la « disruption » rattrapée par la réglementation de la République numérique, *AJDI*, 2017, 336 ; E. Mouial et F. Jacomino art. préc. Cette obligation entrera en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2019 : Art. 1649 quater A bis du CGI. Il faut préciser que s'agissant de l'imposition des plateformes elles-mêmes, l'art. 121 de la loi de finance du 29 décembre 2015 a mis en place une déclaration d'informations-clefs dite « *country-by-country reporting* » (CBCR) imposant aux entreprises dont le chiffre d'affaires mondial est supérieur à 750 millions d'euros d'avoir à déposer une déclaration pays par pays.

²⁴⁶⁹ La loi de financement de la sécurité sociale du 23 décembre 2016 soumet à cotisations sociales les revenus des particuliers générés par leur activité de location sur les plateformes, au-delà d'un certain seuil de revenus, à savoir 7 720€ pour les locations de biens meubles et 23 000€ pour les activités de location immobilière.

²⁴⁷⁰ Art. L. 324-1-1 C. tourisme.

²⁴⁷¹ L'article 24 de la loi de finances rectificative du 29 décembre 2016 met ainsi à la charge des opérateurs une obligation de déclaration des revenus de leurs utilisateurs à compter du 1^{er} janvier 2019, Art. 1649 quater A bis du CGI. Il faut ajouter à cela l'obligation d'information loyale, claire et transparente prévue à l'article L. 111-7 C. consom.

²⁴⁷² L'expression est empruntée à J. Rochfeld et C. Zolynski qui utilisent celle de « métaconcept » pour désigner l'opérateur de plateforme in La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520.

B. La mise en concurrence des normes

791. Si la standardisation des contrats d'affaires s'explique par la mise en concurrence des systèmes juridiques²⁴⁷³, il apparaît, au travers des exemples étudiés, que les normes elles-mêmes viennent à se faire concurrence. La concurrence normative désigne « la situation dans laquelle des sujets de droit se mettent ou sont mis en position de choisir, parmi plusieurs ordres juridiques ou régimes normatifs, les règles qui s'appliqueront à eux, soit de manière générale, soit pour une opération particulière²⁴⁷⁴ ». On utilise habituellement cette expression pour désigner la concurrence que se livrent les systèmes juridiques étatiques²⁴⁷⁵. Néanmoins, plusieurs auteurs²⁴⁷⁶ se sont employés à souligner la concurrence existant entre les normes elles-mêmes. Il apparaît en matière contractuelle, que les standards privés entrent en concurrence avec les conventions habituellement admises dans notre système juridique. L'exemple des contrats standards d'origine privée est parlant. Ces conventions font directement concurrence aux contrats nommés existants tant par leur forme que par leur contenu. Souvent dématérialisées, ces conventions fonctionnent comme de petits systèmes juridiques absorbant en quelque sorte le contrat. Ces contrats sont assortis de nombreuses règles qui déterminent les relations des parties à l'opérateur de plateforme, les relations des parties entre elles, et enfin les termes du contrat lui-même en introduisant très souvent un organe de gestion des différends internalisé. Le contenu de ces conventions comme leurs règles de fonctionnement les fait donc échapper autant que possible à l'intervention d'une instance étatique. Ces standards contractuels présentent en cela une forte attractivité concurrentielle.

²⁴⁷³ Cf. *supra* n°731.

²⁴⁷⁴ B. Frydman, La concurrence normative européenne et globale, *Working paper* 2016/3 <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf> V. aussi B. Frydman art. préc. Le concept normatif est inspiré des travaux de Charles Mills Tiebout qui s'est attaché à révéler ce phénomène en matière fiscale, dans un système fédéral. V. C. M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, *Journal of Political Economy*, 1956, vol. 64, p. 416.

²⁴⁷⁵ J.-A. Defromont et S. Menétrey, Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? *RIDE* 2014, pp. 499-515, spéc. p. 500 ; H. Bouthinon-Dumas, Existe-t-il un marché des systèmes juridiques, in L. Usunier, R. Sefton-Green, La concurrence normative. Mythes et réalités, Paris, SLC, 2013, p. 36 ; M. Salah, La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, *RIDE* 2001, p. 251 ; S. Harnay, J.-S. Bergé, Concurrence entre règles juridiques et construction européenne, in Mélanges M. Bazex, Paris, Litec, 2009, p. 15 ; A. Raynouard, La concurrence normative dans l'Union européenne, in S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 88-105.

²⁴⁷⁶ B. Frydman, A. Van Waeyenberge, *op. cit.* (sous la direction de), Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014.

792. Cette concurrence normative doit, pour être comprise, s'analyser à l'aune du contexte de globalisation dans lequel elle se déploie. La mondialisation des échanges entraîne dans son sillage une « globalisation juridique²⁴⁷⁷ ». Cette globalisation désigne le « phénomène productif d'uniformisation et de standardisation²⁴⁷⁸ » de la règle de droit, induit par le changement d'échelle des échanges commerciaux. Les opérateurs de plateforme à l'origine des standards juridiques évoqués œuvrent sur un marché international et choisissent, afin d'être attractifs, des normes peu coûteuses et moins exigeantes en termes juridiques. Les contrats *sui generis* qui naissent de leur pratique²⁴⁷⁹ se veulent donc efficaces dans l'ensemble des États touchés sans pour cela supporter un risque de dénaturation par les autorités judiciaires²⁴⁸⁰. L'objectif de ces pouvoirs privés économiques est en effet d'imposer des normes, et plus particulièrement des contrats, qui correspondent à l'opération économique envisagée. Il s'agit de composer un patron contractuel à la mesure des opérations économiques mises en œuvre par ces plateformes sans se référer à des systèmes juridiques étatiques donnés²⁴⁸¹.

793. La concurrence des normes contractuelles vient alors s'ajouter à la concurrence des systèmes juridiques étatiques²⁴⁸². Les conventions-standards façonnées par ces opérateurs entrent en concurrence avec les contrats nommés existants dans certains États dans la mesure où elles bénéficient de l'absence de réglementation spécifique d'opérations qui présentent

²⁴⁷⁷ J.-F. Riffard, La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits, *in* Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous la dir. de), Economica, 2011, p. 103. V. aussi, E. Loquin et C. Kessedjian (sous la dir. de) La mondialisation du droit, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 19, Litec 2000 ; J.-B. Auby, La globalisation, le droit et l'État, coll. Clés Politique, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2010 ; D. Mockle (dir.), Mondialisation et État de droit, Bruylant, 2002 ; L. Vogel (sous la dir. de), La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité, coll. Droit global, Éd. Panthéon Assas, 2001/2 ; M. Delmas-Marty, La mondialisation du droit : chances et risques, *D.* 1999, p. 43.

²⁴⁷⁸ J.-F. Riffard *op. cit.* p. 104.

²⁴⁷⁹ Il est intéressant de noter que pour la plupart des grandes start-up de l'économie numérique le modèle économique précède toujours le questionnement juridique. La mise sur le marché du produit doit être la plus rapide possible, les problématiques juridiques n'étant qu'accessoire. V. sur ce point, E. Ries, *The Lean Startup: How Today's Entrepreneurs Use Continuous Innovation to Create Radically Successful Businesses*, Pearson, 2008.

²⁴⁸⁰ Le risque de requalification judiciaire est, nous l'avons vu, assez faible compte tenu des obstacles auxquels il se confronte.

²⁴⁸¹ J.-F. Riffard *op. cit.* p. 104 : « cette mondialisation, aujourd'hui irréversible, échappe largement à l'emprise des États qui ne peuvent souvent qu'en constater l'ampleur dans des domaines non seulement juridiques mais aussi sociaux, démographiques, politiques et économiques. »

²⁴⁸² La plupart des conventions comportent d'ailleurs des clauses portant application d'un droit qui n'est pas celui de l'État dans lequel l'opérateur exerce son activité. Cela évite ainsi de se voir opposer les règles d'ordre public des États concernés au profit de celles d'un État moins « interventionniste » et moins exigeant en termes de justice contractuelle.

pourtant un caractère économiquement et socialement stratégique²⁴⁸³. La norme est donc utilisée ici comme un outil concurrentiel. Les États, la France tout du moins, semblent toutefois avoir pris la mesure des risques inhérents à cette concurrence normative. Ainsi, le juge français n'a pas hésité à faire des articles L. 442-6, I 2° et L. 442-6, II, d) du Code de commerce des lois de police mettant en échec, notamment, l'application de la clause portant application de la loi anglaise incluse dans les conventions passées entre *Expedia* et les établissements hôteliers²⁴⁸⁴. Cette solution est heureuse dans la mesure où elle permet de faire bénéficier les établissements hôteliers des dispositions précitées. En revanche, l'érection de dispositions ponctuelles en loi de police, comme la multiplication d'un ordre public²⁴⁸⁵ de « réaction » est plus problématique. Elles trahissent des interventions législatives contraintes par le rapport de forces imposé par les pouvoirs économiques privés et compromettent la cohérence de l'ordre public économique.

794. La concurrence normative comme la concurrence des systèmes juridiques présente donc des effets pervers. Elle participe à un nivellement²⁴⁸⁶ par le bas du niveau de protection des cocontractants ainsi qu'au développement exponentiel d'un ordre public de réaction dénaturé de ses fonctions. Dans ce contexte, l'Union semble décidée à agir comme un régulateur de la concurrence normative, « en faisant le choix politique d'une certaine concentration des moyens de production normative²⁴⁸⁷ ». L'harmonisation européenne et l'unification²⁴⁸⁸ à terme des normes sanctionnant les pratiques portant atteinte à l'équilibre des relations commerciales apparaissent ainsi comme une alternative possible.

²⁴⁸³ Concurrence avec le marché traditionnel de l'hôtellerie, stratégie de contournement fiscal, et diminution du parc locatif dans des secteurs urbains déjà tendus.

²⁴⁸⁴ CA Paris Pôle 5, Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784.

²⁴⁸⁵ On citera l'exemple de l'article L. 311-5-1 C. tourisme.

²⁴⁸⁶ J.-F. Riffard *op. cit.* p. 104. L'auteur désigne la standardisation du droit comme une forme « insidieuse » de « nivellement des droits ». Le nivellement est défini par le dictionnaire Larousse comme « l'action d'égaliser un terrain, de le rendre plat. » Le nivellement peut, en ce sens, être rapproché de l'uniformisation du droit.

²⁴⁸⁷ J.-A. Defromont et S. Menétrey, Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? *RIDE* 2014, pp. 499-515, spéc. p. 500.

²⁴⁸⁸ M. Delmas-Marty, Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Jamin et Denis Mazeaud (sous la direction de), actes du colloque, Centre de recherche européen de droit des obligations, Créteil, Centre de droit des contrats Villeneuve-d'Ascq Nord, Economica, coll. Études juridiques, 2001, pp. 29-33, sur la différence et la complémentarité des processus d'harmonisation et d'unification.

§2. La mise en œuvre d'un droit des pratiques restrictives harmonisé

795. L'efficacité de l'action publique à l'encontre des déséquilibres contractuels provoqués par ces pouvoirs privés économiques est conditionnée par sa capacité à dépasser l'échelon national. À cette fin, la Commission européenne manifeste un intérêt de plus en plus certain pour les pratiques déloyales entre professionnels. L'identité des pratiques visées sous cette expression avec les pratiques restrictives de concurrence (I) ouvre la voie à une harmonisation possible dont il convient néanmoins de mesurer les obstacles (II).

I. L'identité des pratiques restrictives de concurrence et des pratiques commerciales déloyales

796. Appréhendées par le droit de l'Union comme des pratiques commerciales déloyales (A) ces dernières se présentent comme une composante du droit de la concurrence (B).

A. L'appréhension européenne des pratiques commerciales déloyales

797. L'harmonisation européenne du droit des contrats²⁴⁸⁹ est prise en tenaille par des impératifs divergents : promotion du marché intérieur d'une part et protection des parties contre les excès de la libre concurrence d'autre part²⁴⁹⁰. Alors que le droit européen n'appréhende l'atteinte à la libre concurrence que par le biais des pratiques anticoncurrentielles, le droit français s'enrichit depuis 2008 d'un objectif de protection du marché par la sanction de pratiques restrictives de concurrence *per se*. Le droit européen n'ignore pas pour autant les enjeux des pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. Il les appréhende par le biais de ce que l'on désigne comme les pratiques commerciales déloyales entre professionnels²⁴⁹¹. La Commission européenne consciente de

²⁴⁸⁹ D. Ferrier, La politique d'harmonisation du droit des contrats de distribution en Europe, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Jamin et Denis Mazeaud (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 83-95.

²⁴⁹⁰ S. Robin-Olivier et J.-S. Berger, La généalogie des rapports entre le droit communautaire et le droit privé, *LPA* 19 avr. 2007, n°79, p. 46 ; A. Fortunato, Clauses et pratiques restrictives de concurrence, Thèse, Université de Lille 2, 2016, n°438, p. 461.

²⁴⁹¹ L'expression « pratiques déloyales » est initialement réservée aux rapports entre professionnels et consommateurs. Cf. Directive 2005/29 du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Néanmoins, cette

l'impact de ces pratiques sur la libre concurrence multiplie depuis une dizaine d'années les initiatives en faveur de leur prise en compte sous une forme plus²⁴⁹² ou moins²⁴⁹³ contraignante. Ces pratiques sont définies comme celles qui « s'écarternt largement de la bonne conduite commerciale, qui sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et qui sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre.²⁴⁹⁴ » La Commission européenne appréhende donc ces pratiques en termes de loyauté et de bonne foi là où le droit français les assimile plus directement à des atteintes à la libre concurrence. La Commission européenne souligne en ce sens qu'il convient de distinguer la partie cocontractante « forte » de celle qui est « dominante ». Alors que les pratiques déloyales s'intéressent à la première, il appartient au droit de la concurrence de s'attacher à la seconde²⁴⁹⁵. Certaines des pratiques énumérées par la Commission dans sa proposition de

expression est utilisée aujourd'hui comme un synonyme des « pratiques restrictives de concurrence » en droit de l'Union ; V. F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°321, p. 235.

²⁴⁹² La directive 2011/7/UE du 16 févr. 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales peut être analysée comme tendant à sanctionner des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, spéc. Art. 7 al. 1 : « Les États membres prévoient qu'une clause contractuelle ou une pratique relative à la date ou au délai de paiement, au taux d'intérêt pour retard de paiement ou à l'indemnisation pour les frais de recouvrement, ne soit pas applicable, ou donne lieu à une action en réparation du dommage lorsqu'elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier. »

²⁴⁹³ Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Think small first » : Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe, 25 juin 2008, COM (2008) 394 final, qui mentionne la nécessité pour les PME de se défendre contre les pratiques commerciales déloyales (VII) ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, 28 oct. 2009, COM (2009) 591 final, spéc. relativement à la chaîne d'approvisionnement alimentaire, n°3.1.1 ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », 5 juill. 2010, COM (2010) 355 final, spéc. n°6, p. 8 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, 23 février 2011, COM(2011) 78 final, n°3.1.1 ; Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », 13 avr. 2011, COM (2011) 206 final, n°2 ; Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 5 juill. 2011, n°35 ; Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013. V. sur ce point « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » du 16 avr. 2013, et les réponses du Réseau Trans Europe Experts (RLC 2013, n°2342, par M. Behar-Touchaisn et R. Amaro) ; Communication du 15 juill. 2014 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises V. sur ce point G. Parléani, *Petit vent frais sur le titre IV*, *AJCA* 2014, p. 251, et M. Chagny, *Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des petits pas*, *RTD com.* 2014, p. 571.

²⁴⁹⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, p. 2.

²⁴⁹⁵ Rapport préc. spéc. p. 3 : « Il n'existe aucune législation de l'UE sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Le droit de l'Union en matière de concurrence porte sur les abus de position dominante et les pratiques anticoncurrentielles. Or la plupart des pratiques commerciales déloyales signalées ne relèvent pas du droit de la concurrence, car la majorité des acteurs se trouvent en position forte mais non dominante. »

Directive en date du 12 avril 2018²⁴⁹⁶ ressemblent à s'y méprendre aux pratiques restrictives de concurrence, tant par leur contenu que par les objectifs que leur sanction poursuit.

798. La Commission préconise un cadre réglementaire permettant de cibler quatre pratiques commerciales irréfragablement déloyales²⁴⁹⁷ et quatre autres qui le sont seulement si les termes du contrat ne sont pas clairs et dépourvus d'ambiguïté²⁴⁹⁸. Si l'on peut déplorer que les pratiques incriminées soient moins générales que celles visées dans le Rapport de la Commission de 2016²⁴⁹⁹, certaines d'entre elles trouvent un écho dans les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce. C'est le cas par exemple du renvoi au fournisseur, par l'acheteur, des denrées alimentaires invendues²⁵⁰⁰, du paiement d'une avance à l'acheteur pour obtenir ou maintenir un accord d'approvisionnement portant sur des denrées alimentaires²⁵⁰¹, ou du financement, par le fournisseur, de la promotion ou de la commercialisation des produits alimentaires vendus par l'acheteur²⁵⁰². La pratique consistant

²⁴⁹⁶ *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), 12 avr. 2018.

²⁴⁹⁷ Art. 3, 1° : « (a) buyer pays a supplier for perishable food products later than 30 calendar days after the receipt of the supplier's invoice or later than 30 calendar days after the date of delivery of the perishable food products, whichever is the later [...] (b) a buyer cancels orders of perishable food products at such short notice that a supplier cannot reasonably be expected to find an alternative to commercialise or use these products ; (c) a buyer unilaterally and retroactively changes the terms of the supply agreement concerning the frequency, timing or volume of the supply or delivery, the quality standards or the prices of the food products ; (d) a supplier pays for the wastage of food products that occurs on the buyer's premises and that is not caused by the negligence or fault of the supplier. »

²⁴⁹⁸ Art. 3, 2° : « (a) a buyer cancels orders of perishable food products at such short notice that a supplier cannot reasonably be expected to find an alternative to commercialise or use these products ; (c) a buyer unilaterally and retroactively changes the terms of the supply agreement concerning the frequency, timing or volume of the supply or delivery, the quality standards or the prices of the food products ; (d) a supplier pays for the wastage of food products that occurs on the buyer's premises and that is not caused by the negligence or fault of the supplier. »

²⁴⁹⁹ Rapport préc. spéc. p. 5, qui visait la pratique consistant à faire supporter indûment ses propres coûts ou risques commerciaux sur son cocontractant, celle consistant à demander des avantages dépourvus de contrepartie, à modifier unilatéralement ou rétroactivement des clauses du contrat sans que cela ait été autorisé équitablement par l'autre partie, et à cesser ou menacer de cesser abusivement une relation commerciale ».

²⁵⁰⁰ Cette pratique se rapproche de celle visée à l'art. L. 442-6, I, 8° C. com. : « 8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ».

²⁵⁰¹ Cette pratique se rapproche de celle visée à l'art. L. 442-6, I, 3° C. com. : « 3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ».

²⁵⁰² Cette pratique se rapproche de celle visée à l'art. L. 442-6, I, 1° C. com. : « 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou

à modifier unilatéralement des contrats et le fait d'obliger le fournisseur à rembourser les produits gaspillés convoquent les critères désormais connus du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, mais également la pratique visée à l'article L. 442-6, II, b) du même Code²⁵⁰³.

799. Si la notion de déséquilibre significatif ne figure pas expressément au rang des pratiques visées, elle semble bien en constituer le standard²⁵⁰⁴. La Commission précisait dans son rapport au Parlement que ces pratiques interviennent lorsqu'elles « sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial²⁵⁰⁵ » à « la partie plus faible²⁵⁰⁶ », et qu'elles résultent « de déséquilibres économiques dans les relations commerciales et de positions de négociation inégales dans les relations commerciales²⁵⁰⁷ ». Ces pratiques, précise la Commission, « peuvent avoir des effets préjudiciables sur l'ensemble de l'économie de l'Union, étant donné que les entreprises — et en particulier les petites et moyennes entreprises — sont susceptibles d'être privées de leur capacité à investir et à innover et de renoncer ainsi à développer leurs activités au sein du marché unique ». L'enjeu consiste donc à identifier la nature de ces pratiques. S'agit-il de pratiques commerciales sanctionnées au titre de leur seul caractère « déloyal », ou peut-on y voir une préoccupation de concurrence ?

B. L'appartenance des pratiques commerciales déloyales au champ du droit de la concurrence

800. L'objectif poursuivi par les pratiques commerciales déloyales est concurrentiel dans la mesure où leur sanction vise à permettre l'entrée sur le marché de producteurs et détaillants

d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ».

²⁵⁰³ On rappellera à ce titre que les clauses de retour des invendus ont été condamnées sur le fondement du déséquilibre significatif du Code de commerce : T. com. Meaux, 24 janv. 2012, n°2009/02296 ; T. com. Bobigny, 29 mai 2012 n°2009/F01541 ; CA Paris 4 juill. 2013 n°12/07651.

²⁵⁰⁴ Cf. *supra* n° 739 La Commission fait d'ailleurs usage de l'expression de « déséquilibre économique significatif » en page 6 du rapport préc.

²⁵⁰⁵ Rapport préc. spéc. p. 2.

²⁵⁰⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, 15 juill. 2014, p. 13.

²⁵⁰⁷ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0173+0+DOC+XML+V0//FR>

bloqués par la puissance économique des distributeurs en présence²⁵⁰⁸, et d'augmenter l'efficacité des petites et moyennes entreprises qui s'y trouvent déjà²⁵⁰⁹. La Commission souligne en ce sens les effets néfastes de ces pratiques lesquelles entraînent « des pertes d'efficacités économiques » se traduisant par « une baisse des investissements », « une surproduction ou sous-production dues à l'imprévisibilité et aux coûts de transaction accrus, liés au risque de modifications unilatérales et inattendues des conditions commerciales.²⁵¹⁰ » Le bien-être du consommateur est également présenté comme l'une des justifications des dispositifs de sanction des pratiques déloyales, particulièrement en matière de chaîne d'approvisionnement alimentaire. Ces pratiques diminuent en effet la diversité de l'offre faite au consommateur²⁵¹¹, limitent sa possibilité d'accéder à des produits innovants et variés. L'accès à un grand nombre de points de vente est également menacé au même titre que la diversité du « patrimoine culturel²⁵¹² » des états membres. Outre ces effets, le Parlement européen se montre sensible à la dimension écologique d'un tel combat et aux répercussions de telles pratiques en termes de bien-être du consommateur, entendu ici de manière plus large que la définition qu'il est habituel d'en donner²⁵¹³. Si le consommateur doit pouvoir bénéficier d'un prix compétitif, encore faut-il que cela se concilie avec son bien être lequel ne peut manifestement consister à consommer des aliments produits en trop grande quantité, au détriment de l'innovation, de l'exploitation abusive du pouvoir économique de certains acteurs au détriment des autres, et de la sauvegarde de l'environnement. La commission de l'agriculture et du développement rural rappelle, à raison, les effets de surproduction » et de

²⁵⁰⁸ Exposé des motifs (au sujet des pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire) : « peuvent avoir des effets préjudiciables sur l'ensemble de l'économie de l'Union, étant donné que les entreprises – et en particulier les petites et moyennes entreprises – sont susceptibles d'être privées de leur capacité à investir et à innover et de renoncer ainsi à développer leurs activités au sein du marché unique ».

²⁵⁰⁹ En ce sens, *Commission staff working document executive summary of the impact assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices) Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 12 avr. 2018, p. 1 : « What are the benefits of the preferred option (if any, otherwise of main ones) ? Small operators benefit from protection through UTP legislation, which increases their efficiency. These gains should result in positive social and economic impacts on society [...] SMEs would be better protected, overall competitiveness is expected to increase. »

²⁵¹⁰ Communication préc. p. 14. La Commission n'exclut pas des atteintes plus directes à la libre concurrence mais juge l'évaluation de ces effets plus « complexe ».

²⁵¹¹ Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)) J, p. 7.

²⁵¹² Résolution préc., spéc. M, p. 7.

²⁵¹³ L'atteinte au bien-être du consommateur ou « consumer welfare » désigne la situation dans laquelle « la différence entre le prix maximum qu'il est prêt à payer [...] et le prix qu'il paye effectivement est positive. » Ainsi « lorsqu'une entreprise exerce un pouvoir de marché significatif et élève ses prix, elle prélève une partie du surplus du consommateur et, ce faisant, réduit son bien être » ; N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013, n°329, p. 142.

« gaspillages²⁵¹⁴ » provoqués par ces pratiques déloyales. L'intérêt du consommateur ne se réduit pas, en effet, à l'obtention des prix d'achat les plus faibles, particulièrement dans les domaines touchant directement à sa santé et à celle de l'environnement. Dans ces circonstances, la réduction des objectifs de la politique de concurrence au seul critère de la maximisation du bien-être du consommateur n'apparaît pas souhaitable²⁵¹⁵. La position qui consisterait à distinguer la protection de la libre concurrence de ces préoccupations n'est pas fidèle à la réalité, mais elle est également dangereuse, dans la mesure où elle reviendrait à promouvoir un marché désincarné justifiant en son nom, le maintien de pratiques préjudiciables pour l'homme et pour l'environnement²⁵¹⁶.

801. Si certains auteurs encouragent le droit français à adopter à son tour l'expression de « pratiques déloyales », au motif que l'atteinte à la libre concurrence n'aurait ici pas droit de cité²⁵¹⁷, nous pensons, au contraire, que la dimension concurrentielle du déséquilibre significatif est la plus réaliste. Si ces pratiques sont moralement condamnables, c'est en raison des effets qu'elles produisent, sur le marché et le consommateur, que la Commission européenne juge nécessaire de les sanctionner²⁵¹⁸. L'on rappellera ici qu'à la différence du

²⁵¹⁴ Avis de la Commission de l'agriculture et du développement durable, 17 nov. 2015, spéc. n°16, p. 11.

²⁵¹⁵ F. Marty, Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain, *RIDE*, 2014, pp. 471-497. L'auteur rappelle ici les origines historiques du critère de maximisation du bien-être du consommateur au travers de la seconde École de Chicago, et s'interroge sur les conséquences de la réduction des objectifs de la politique de concurrence à cet unique critère ; L. Vogel, *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, 20^{ème} éd. LGDJ, 2016 n°875, pp. 879-880 : « les autorités européennes et françaises préfèrent parfois à la concurrence par les prix, la concurrence par la qualité, et ne considèrent pas que la protection de l'environnement, de l'emploi ou du petit commerce, ou la lutte contre les abus de puissance d'achat des grands distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs, sont des préoccupations extraconcurrentielles. »

²⁵¹⁶ Il faut noter ici que la France semble faire des impératifs de santé et environnementaux une composante autonome de la régulation des relations commerciales dans le secteur agricole. Les États généraux de l'alimentation entamés en juillet 2017 reposent en effet sur ce double défi, à savoir la promotion de relations commerciales équilibrées entre les producteurs, les industriels et la grande distribution d'une part, et la promotion d'une alimentation saine et durable d'autre part. (Site internet des États généraux de l'alimentation) <https://www.egalimentation.gouv.fr>

²⁵¹⁷ A. Fortunato *op. cit.* n°441, p. 470 : « La dénomination retenue par l'Union européenne, qui souhaite appréhender, de manière harmonisée, ces pratiques est sans doute plus adaptée. Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels sont les pratiques restrictives de concurrence interne françaises, mais sans référence à la concurrence. Encombrante et source de confusions, cette référence ne semble pas indispensable pour atteindre des pratiques qui sont déloyales entre professionnels dont il ne faut pas se poser la question de savoir s'ils sont en concurrence ou non, s'ils agissent sur un même marché ou non. » Dans le même sens, J.-P. Arroyo, *Actualité et influence du droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Vers une approche plus « restrictive » mais moins « déloyale » des pratiques restrictives de concurrence ? CCC*, n°7, juillet 2017, dossier 8.

²⁵¹⁸ M. Latina, L'égalité dans les projets de droit européen des contrats, in *L'Égalité en Droit des obligations*, M. Latina et P. Oudot (sous la dir. de), Chemins de pensée juridique, éd. Ovdia, 2015, p. 167. L'auteur souligne la différence entre le droit interne pour lequel « la protection de la partie faible est considérée comme une fin en

droit américain, le droit de l'Union et le droit français n'envisagent pas les finalités de la concurrence dans les mêmes termes. Alors que le droit américain envisage la concurrence en termes d'efficacité économique exclusivement²⁵¹⁹, le droit de l'Union envisage la concurrence comme la condition nécessaire « pour que soient respectées les exigences fondamentales et [...] les objectifs du Traité²⁵²⁰ ».

802. La revendication de la dimension concurrentielle de cette protection constitue au surplus le critère de la compétence exclusive de l'Union européenne pour imposer une directive en ce sens²⁵²¹. Celle-ci dispose, en effet, d'une compétence exclusive pour « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ». Les règles relatives à la sanction des pratiques déloyales peuvent être analysées comme relevant de cet objectif dans la mesure où elles permettent d'organiser le marché intérieur par la régulation des forces en présence²⁵²². Cela suppose néanmoins que l'Europe affirme clairement le rattachement des pratiques déloyales entre professionnels au droit de la concurrence. Si certains auteurs sont réservés sur ce rattachement²⁵²³, l'Union semble disposée à envisager le rattachement des pratiques déloyales au droit de la concurrence. Le Parlement note ainsi que si « l'injustice » dans la chaîne alimentaire est difficile à traduire en violation du droit de la concurrence²⁵²⁴, ce dernier « doit également assurer une concurrence

soi », et le droit européen pour lequel « l'objectif poursuivi n'est pas de lutter contre l'inégalité, en elle-même, mais de susciter la « confiance » des consommateurs, afin d'améliorer le fonctionnement du marché. »

²⁵¹⁹ L. Vogel *op. cit.* n°875, p. 879.

²⁵²⁰ CJCE 25 oct. 1977, Metro c. Commission, aff. 26-27 Rec., 1875, Lawlex024119, JBEEAPD, p. 2, n°247.

²⁵²¹ Le TFUE donne compétence exclusive à l'Union européenne pour légiférer en matière de politique commerciale commune (Art. 3, 1°, b)). Les auteurs qui refusent de voir dans la sanction des pratiques déloyales la marque de la protection de la libre concurrence considèrent au contraire qu'une telle directive devrait se fonder sur la compétence partagée prévue par l'article 4, 2°, a) du TFUE relatif au « marché intérieur ». En ce sens, A. Fortunato *op. cit.* n°512, p. 563.

²⁵²² C'est d'ailleurs la la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs qui a été chargée du projet de résolution relatif à aux pratiques dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

²⁵²³ A. Fortunato *op. cit.* n°511, p. 561 pour qui le droit des pratiques déloyales est distinct du droit de la concurrence en ce que le premier vise « à régir des relations contractuelles entre des entreprises, alors que le droit de la concurrence vise à régir les comportements des entreprises sur le marché ».

²⁵²⁴ Pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)), spéc. B. Dans le même sens, R : « considérant que la question des pratiques commerciales déloyales n'est que partiellement couverte par la législation en matière de concurrence » ; V. enfin « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » du 16 avr. 2013, qui préconise pour sa part que la base juridique la plus adéquate à l'intervention de l'UE dans le champ des PCD serait l'article 114 du TFUE qui « permet d'intervenir en présence de divergences entre les réglementations nationales lorsque celles-ci sont de nature à entraver les libertés fondamentales et à avoir ainsi une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ou à créer des distorsions de concurrence sensibles ».

libre et loyale entre les entreprises afin notamment de les inciter à innover²⁵²⁵ ». C'est donc vers une acception plus large de la notion de concurrence que semble bien s'acheminer l'Union européenne. Si le chemin accompli vers l'intégration définitive des pratiques déloyales dans le champ du droit de la concurrence n'est pas achevé, l'Union s'attèle, néanmoins, à poser les jalons d'une harmonisation. Reste à surmonter les obstacles d'un tel projet.

II. Les obstacles à l'harmonisation future

803. L'harmonisation des pratiques restrictives de concurrence à l'échelle de l'Union présente d'ores et déjà des gages de réussite. L'identité des pratiques appréhendées et la volonté de la Commission de progresser rapidement sur cette voie laissent envisager la possibilité d'une harmonisation rapide. Il faut ajouter à cela que la quasi-totalité²⁵²⁶ des États membres est déjà dotée, selon des instruments juridiques variés, de règles comparables. Il faut néanmoins mentionner les obstacles nombreux qui semblent encore se dresser devant nous. Le premier tient à la sectorisation de ces pratiques (A) tandis que le second repose sur la méthode déployée pour les sanctionner (B).

A. La sectorisation des pratiques

804. L'un des obstacles à l'harmonisation d'un droit des pratiques restrictives tient à la sectorisation que leur réserve pour l'heure la Commission européenne²⁵²⁷. Les pratiques déloyales entre professionnels font en effet l'objet d'initiatives sectorisées dont la dernière en date est celle issue du rapport sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne

²⁵²⁵ Résolution préc. spéc. T.

²⁵²⁶ Rapport préc. Vingt États membres, sont, selon la Commission européenne, d'ores et déjà dotés d'instruments juridiques permettant de sanctionner ces pratiques. Il s'agit de l'Autriche, la Bulgarie, Chypre, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la Finlande, la France, la Croatie, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, Lituanie, Lettonie, Portugal, Roumanie, Slovaquie, et le Royaume-Uni. La Pologne est pour sa part en voie d'adoption de dispositions comparables.

²⁵²⁷ L'obstacle que constitue la sectorisation des PCD a d'ailleurs été souligné par l'AFEC « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » du 16 avr. 2013, point 2.2 p. 11 : « Une intervention sectorielle signifierait au contraire que le texte adopté ne s'appliquerait par exemple qu'au secteur alimentaire. L'inconvénient serait que certains secteurs, souffrant de maux similaires, ne soient pas couverts, sauf à lister avec soin les secteurs susceptibles d'être concernés en dehors de l'alimentaire mais l'exercice est difficile. »

d'approvisionnement alimentaire²⁵²⁸. La Commission européenne a publié au mois de juillet 2014 une communication invitant les États membres à chercher les moyens de conférer aux producteurs et détaillants de la chaîne d'approvisionnement alimentaire des moyens de protection contre les pratiques commerciales déloyales. La crise agricole de l'été 2015 qui a touché de plein fouet les producteurs de lait ainsi que les éleveurs porcins et bovins avait souligné l'urgence de la situation. La Commission européenne a donc publié, le 29 janvier 2016, un rapport préconisant la sanction d'un certain nombre de pratiques. Le 4 mai 2016, le Parlement européen a publié une proposition de résolution extrêmement riche invitant les instances européennes, nationales et les acteurs du marché de l'approvisionnement alimentaire à se saisir urgemment de la question des pratiques déloyales entre professionnels. La résolution adoptée le 7 juin 2016²⁵²⁹ semble donc constituer un pas décisif vers la sanction des pratiques commerciales déloyales entre professionnels. Le Parlement y invite « instamment tous les acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire à envisager des contrats types ainsi qu'une nouvelle génération de contrats en vertu desquels les avantages et les risques seraient partagés²⁵³⁰ ».

805. La circonscription de ce texte à la seule chaîne d'approvisionnement alimentaire peut sembler néanmoins insuffisante. La distribution non alimentaire présente elle aussi des déséquilibres économiques systémiques que les pratiques déloyales, telles qu'elles sont définies par l'Union, permettent de sanctionner. L'on ajoutera à ce marché, les marchés émergents sur lesquels se déploient les opérateurs de plateforme, semblables par de nombreux aspects aux grands distributeurs visés par la résolution précitée.

806. Cette sectorisation pourrait toutefois n'être qu'une étape dans la construction d'un droit européen des pratiques restrictives de concurrence, le Parlement européen ayant recommandé dans sa résolution du 7 juin 2016 relative aux pratiques commerciales déloyales, la « création d'initiatives similaires à celle relative à la chaîne d'approvisionnement dans

²⁵²⁸ Rapport préc.

²⁵²⁹ Pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI)).

²⁵³⁰ Résolution préc. spéc. n°47.

d'autres secteurs non alimentaires pertinents.²⁵³¹ » Un second obstacle, plus stratégique que le premier, devra néanmoins être surmonté relatif cette fois à la méthode employée.

B. La méthode utilisée pour sanctionner les pratiques déloyales

807. L'harmonisation des pratiques commerciales déloyales à l'échelle européenne suppose d'identifier une méthode. L'Union semble avoir fait pour l'heure le choix du recours au droit souple (1), mais pourrait à terme privilégier le recours au droit dur (2).

1. Le recours premier au droit souple

808. La SCI²⁵³² (*supply chain initiative*) créée en septembre 2013 à l'initiative de sept associations de l'industrie agroalimentaire à l'échelle de l'Union a constitué la première étape d'une harmonisation possible. Elle promeut le développement de pratiques commerciales loyales²⁵³³ dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ainsi que des modes alternatifs de règlement des différends. La SCI repose sur l'adhésion volontaire des entreprises qui s'engagent à appliquer un certain nombre de bonnes pratiques, sans pour cela opposer de sanctions aux adhérents réfractaires. Cette initiative présente un faible degré d'efficacité²⁵³⁴ par sa composition même. Seuls les plus gros fournisseurs et détaillants²⁵³⁵ ont en effet accepté d'y prendre part, les associations d'agriculteurs l'ayant refusé compte tenu de

²⁵³¹ Résolution préc. n°3. Dans ce sens déjà Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013 précité, p. 4.

²⁵³² <http://www.supplychaininitiative.eu/fr>

²⁵³³ <http://www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/entr-2013-00308-00-00-fr-tra-00finalinéapdf> il s'agit en réalité plus d'un guide que de véritables principes. La SCI propose en effet, sous forme d'un tableau des « exemples de pratiques loyales » et des « exemples de pratiques déloyales ». On trouve notamment dans la première catégorie : « Imposition de conditions générales de vente contenant des clauses déloyales », « Résiliation unilatérale d'une relation commerciale sans préavis, ou avec un préavis d'une durée exagérément courte et sans raison objectivement justifiée », « Imposition de primes de référencement disproportionnées par rapport au risque encouru par le stockage d'un nouveau produit », « Demande de paiement pour des services non rendus ou des marchandises non livrées, ou demande de paiement ne correspondant manifestement pas à la valeur/au coût du service fourni. »

²⁵³⁴ La Commission européenne a confié à une société d'analyse externe l'évaluation de la SCI et de ses plateformes nationales, mais reconnaît elle-même qu'il est encore trop tôt pour évaluer les incidences de cette initiative, et les résultats obtenus à l'issue de cette première évaluation ont révélé une surreprésentation des membres de la SCI, dont ne font pas partie les principaux intéressés par cette initiative (PME, agriculteurs). Il faut ajouter à cela que l'évaluation montre que 73 % des personnes ayant participé à l'enquête affirment que la situation concernant les PCD n'a pas beaucoup évolué depuis 2013. Cf. Rapport préc. spéc. p.10.

²⁵³⁵ On évalue à 328 le nombre de groupes et sociétés de commerce de détail, de commerce de gros et du secteur manufacturier qui se sont engagés dans cette initiative.

l'absence de garantie de confidentialité des plaintes, et de l'absence de sanctions en cas de violation des bonnes pratiques.

809. La Commission a donc proposé de remédier à la faiblesse du dispositif existant par le développement de « plateformes nationales de la SCI ». Ces « plateformes nationales de la SCI » auraient pour principal objectif de sensibiliser les acteurs du marché concerné à l'existence de la SCI et de ses principes²⁵³⁶. Il s'agit donc de dispositifs de droit souple, qui bien que présentant des effets tangibles dans certains États membres²⁵³⁷, n'apportent pas aux parties une protection suffisante. C'est donc sur le terrain réglementaire que restait encore possible une harmonisation efficace. Tel n'est pas le choix de l'Union, qui renvoie pour l'heure les États à leurs législations nationales²⁵³⁸. La Commission justifie son refus par le caractère récent des dispositifs nationaux en matière de pratiques déloyales, et la nécessité en conséquence de procéder à une évaluation de leurs effets avant d'envisager une harmonisation réglementaire. La résolution adoptée par le parlement le 7 juin 2016 se montre sévère à l'égard du choix opéré. Elle souligne ainsi « les limites importantes » de la SCI « qui l'empêchent d'être un outil efficace pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales²⁵³⁹ », et « remet en cause le soutien sans faille qu'apporte la Commission à l'initiative relative à la chaîne d'approvisionnement [...] compte tenu des limites de cette dernière²⁵⁴⁰ ». L'appel du Parlement à présenter des propositions-cadres au niveau de l'Union²⁵⁴¹ semble bien avoir été entendu, puisque la Commission a présenté le 12 avril 2018 sa proposition de Directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire²⁵⁴².

²⁵³⁶ De telles plateformes existent déjà en Belgique, aux Pays-Bas et en Finlande.

²⁵³⁷ C'est le cas de la Belgique où la plateforme nationale créée en 2010 et rattachée ensuite à la SCI, a vraisemblablement produit des effets positifs. V. en ce sens rapport préc. p. 13.

²⁵³⁸ Rapport préc. p. 14 : « compte tenu des évolutions positives dans certaines parties de la chaîne alimentaire et de l'existence de différentes formules pour lutter efficacement contre les pratiques commerciales déloyales, la Commission ne voit pas la valeur ajoutée qu'apporterait à ce stade une réglementation harmonisée à l'échelle de l'Union. »

²⁵³⁹ Résolution préc. n°1. Dans le même sens n° 3 : « souligne cependant que l'initiative relative à la chaîne d'approvisionnement, comme l'a reconnu le rapport récent de la Commission, comporte un grand nombre d'insuffisances, comme les faiblesses en matière de gouvernance, la transparence limitée, l'absence de mesures d'exécution et de sanctions, le manque d'éléments dissuasifs contre les pratiques commerciales déloyales et l'impossibilité pour les victimes potentielles de telles pratiques de présenter des plaintes individuelles anonymes, ou pour des organismes indépendants de réaliser des enquêtes de leur propre initiative, ce qui entraîne une sous-représentation des PME et des agriculteurs, en particulier, auxquels l'initiative n'est pas vraiment adaptée

²⁵⁴⁰ Résolution préc. spéc. n°17.

²⁵⁴¹ Résolution préc. spéc. n°31 et 32.

²⁵⁴² *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), 12 avr. 2018.

2. Le recours à terme au droit dur

810. Le Parlement avait invité, dans sa résolution du 7 juin 2016, la Commission et les États membres à présenter des propositions-cadres au niveau de l'Union permettant d'établir des principes généraux en matière de pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire²⁵⁴³. Ces propositions devaient, selon la volonté du Parlement, prendre en compte les « principes de bonnes pratiques » établis par la SCI lesquels sont très proches des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce²⁵⁴⁴. Le Parlement recommandait, pour ce faire, l'adoption d'une législation-cadre européenne consistant à harmoniser les pratiques commerciales déloyales déjà appréhendées dans la plupart des États membres, sans abaisser pour cela le niveau de protection déjà existant dans ces États²⁵⁴⁵. Le Parlement préconisait enfin la création au niveau national, d'« autorités publiques²⁵⁴⁶ », « comme des arbitres²⁵⁴⁷ », chargés de veiller à l'application des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales, en menant des enquêtes à la suite de

²⁵⁴³ Résolution préc. spéc. n°31 et 32.

²⁵⁴⁴ Parmi ces « principes de bonnes pratiques » figurent l'interdiction des pratiques suivantes : « Résiliation unilatérale d'une relation commerciale sans préavis, ou avec un préavis d'une durée exagérément courte et sans raison objectivement justifiée » ; « Demande de paiement pour des services non rendus ou des marchandises non livrées, ou demande de paiement ne correspondant manifestement pas à la valeur/au coût du service fourni. » ; « Imposition du financement des propres activités commerciales d'une partie contractante. Imposition du financement du coût d'une campagne de promotion » ; « Imposition de conditions générales de vente contenant des clauses déloyales. » Ces pratiques font bien évidemment penser à celles visées aux art. L. 442-6, I, 1°, Art. L. 442-6, I, 2°, et L. 442-6, I, 5° du C. com.

²⁵⁴⁵ Résolution préc. n°37 : « souligne que cette législation-cadre européenne ne doit pas abaisser le niveau de protection dans les pays qui se sont déjà dotés d'une législation nationale en matière de lutte contre les PCD entre entreprises ».

²⁵⁴⁶ Résolution préc. spéc. n°34.

²⁵⁴⁷ Le Parlement propose à cette fin de prendre modèle sur l'arbitre des supermarchés au Royaume-Uni (*Groceries Code Adjudicator*). L'arbitre des supermarchés pris pour modèle par le Parlement a été créée en 2013 par le *Groceries Code Adjudicator Act* en date du 25 juin 2013. Cet arbitre a pour mission d'arbitrer les différends qui surviennent entre les fournisseurs et les distributeurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Il peut lui-même arbitrer le différend que lui soumettrait un fournisseur ou désigner un autre arbitre pour le faire. L'arbitre a un pouvoir d'enquête, et peut formuler des recommandations, imposer la publication des informations récoltées au cours de son enquête et sanctionner les parties aux paiements de pénalités financières. Afin de guider l'arbitre dans sa mission, le département des Affaires, de l'Énergie et des Stratégies industrielles a publié le 4 août 2009 le *Groceries Supply Code of Practice*. Ce Code recense un certain nombre de principes généraux devant gouverner les relations commerciales des fournisseurs et des distributeurs. Il s'agit plus exactement d'obligations et d'interdictions à l'attention des distributeurs. On y trouve ainsi l'obligation pour le distributeur de contracter avec ses fournisseurs de manière équitable et légale (*fairly and lawfully*), et une liste de pratiques dont certaines reprennent les pratiques restrictives visées à l'article L. 442-6 du Code de commerce. Le Rapport annuel rendu par le *Groceries Code Adjudicator* pour l'année 2016-2017 montre néanmoins que les progrès sont lents. Aucun différend n'a été soumis à l'arbitrage au cours de cette année, et seulement deux sentences arbitrales ont été rendues jusqu'à cette date. La faiblesse du dispositif repose sur le recours au droit souple et l'absence de mesures contraignantes. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/19/pdfs/ukpga_20130019_en.pdf

plaintes ou de leur propre initiative, et en agissant comme médiateur entre les parties concernées²⁵⁴⁸.

811. La proposition de Directive présentée par la Commission européenne le 12 avril 2018 a repris dans l'ensemble les préconisations formulées par le Parlement en recourant à une directive d'harmonisation minimale²⁵⁴⁹. L'idée n'est pas d'imposer des règles fixes contraignantes, mais plutôt d'identifier un niveau minimum de protection à atteindre au moyen de pratiques commerciales déloyales non exhaustives²⁵⁵⁰. Cela n'empêche pas, par conséquent, que les États membres se dotent d'outils juridiques plus sévères²⁵⁵¹. L'une des innovations contenues dans la proposition porte sur l'obligation faite aux États membres de désigner une autorité publique chargée de faire appliquer les règles, habilitée à prononcer une sanction et à ouvrir une enquête²⁵⁵². La Commission semble considérer que les autorités de concurrence nationales pourraient assurer une telle mission²⁵⁵³. Cette autorité publique devrait bénéficier, par ailleurs, d'un réseau de coordination chapeauté par la Commission qui

²⁵⁴⁸ C'est donc un arbitrage combiné à d'autres types de résolution des différends tels que la médiation ou la conciliation. En France la CEPC occupe une fonction pour partie semblable à ces recommandations art. L. 440-1 C. com. Elle peut formuler des avis et des recommandations portant sur la compatibilité de certaines pratiques commerciales avec le droit des pratiques restrictives. Cependant, cette dernière n'a pas, à la différence de l'Autorité de la concurrence un véritable pouvoir d'enquête, le juge exerçant ce pouvoir en matière de pratiques restrictives. La CEPC n'est pas non plus un arbitre dans la mesure où elle n'est pas dotée d'un pouvoir juridictionnel. Cf. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n°9 à 14, pp. 4-6.

²⁵⁴⁹ On soulignera en ce sens que c'est le choix fait jusqu'ici par l'Union en matière de pratiques commerciales déloyales Cf. directive 2011/7/UE du 16 févr. 2011.

²⁵⁵⁰ En ce sens, A. Fortunato *op. cit.* n°518, p. 571.

²⁵⁵¹ Art. 8 de la proposition de Directive : « member States may provide for rules designed to combat unfair trading practices going beyond those set out in Articles 3, 5, 6 and 7, provided that such national rules are compatible with the rules on the functioning of the internal market » ; Fiche de présentation de la Commission du 12 avr. 2018 « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire » : « La proposition présentée aujourd'hui, sous la forme d'une directive, complète la réglementation au niveau des États membres. Ceux-ci peuvent adopter une législation plus stricte, et ils sont d'ailleurs nombreux à avoir déjà mis en place une réglementation plus ambitieuse. Une action au niveau de l'Union crée un niveau de protection de base pour les opérateurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire dans l'ensemble de l'Union, grâce à une harmonisation minimale des règles, à des règles d'exécution communes et à la coordination des efforts déployés en matière de contrôle de l'application. » http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-2703_fr.htm

²⁵⁵² Il avait été question lors de l'adoption de la proposition de Directive de créer une autorité européenne centralisée dédiée à ces pratiques. La proposition de Directive précise néanmoins que l'approche privilégiée de l'harmonisation minimale se prête davantage à des autorités publiques étatiques de contrôle. Spéc. p. 5 de la proposition de Directive. Sur les pouvoirs de l'autorité publique de contrôle V. art. 6 de la proposition.

²⁵⁵³ Proposition de Directive préc. « article 4 requires Member States to designate a competent enforcement authority for the prohibited UTPs. Existing enforcement authorities, for example, in the area of competition law (national competition authorities) could be chosen as the competent authority to realise economies of scope. »

favoriserait l'échange de bonnes pratiques au moyen d'une plateforme dédiées à ces questions²⁵⁵⁴.

812. L'harmonisation des pratiques restrictives de concurrence à l'échelle européenne où ces dernières sont qualifiées de pratiques commerciales déloyales repose donc, pour l'heure, sur des initiatives sectorielles volontaires de faible efficacité²⁵⁵⁵. Néanmoins, la proposition de Directive du 12 avril 2018, devrait venir poser les jalons d'un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre partenaires commerciaux. Bien qu'encourageante, la proposition de Directive demeure limitée dans son périmètre d'application.

813. Le choix fait par la Commission demeure donc pour l'heure modeste, tant par le champ d'application que la proposition de Directive se propose d'embrasser, que par les pratiques incriminées.

²⁵⁵⁴ Proposition de Directive art. 7 : « 1. Member States shall ensure that enforcement authorities cooperate effectively with each other and provide each other mutual assistance in investigations that have a cross-border dimension. 2. The enforcement authorities shall meet once per year to discuss the application of this Directive on the basis of the annual reports referred to in Article 9 (1) and best practices in the area it covers. The Commission shall facilitate those meetings. 3. The Commission shall establish and manage a website that provides for the possibility of information exchange between the enforcement authorities and the Commission, in particular in relation to the annual meetings. »

²⁵⁵⁵ « Projet de réponse de l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence) sur les pratiques commerciales déloyales » préc. point 1.3.1 p. 5 : « Une recommandation (ou un autre texte de soft law) n'aurait aucune force contraignante. Elle serait adressée aux pouvoirs publics afin de les inciter à se doter de règles allant dans le sens des préconisations exprimées ; et/ou à l'intention des entreprises pour les inciter à une forme d'autorégulation. Ce type d'intervention offre l'avantage de la souplesse et respecte les souverainetés nationales mais présente évidemment l'inconvénient d'une efficacité limitée. C'est la raison pour laquelle la Commission y a rarement recours. »

CONCLUSION DU CHAPITRE

814. Au terme de ce chapitre, le contrôle objectif de l'équilibre contractuel révèle sa dimension normative. Cette norme organisationnelle indépendante du rapport d'obligations créé par le contrat se présente sous la forme de conditions générales, de contrat-cadre, ou de clauses, qui recèlent aujourd'hui les principaux déséquilibres contractuels. Le déséquilibre affecte en effet la structure du contrat, les pans de son organisation, et nécessite en cela d'envisager le contrat comme une norme particulière au service d'ordres juridiques privés. Les remèdes aux déséquilibres contractuels semblent bien avoir pris acte de cette normativité particulière, et développent pour ce faire des mécanismes d'éradication des clauses dans le même temps que le contrat d'adhésion est appréhendé à son tour comme une source de normativité particulière. La norme contractuelle ainsi identifiée se trouve amplifiée par la standardisation mise en œuvre par les pouvoirs privés économiques dans l'obtention de nouveaux marchés.

815. Ces « contrats standards », en ce qu'ils constituent des outils de mise en concurrence des opérateurs privés, offrent une place marginale aux outils de traitement des déséquilibres contractuels. Leur intégration dans notre système juridique est d'autant plus délicate que ces conventions *sui generis* se présentent comme une imbrication de figures juridiques polymorphes. Dans ce contexte, le déséquilibre significatif apparaît comme un standard juridique de l'équilibre possible. Transversal et suffisamment général pour y intégrer bon nombre de pratiques, le déséquilibre significatif présente, en droit interne, tous les attraits d'un standard du déséquilibre pertinent. Ce standard n'apparaît pas pour autant suffisant. Confrontés à des pouvoirs privés économiques dynamiques, les systèmes juridiques étatiques peinent à affronter la concurrence normative globale et l'abaissement du niveau de protection des parties qui en est le corollaire. Dans ce contexte, l'harmonisation des pratiques restrictives de concurrence ou pratiques commerciales déloyales à l'échelle de l'Union paraît indispensable. Celle-ci devra pour être efficace, s'inscrire dans le champ du droit de la concurrence et englober l'ensemble des relations commerciales sans se restreindre à une approche sectorielle. Le recours à une directive d'application minimale recensant un certain nombre de pratiques dont le déséquilibre significatif apparaît comme la voie à suivre pour les années à venir.

816. À la fonction normative du contrôle objectif de l'équilibre contractuel s'ajoute néanmoins une seconde fonction qui est en quelque sorte la continuité de la première : réguler le marché. Certains des outils du contrôle objectif de l'équilibre contractuel se présentent en effet comme des instruments de régulation du marché, et témoignent à cet égard de l'aspect politique d'un tel contrôle.

Chapitre 2 : La fonction régulatrice du traitement des déséquilibres

817. Les remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels produisent, à l'échelle du marché, un effet régulateur²⁵⁵⁶ incontestable. Les effets produits par ces remèdes contribuent en effet à inscrire le contrat comme un outil de régulation du marché²⁵⁵⁷. Le caractère transnational de certains contrats d'affaires leur offre au demeurant un rayonnement régulateur plus vaste que celui de la régulation publique limitée au seul État sur le sol duquel elle se déploie. Cette contractualisation régulatrice²⁵⁵⁸ se manifeste au travers des effets produits par les remèdes objectifs au déséquilibre contractuel précédemment identifiés. Plus précisément, il apparaît que la question du déséquilibre contractuel cristallise un enjeu de régulation en ce qu'elle consiste à opérer un arbitrage entre le maintien de la libre concurrence et un intérêt hétérogène. Ce principe hétérogène est incarné, pour la matière contractuelle, par l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire par le contenu contractuel tel que les parties l'ont choisi.

818. Si le droit des pratiques anticoncurrentielles est unanimement présenté comme une composante de la régulation économique, le droit des pratiques restrictives, lui, ne génère pas le même consensus quant à sa fonction régulatrice. Les auteurs minimisent en effet la dimension régulatrice de ce « petit droit de la concurrence » quand ils ne le rattachent pas directement au droit commun des contrats²⁵⁵⁹, évacuant ainsi toute préoccupation d'ordre

²⁵⁵⁶ M.-A. Frison-Roche, Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance, <http://mafr.fr/fr/article/contrat/> Régulation : « La "Régulation" se définit comme la mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel. Elle se rattache donc à une théorie libérale puisque le principe de concurrence y est toujours présent. » Reprenant le critère de la mise en balance entre la libre concurrence et un principe hétérogène : G. Farjat *op. cit.* Pour un droit économique, p. 110.

²⁵⁵⁷ M.-A. Frison-Roche, Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance, <http://mafr.fr/fr/article/contrat/> Contrat : « Le contrat est l'instrument juridique principal et naturel du marché concurrentiel. Il paraît étranger à la régulation qui, proche de la "réglementation", paraît davantage s'exprimer dans des actes juridiques publics unilatéraux. Mais cette division s'estompe car le contrat est un instrument efficace en ce qu'il rend acquise l'acceptation du destinataire de la norme, devenant ainsi l'instrument privilégié des politiques publiques. Le Régulateur va l'utiliser d'autant plus que d'une part, par le contrat, les opérateurs lui apportent de l'information et que d'autre part, les opérateurs ayant de fait la puissance de lui désobéir un rapport contractuel de convergence d'intérêts est pragmatiquement plus efficace. C'est pourquoi le contrat est une figure juridique majeure de la Régulation. »

²⁵⁵⁸ On parle notamment de « contrat de régulation ». Il s'agit de la dénomination nouvelle des anciens « contrats de plan » passés entre l'État et les entreprises en charge d'un service public. V. M.-A. Frison-Roche, Quelle est la nature du « contrat de régulation économique » ouvert à consultation le 17 février 2015 par l'entreprise privatisée « aéroports de Paris (ADP) » ? <http://thejournalofregulation.com/fr/article/quelle-est-la-nature-du-contrat-de-regulation-ouve/> ; F. Marty, Régulation par contrat GREDEG Working Papers Series, n°2015-10, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2015-10.pdf>

²⁵⁵⁹ L. Idot, La protection par le droit de la concurrence *in* Les clauses abusives entre professionnels, (dir.), D. Mazeaud et C. Jamin, Economica, 1998, p. 55 ; L. Vogel, L'articulation entre le droit civil, le droit commercial

concurrentiel. Il s'agit alors de revendiquer l'idée selon laquelle « le droit de la concurrence doit protéger la concurrence, mais pas les concurrents²⁵⁶⁰ ». Si l'on adopte une définition plus large de la régulation économique entendue comme les outils juridiques de correction des rapports de force sur le marché²⁵⁶¹, il est néanmoins possible de voir dans le déséquilibre significatif un vecteur de régulation du marché, qu'il s'agisse du déséquilibre significatif de droit commun ou de son homonyme concurrentiel. Il s'agit donc d'encadrer les contrats par le droit pour « engendrer les contraintes et les pouvoirs nécessaires à la construction de marché²⁵⁶² ». Cet encadrement est loin d'être neutre, et révèle au contraire des lignes directrices ou du moins des orientations économiques en faveur de certains opérateurs et de nouveaux marchés²⁵⁶³. La régulation du marché par le déséquilibre significatif (Section 1) laisse ainsi apparaître les contours d'une régulation du marché par le contrat lui-même (Section 2).

et le droit de la concurrence, *RCC* 2000, n°155, p. 7 ; J.-C. Fourgoux, Inutilité du droit interne de la concurrence, *RJ com.* 1989, p. 145 ; Y. Reinhard, S. Thomasset-Pierre, C. Nourissat, *Droit commercial*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n°234, p. 145. Certains auteurs ont également utilisé l'expression de « droit contractuel de la concurrence » V. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *Nouv. Bibl. th.* vol. 32, Dalloz 2004, spéc. n° 797 et s. ; Ce débat sur l'appartenance du droit des pratiques restrictives de concurrence au droit des contrat est à rapprocher de celui qui porte sur la place qu'il convient de donner au droit de la consommation V. en ce sens, Ph. Stoffel-Munck, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD com.* 2012, p. 705 s. ; D. Mazeaud, *Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ?*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697 ; L'attraction du droit de la consommation, *RTD com.* 1998, 95.

²⁵⁶⁰ C'est la formule de E. M. Fox : « *We protection Competition, You protect Competitors* », *World Competition*, n°26, 2003, p. 149.

²⁵⁶¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^{ème} éd., PUF, 2016 : « Régulation : Équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices, action de régler un phénomène évolutif ». V. aussi, J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 61 : « Dans la théorie générale des systèmes, la régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels des systèmes complexes parviennent à maintenir leur état stationnaire, en préservant leurs équilibres essentiels, malgré les perturbations extérieures. »

²⁵⁶² M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, *RTD civ.* 2004. 451.

²⁵⁶³ *Ibid.* : « En effet, un mouvement dialectique se dessine nettement, qui permet d'utiliser le contrat pour orienter les marchés vers d'autres impératifs que la simple concurrence - l'innovation par exemple. Dès lors, l'enjeu n'est plus de remonter dans l'histoire du rapport entre le contrat et la concurrence, mais de tracer l'articulation nouvelle entre le contrat et la régulation. Le contrat apparaît ainsi comme instrument paradoxal de régulation des marchés, voire comme le moyen de constituer des marchés entiers, comme on peut l'observer dans l'organisation des marchés financiers. »

Section 1 : La régulation contractuelle du marché par le déséquilibre significatif

819. La régulation du marché se présente comme le procédé normatif et para normatif consistant à garantir les conditions d'un fonctionnement équilibré du marché. Cette régulation est habituellement associée au droit des pratiques anticoncurrentielles, aussi appelé « grand » droit de la concurrence, et se distingue à ce titre du « petit » droit de la concurrence injustement présenté comme une discipline étrangère à la poursuite de cet objectif. Le droit des pratiques restrictives et plus particulièrement le déséquilibre significatif révèlent pourtant à l'occasion de leur mise en œuvre un effet régulateur indéniable. Les acteurs de cette régulation (§1) et les effets des pratiques incriminées sur le marché plaident en faveur de l'intégration du droit des pratiques restrictives dans le champ du droit de la concurrence (§2).

§1. Les acteurs de la régulation

820. La régulation économique est traditionnellement présentée comme l'œuvre d'un régulateur indépendant²⁵⁶⁴ incarné par une autorité administrative dédiée²⁵⁶⁵. L'autorité de la concurrence se présente à ce titre comme l'instance de régulation privilégiée du marché. L'étude du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce fait néanmoins apparaître cet outil de contrôle objectif de l'équilibre contractuel comme un outil de régulation. La Commission d'examen des pratiques commerciales²⁵⁶⁶ apparaît donc comme un régulateur sectoriel aux attributions limitées (I), dans le même temps que le ministre de l'Économie apparaît comme un régulateur inadapté (II).

²⁵⁶⁴ M.-A. Frison-Roche *op. cit.* Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance, Régulateur : « Le régulateur, qui prend généralement en France la forme d'une Autorité administrative indépendante (AAI), est la personne ou l'organe qui surveille et contrôle le secteur pour y maintenir l'équilibre entre le principe de concurrence et un autre principe. »

²⁵⁶⁵ M. A. Frison-Roche, Définition du droit de la régulation économique, *D.* 2004, n°2. On cite généralement à ce titre l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, ou bien encore l'Autorité de régulation des marchés financiers sont ainsi présentées comme les principaux acteurs de la régulation.

²⁵⁶⁶ Ci-après dénommée CEPC.

I. La CEPC : une instance de régulation aux attributions limitées

821. La CEPC se présente comme une instance de régulation sectorisée (A), dont les attributions limitent son efficacité (B).

A. Une instance de régulation sectorisée

822. Identifier les attributions de la CEPC en matière de régulation suppose préalablement d'appréhender la CEPC comme un régulateur. La CEPC présente par ses attributions et ses origines²⁵⁶⁷ les aspects d'un régulateur²⁵⁶⁸. La question de son rattachement à la catégorie spécifique des autorités administratives²⁵⁶⁹ est, elle, plus délicate. Il semble que la CEPC ne puisse pas être rattachée à la catégorie des autorités administratives indépendantes²⁵⁷⁰ même si certains auteurs, minoritaires, l'identifient comme telle²⁵⁷¹. L'on choisira donc de parler à

²⁵⁶⁷ Cette commission a été créée par l'article 51 de la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques.

²⁵⁶⁸ F. Petit, La commission d'examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs, *RRJ*, n°1-2002, p. 339-364, spéc. n°6. L'auteur emploie l'expression d'« autorité de régulation professionnelle » au sujet de la CEPC. Certains auteurs préfèrent utiliser l'expression d'« instance de régulation » Cf. C. Barbusiaux : « La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi NRE », *LPA*, 3 juin 2002, n°110, p. 11 ; La CEPC se présente pour sa part comme une « instance consultative » <https://www.economie.gouv.fr/cepc/Presentation-de-la-Commission>

²⁵⁶⁹ M. A. Frison-Roche *op. cit.* Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance, Régulateur : « Le régulateur, qui prend généralement en France la forme d'une Autorité administrative indépendante (AAI), est la personne ou l'organe qui surveille et contrôle le secteur pour y maintenir l'équilibre entre le principe de concurrence et un autre principe. » Les définitions des AAI sont nombreuses V. notamment : G. Cornu : Vocabulaire juridique, 10^{ème} éd., Association Henri Capitant, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos Poche, 2014, V. Autorité (administrative indépendante) : « organisme administratif pourvu de pouvoirs réglementaires ou juridictionnels » <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/organisation/etat/aai/qu-est-ce-qu-autorite-administrative-independante-aai.html> « Une autorité administrative indépendante (AAI) est une institution de l'État chargée, en son nom, d'assurer la régulation de secteurs considérés comme essentiels et pour lesquels le Gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement. »

²⁵⁷⁰ Le site internet de la Commission indique : « La Commission d'examen des pratiques commerciales est une instance consultative, qui veille à l'équilibre des relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs au regard de la législation en vigueur. » V. également, Communiqué de la CEPC, séance du 3 oct. 2007 https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cepc/observations_reforme_seance03102007.pdf Le site « Contrairement à certaines suggestions, il n'est guère opportun de transformer la commission en autorité administrative indépendante en lui attribuant compétence pour statuer sur des litiges ou pour prononcer des sanctions. Elle estime, en effet, nécessaire de demeurer un lieu de dialogues et de consensus entre tous ses membres. » Le site légifrance a dressé une liste exhaustive des AAI françaises sur laquelle la CEPC ne figure pas <https://www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes>, N. Ferrier, *in* CEPC, retour sur une institution singulière, *Le Bulletin de l'ILEC*, n°417, févr. 2011, p. 10 : « La CEPC n'est pas une autorité administrative indépendante, à la différence de la DGCCRF ou de l'Autorité de la concurrence. Elle n'est pas davantage une autorité ou un tribunal judiciaire. »

²⁵⁷¹ A. Fortunato *op. cit.* n°351, p. 378.

son sujet d'une instance de régulation plus que d'un régulateur²⁵⁷². Intrinsèquement liée à la volonté politique de munir les fournisseurs d'un cadre législatif efficace contre les abus de la distribution²⁵⁷³, la CEPC porte en elle les marques d'une régulation sectorisée. La possibilité d'une autorité de régulation pour l'ensemble des relations commerciales avait été envisagée²⁵⁷⁴ avant d'être abandonnée au profit d'une commission dédiée aux problématiques de la distribution. La CEPC s'attache donc aux relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs et sa composition²⁵⁷⁵ elle-même trahit la circonscription de sa mission. C'est dans le secteur de la distribution de produits alimentaires et industriels que la CEPC a rendu le plus grand nombre d'avis²⁵⁷⁶. C'est au demeurant dans ce domaine que la fonction régulatrice de cette Commission apparaît de manière criante.

823. Le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, largement façonné par cette Commission²⁵⁷⁷, a néanmoins élargi les contours de son office aux relations commerciales en dehors de celles propres à la distribution alimentaire²⁵⁷⁸. Une fois encore, les opérateurs de plateformes semblent, en matière de déséquilibre contractuel, avoir pris le relai de la grande distribution. La CEPC a rendu plusieurs avis²⁵⁷⁹ portant sur les plateformes d'intermédiation, et la variété des questions qui lui sont adressées par les

²⁵⁷² L. Vogel, *Traité de droit économique*, *op. cit.* n°548, p. 1058 : « La CEPC est un compromis entre un organe quasi juridictionnel, à l'instar de l'Autorité de la concurrence, et un simple observatoire, souhaité initialement. »

²⁵⁷³ Le gouvernement a, à la suite des manifestations des agriculteurs, annoncé en septembre 1999 les « Assises de la distribution » (Cf. le compte-rendu de l'interview du Premier Ministre au journal télévisé de 20 heures du 13 sept. 2000, paru dans *Le Monde*, n°16994, 15 sept. 1999, p. 7), qui se sont tenues en janv. 2000. V. également Discours du Premier ministre Lionel Jospin en clôture des assises du commerce et de la distribution sur les « orientations pour corriger les déséquilibres entre partenaires commerciaux, prévenir les abus et garantir que les actes contractuels soient respectés », 13 janv. 2000.

²⁵⁷⁴ Rapport d'information sur l'évolution de la distribution de J.- Y. Le Déaut du 11 janv. 2000 spéc. p. 261 : où est proposée la création d'une « commission d'arbitrage des pratiques abusives », qui « serait saisie des litiges bilatéraux survenant entre les partenaires commerciaux sur l'application d'une disposition de conditions générales de vente, de termes d'un contrat ou de mentions figurant sur une facture. Elle pourrait apprécier l'existence d'abus de dépendance économique, d'une pratique discriminatoire ou d'une pratique restrictive interdite par l'article 36 de l'ord. du 1er décembre 1986 ».

²⁵⁷⁵ Elle est composée d'un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs, ainsi que de parlementaires, de magistrats, de fonctionnaires et de personnalités qualifiées.

²⁵⁷⁶ 32 avis ont été rendus dans ce secteur entre 2004 et mai 2017.

²⁵⁷⁷ D. Tricot, *Quels rôle et place de la CEPC dans les relations commerciales*, Colloque de la CEPC du 13 oct. 2016 : la CEPC fête ses 15 ans https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/cepc-13-10-2016-Table-ronde-numero1.pdf L'auteur rappelle que « la notion de déséquilibre significatif a d'ailleurs donné ses lettres de noblesses à la CEPC ». Le Conseil constitutionnel lui-même a renvoyé dans sa Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, les juridictions à la CEPC en matière de définition du déséquilibre significatif.

²⁵⁷⁸ La CEPC a rendu pas moins de 41 avis dans lesquels le déséquilibre significatif de l'art. L. 442-6, I, 2° du C. com était invoqué entre le 1^{er} janv. 2009 et le 16 mai 2017. Il s'agit de la pratique restrictive de concurrence la plus invoquée devant cette Commission.

²⁵⁷⁹ CEPC Avis n° 13-10 du 16 sept. 2013 sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière ; Avis n° 16-2 du 14 janv. 2016 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur les conditions commerciales d'une offre de services de transport.

professionnels manifeste une diversification des secteurs concernés par les déséquilibres²⁵⁸⁰. Le contrat portant sur la création d'un site Internet²⁵⁸¹ passé entre un entrepreneur individuel et une société prestataire a été soumis à la Commission, au même titre que le contrat d'un apporteur d'affaires²⁵⁸², le contrat portant sur des prestations de conseils aux entreprises²⁵⁸³, le contrat de location et de maintenance d'un équipement de publipostage destiné à un GIE de médecins libéraux²⁵⁸⁴, ou bien encore le contrat passé par une société avec une autre n'agissant que comme compte de transfert²⁵⁸⁵. Ces avis trahissent l'intérêt plus général des professionnels pour des outils de régulation accessibles. Il ne semble pas néanmoins que la CEPC entende véritablement réguler d'autres marchés que celui de la distribution pour lequel elle a été créée²⁵⁸⁶. Pour preuve, l'ensemble des études et recommandations réalisées par la Commission portent sur le marché de la distribution. La fonction de la CEPC se trouve dès lors minimisée par l'effet de cette sectorisation du contentieux dont elle connaît. La place de cette instance de régulation est par ailleurs minimisée par la nature des pouvoirs mis à sa disposition.

²⁵⁸⁰ M. Chagny, CEPC, retour sur une institution singulière, *Le Bulletin de l'ILEC*, n°417, févr. 2011, pp. 7-9.

²⁵⁸¹ Avis numéro 15-1 du 30 sept. 2015 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité avec l'article L442-6-I, 1° et 2° du Code de commerce. V. dans le même sens, Avis n°15-02 relatif à une demande d'avis d'un auto-entrepreneur sur les clauses d'un contrat relatif à la création d'un site internet, au regard de l'article L. 442-6-I, 2° du Code de commerce : avis non publié en raison de l'absence de réponse de l'auteur de la demande d'avis à la question relative à sa publication.

²⁵⁸² Avis n°15-21 du 23 juin 2015 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L442-6 du Code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises.

²⁵⁸³ Avis du 23 juin 2015 n°15-22 relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur la validité des conditions de révision du prix d'un abonnement.

²⁵⁸⁴ Avis n° 16-3 du 10 févr. 2016 relatif à une demande d'avis portant sur les pratiques contractuelles de deux sociétés en matière d'équipement de publipostage.

²⁵⁸⁵ Avis numéro 16-13 du 5 oct. 2016 relatif à une demande d'avis d'une entreprise portant sur le recours à des sociétés intermédiaires n'agissant que comme compte de transfert.

²⁵⁸⁶ La seule étude de marché réalisée porte sur les produits de la grande distribution. M. Dietsch, L'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs. Le cas des marchés de produits de grande consommation, Rapport pour la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, 22 janvier 2007. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/rapport_equilibre_relation_fournisseursdistributeurs.pdf Par ailleurs, la composition de la CEPC est à l'image de cette sectorisation puisqu'elle se compose pour 37% de « grossistes et distributeurs » et pour 37% de « fournisseurs » le reste étant composé de parlementaires, magistrats, personnes qualifiées et administration. <https://www.economie.gouv.fr/cepc/Composition-de-la-Commission-d-examen-des-pratique>

B. Des attributions limitées

824. La CEPC, à la différence de l'Autorité de la concurrence²⁵⁸⁷, se limite à formuler des avis ou des recommandations. Sa mission n'est donc pas contentieuse, mais consultative²⁵⁸⁸. Les avis et recommandations qu'elle rend n'ont pas de caractère obligatoire, et la commission ne peut en aucun cas prononcer de sanction. Plus exactement, il apparaît que le cœur de sa mission réside dans sa fonction d'observatoire des pratiques commerciales. Cette dernière est dotée par la loi d'«un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs et revendeurs qui lui sont soumis²⁵⁸⁹». Il s'agit là du «rôle que ses créateurs ont souhaité lui confier²⁵⁹⁰». La CEPC assure ainsi la transparence des relations commerciales par l'examen attentif des documents commerciaux ou publicitaires, des contrats entre revendeurs et fournisseurs, et de toutes pratiques susceptibles d'être regardées comme abusives dans la relation commerciale. Son rapport annuel d'activité est public²⁵⁹¹ et constitue un document détaillé sur le nombre et la nature des infractions au titre IV du Code de commerce. De ce rôle d'observatoire découle la construction d'un droit souple, par l'incitation au recours de Codes de bonne conduite. La CEPC a ainsi recommandé la création d'un Code de bonnes pratiques en matière de délais de paiement²⁵⁹², ainsi qu'un Code de bonne conduite en matière de management par catégorie²⁵⁹³.

825. Au vrai, les pouvoirs de la CEPC ne sont pas suffisants pour faire d'elle une instance de régulation des pratiques restrictives. La régulation opérée par cette instance est donc parcellaire et ne permet pas d'assurer aux pratiques restrictives de concurrence le rayonnement qu'elles méritent. Cela conforte l'idée selon laquelle ces pratiques seraient dépourvues d'une portée générale et se limiteraient à une approche relative du déséquilibre contractuel. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel manifeste pourtant le caractère

²⁵⁸⁷ L'ADLC dispose d'un pouvoir consultatif (art. art. L. 462-1 et L. 462-2 C. com.), elle peut formuler des avis et des recommandations (Art. L. 462-4 C. com.), et elle peut surtout prononcer des sanctions et des injonctions (art. 464-2 C. com.).

²⁵⁸⁸ La CEPC peut par ailleurs être saisie « consultée par les juridictions sur des pratiques, définies au présent titre, relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. » art. L. 440-1 IV, alinéa 2 C. com.

²⁵⁸⁹ Art. L. 440-1, V, a. 4 C. com.

²⁵⁹⁰ A. Fortunato *op. cit.* n°354, p. 381.

²⁵⁹¹ Art. L. 440-1, V, dernier alinéa.

²⁵⁹² Recommandation n°05-01 sur les délais de paiement et leur application du 1^{er} janv. 2009.

²⁵⁹³ Recommandation n° 11-01 relative à un Code de bonne conduite en matière de management par catégorie, du 7 nov. 2011.

collectif des pratiques appréhendées et la nécessité d'y répondre par des remèdes dont les effets ne se limitent pas aux parties. La place occupée par le ministre de l'Économie dans le contentieux du déséquilibre significatif en témoigne.

II. Le ministre de l'Économie : un régulateur autonome ?

826. Le ministre de l'Économie se dresse depuis plusieurs années comme un nouveau régulateur du marché par le biais des pratiques restrictives de concurrence. La spécificité de son action autonome en protection du marché (A), questionne sur la légitimité de cette action et laisse entrevoir un dirigisme économique masqué (B).

A. Une action autonome exorbitante en protection du marché

827. Le caractère exorbitant de l'action du ministre aux fins de protection du marché s'induit de son caractère autonome (1), de sa nature délictuelle (2) et des prérogatives qui lui sont attachées (3).

1. Le caractère autonome de l'action

828. Le contentieux des pratiques restrictives et plus particulièrement celui touchant au déséquilibre significatif, témoigne de l'implication croissante du ministre de l'Économie dans le domaine contractuel aux fins de régulation. Doté par l'article L. 442-6, III du Code de commerce de la qualité à agir devant les juridictions compétentes pour connaître des pratiques restrictives visées par cet article²⁵⁹⁴, le ministre de l'Économie joue en la matière un rôle pour le moins atypique. Vivement critiquée par certains auteurs, l'action autonome du ministre de l'Économie en protection du marché²⁵⁹⁵ présente l'avantage d'éviter aux cocontractants les risques de mesures de rétorsion économiques dans le même temps qu'elle manifeste la protection de l'intérêt général. Cette action se situe donc « entre la défense d'intérêts privés et

²⁵⁹⁴ L'action du ministre de l'Économie ne date pas pour autant de ce texte. Elle a été introduite par l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et était alors limitée au prononcé d'une amende civile et à la cessation des pratiques. C'est la loi du 15 mai 2001 qui est venue étendre les pouvoirs du ministre en lui permettant de demander au juge la réparation du préjudice subi par les victimes, la répétition de l'indu et de constater la nullité des clauses ou contrats illicites.

²⁵⁹⁵ Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786.

la protection de l'ordre public économique »²⁵⁹⁶. La difficulté consistait pour cette action à trancher la question de savoir si le ministre agissait ici en lieu et place du cocontractant victime, où dans son seul intérêt. Après avoir considéré un temps cette action comme une action par substitution²⁵⁹⁷, la Cour de cassation affirme désormais le caractère autonome de celle-ci et revendique un objectif de « protection du fonctionnement du marché et de la concurrence »²⁵⁹⁸. Le ministre de l'Économie, peut, dans ces circonstances, être présenté comme un régulateur autonome poursuivant un objectif de régulation qui lui est propre. La différence de régime entre l'action privée et l'action publique sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce renforce ce constat.

829. Alors que dans le contentieux initié par les parties au contrat l'admission du déséquilibre significatif demeure marginale²⁵⁹⁹, les recours initiés par le ministre sont presque systématiquement couronnés de succès²⁶⁰⁰. Il faut ajouter à cela la spécificité formelle des décisions rendues par suite de l'intervention du ministre et le montant des amendes prononcées. S'agissant du premier aspect, il apparaît en effet qu'« alors que le contentieux à l'initiative du ministre donne lieu à des décisions richement motivées, la lecture des décisions rendues à l'initiative des opérateurs économiques révèle le plus souvent une motivation

²⁵⁹⁶ P. Reis, L'intervention du ministre de l'Économie dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement : entre défense des intérêts privés et protection de l'ordre public économique, *in* Le droit économique entre intérêt privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, p. 164.

²⁵⁹⁷ CA Versailles, ch. 12 sect. 2, 3 mai 2007, SA Coopérative groupement d'achats des centres Leclerc c./ Min. Économie et Fin. JurisData n°2007-333342 ; *JCP G* 2007, II, 10191, obs. A. AM. Luciani. Confirmée par

²⁵⁹⁸ Com. 8 juill. 2008, n°07-13.350 ITM, Bull. civ. IV, n°143 et Com. 8 juill. 2008, n°07-16.761 D. 2008 p. 3046, obs. M. Bandrac. Confirmée par Cons. constit. 13 mai 2011, *Dalloz actualité*, 24 mai 2011. Obs. E. Chevrier et CEDH 17 janv. 2012, n°51255.08, SA Coopérative groupement d'achats des centres Leclerc [Galec] c. France : *Dalloz Actualités* 17 févr. 2012, note E. Chevirer. V. plus récemment, Civ. 1, 6 juillet 2016, n° 15-2181, L'article L.442-6, III C. com. réserve au Ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles. Cette action, attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique, pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence, est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet. Le Ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la convention d'arbitrage prévue au contrat de distribution liant les parties est inapplicable au litige.

²⁵⁹⁹ Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2016), Document établi par la Faculté de Droit de Montpellier, p. 45 : « les juges, dans le cadre du contentieux à l'initiative des opérateurs économiques, ont rejeté le déséquilibre significatif dans 38 décisions sur 42, confirmant dans plus de 90% des cas les décisions antérieures [...] le contentieux privé débouche sur un nombre très limité de condamnations, soit 9 seulement au total depuis l'entrée en vigueur du dispositif (voir rapports 2010-2015) ».

²⁶⁰⁰ En 2016, 3 décisions ont été rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce dans des contentieux ayant pour origine soit une action du Ministre, soit dans lesquels il est intervenu volontairement ou de manière forcée. Sur les trois décisions (Cass. Com. 4 octobre 2016, société ... c/ Ministre, pourvoi n°14-28 013 ; Tribunal de commerce de Paris, 21 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2015027442 ; Tribunal de commerce de Paris, 29 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2014027403) 2 ont retenu l'application de l'article L. 442-6, I, 2°. Cf. DGCCRF, Bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2016, mai 2017.

absente ou lacunaire²⁶⁰¹ ». S'agissant du montant des amendes civiles prononcées, il apparaît là encore que les actions initiées par le ministre ou dans lesquelles celui-ci intervient sont sanctionnées par des amendes plus importantes que dans les contentieux « privés ». Cela s'explique pour une large partie par le poids économique et l'intensité des pratiques condamnées dans l'un et l'autre cas. Mais il est possible de voir dans cette dissemblance le marqueur d'un interventionnisme étatique revendiqué. La nature délictuelle de l'action du ministre confirme cette intuition.

2. La nature de l'action

830. La question de la nature de l'action autonome du ministre a suscité de vifs débats doctrinaux et une activité jurisprudentielle très riche. Alors que le contrat apparaît comme le support nécessaire des pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, la nature contractuelle de l'action autonome du ministre de l'Économie n'a pas recueilli les suffrages de la jurisprudence. Et pour cause, si le contrat est le support nécessaire des pratiques mises en cause, le ministre de l'Économie n'est en aucun cas partie à la convention litigieuse, et ne peut, par application de l'effet relatif des conventions, obtenir la sanction d'une mauvaise exécution du contrat²⁶⁰². Il vient en conséquence sanctionner un comportement fautif sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. La question de la nature de l'action autonome du ministre n'a pas été sans poser problème aux juges, et touche l'ensemble des pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce²⁶⁰³. Cette difficulté est d'autant plus cruciale que de l'identification de la nature de cette action dépend l'application des clauses portant application d'un droit étranger, les clauses attributives de juridictions, ou clauses compromissaires très fréquentes en pratique. Alors que la Chambre commerciale y a vu la présence d'une action quasi délictuelle²⁶⁰⁴ ou délictuelle²⁶⁰⁵, la

²⁶⁰¹ Étude préc. Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, p. 45.

²⁶⁰² Bien qu'il existe, pour un tiers au contrat, la possibilité d'agir sur le fondement délictuel au titre de l'inexécution contractuelle d'une partie au contrat, lorsque cette inexécution lui cause un préjudice. Ass. Plén. 6 oct. 2006, 05-13.255, *D.* 2006. 2825, note G. Viney.

²⁶⁰³ Cette question ne se pose pas seulement en matière de déséquilibre significatif, elle touche aussi la rupture brutale des relations commerciales établies. V. D. Mainguy, La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre, *D.* 2011, p. 1495 ; C. Nourissat, Rupture d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action, *RLDA* 2007, n°19, p. 67.

²⁶⁰⁴ Com. 18 oct. 2011, n°10-28.005, SA Coopérative groupement d'achats des centres Leclerc [Galec] c./ Min., *CCC* 2012, comm. 9 obs. N. Mathey.

²⁶⁰⁵ Les pratiques visées par l'article L. 442-6 du C. com. Visent bien des actes : « soumettre ou tenter de soumettre », « obtenir ou tenter d'obtenir », « rompre brutalement ». Pour des décisions retenant la nature

première Chambre civile a semblé y déceler un temps la présence d'une action de nature contractuelle²⁶⁰⁶.

831. Il apparaît, au regard des dernières décisions rendues, que la nature délictuelle de l'action a définitivement été acquise. Si le tribunal de commerce de Paris avait semblé un temps retenir la nature contractuelle de l'action autonome du ministre lorsque celui-ci sollicitait la nullité du contrat²⁶⁰⁷, laissant envisager la reprise de la dichotomie entre les demandes du ministre pour lesquels ce dernier doit informer les parties au contrat de celles pour lequel cela n'est pas nécessaire ; l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 juin 2017 affirme haut et fort la nature délictuelle de cette action²⁶⁰⁸. Cette solution est heureuse dans la mesure où elle met un terme aux errements de la jurisprudence qui participaient d'une insécurité juridique. Elle permet enfin d'asseoir la spécificité de cette action exorbitante particulièrement visible si l'on s'intéresse aux prérogatives mises à la disposition du ministre.

3. Les prérogatives exorbitantes attachées à l'action du ministre

832. Les prérogatives attachées à l'action du ministre au cours de l'action intentée par lui ou dans laquelle celui-ci interviendrait de manière volontaire manifestent le caractère exorbitant de cette action. Les services d'investigation à la disposition du ministre (a) et l'amende civile au paiement de laquelle il peut solliciter la condamnation du défendeur font envisager cette action sous un prisme répressif (b).

délictuelle de l'action du ministre : Cass. Com. 6 févr. 2007, n°04-13.178, *D.* 2007, 653, obs. E. Chevrier ; Cass. Com. 21 oct. 2008, n°07-12.336 et Cass. Com. 13 janv. 2009, n°08-13.971 ; Cass. Com. 18 janv. 2011, *RDC* 2011, p. 941, obs. E. Treppoz ; CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, *Gaz. Pal.* 12 sept. 2017, n°30, p. 21, obs. F. Jacomino.

²⁶⁰⁶ Cette solution semble aujourd'hui avoir été abandonnée au profit de la nature délictuelle de l'action Cf. Cass., 1^{re} civ. 6 juillet 2016, *D.* 2016. 1910

²⁶⁰⁷ T. com Paris, 7^e ch. 7 mai 2015, n° j2015000040, *Expedia* ; T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2014027403 (Ministre de l'Economie et des Finances et autres / Société *Booking.com* B.V et Société *Booking.com* France), obs. M. Behar-Touchais, *RDC* 1^{er} déc. 2015, n° 4, p. 889.

²⁶⁰⁸ CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, *Gaz. Pal.* 12 sept. 2017, n°30, p. 21, obs. F. Jacomino.

a. Les services d'investigation mis à la disposition du ministre

833. Il apparaît tout d'abord que le ministre de l'Économie dispose de véritables services d'investigations au travers de l'action de fonctionnaires habilités²⁶⁰⁹. Il faut dire que ces enquêtes qui consistaient habituellement en des enquêtes simples sur le fondement de l'article L. 450-3 du Code de commerce²⁶¹⁰ sont délaissées au profit d'opérations d'investigations plus lourdes, sous le contrôle de l'autorité judiciaire. L'article L. 450-4 du Code de commerce permet en effet aux agents habilités de procéder à des « visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information » à la demande notamment du ministre chargé de l'économie sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention. Les agents de la DGCCRF ont ainsi procédé en 2014 à l'audition d'Intermarché soupçonné de soumettre ses fournisseurs à des avantages financiers dépourvus de contrepartie. Insatisfaite par le contenu des explications du distributeur, la DGCCRF a sollicité auprès du JLD l'autorisation de mener auprès d'Intermarché des opérations de visite et de saisies autorisées par une ordonnance du 16 juillet 2014.

834. La même procédure a été mise en œuvre suite à des soupçons touchant le groupe Carrefour de tentative de soumission de ses fournisseurs au paiement d'une « remise complémentaire de distribution » non justifiée²⁶¹¹. Le groupe Carrefour a fait appel de la décision, laquelle a été confirmée par plusieurs arrêts du 14 décembre 2016²⁶¹² la Cour d'appel de Paris ayant considéré que le JLD disposait, selon la méthode du faisceau d'indices,

²⁶⁰⁹ Art. L. 450-1, II, C. com.

²⁶¹⁰ Les pouvoirs des agents habilités dans le cadre de ces enquêtes ont été successivement étendus par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi *Hamon*, qui a modifié substantiellement le droit d'accès des agents en leur permettant un accès non seulement à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, mais aussi aux locaux à usage mixte, professionnel et d'habitation, et surtout un accès aux logiciels et données informatiques. Puis par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*, a ensuite introduit des modifications mineures, d'une part pour préciser que le droit de demander la communication de documents vaut pour les documents « entre quelques mains qu'ils se trouvent », et d'autre part pour préciser que les enquêteurs « peuvent exiger la mise à leur disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications ». Cf. Commentaire de la Décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, p. 3 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016552QPC2016552qpc_ccc.pdf

²⁶¹¹ Ordonnance de visite et de saisie rendue le 5 février 2016 par le Juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance d'Evry et dans le cadre du recours contre les opérations de visite et de saisies des 9 et 10 février 2016 dans les locaux des sociétés du groupe.

²⁶¹² CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 14 déc. 2016, n°16-11138 ; 16-11156 ; 16-11173 ; 16-11179 ; 16-11205 ; 16-11210 ; 16-11213 ; 16-11214 ; 16-11215 ; 16-11246 ; 16-11263 ; 16-11270 ; 16-11276 ; 16-11292 CSF (Sté) ; Carrefour Administratif France (Sté) ; Carrefour Hypermarchés (Sté) ; Carrefour Import (Sté) ; Carrefour Marchandises Internationales (Sté) ; Carrefour Proximité France (Sté) ; Interdis (Sté) c. Ministre chargé de l'Economie.

d'éléments suffisants pour laisser présumer l'existence de pratiques restrictives de concurrence au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Les éléments de preuve recueillis au cours de ces enquêtes fournissent au ministre de l'Économie partie à l'instance un avantage exorbitant sur les défendeurs. La Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins eu l'occasion de préciser que le fait que le ministre dispose de tels moyens d'investigation ne constituait pas une atteinte au droit à un procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention²⁶¹³. Si cette solution était prévisible, elle rappelle que la configuration de la procédure initiée par le ministre de l'Économie rappelle, par les problématiques qu'elle soulève, l'architecture de l'action publique mise en œuvre dans le cadre d'une procédure pénale.

b. La tentative de rattachement de l'action du ministre à la matière répressive

835. La dimension punitive des sanctions mises à la disposition du ministre fait dire à certains auteurs que son action serait en réalité de nature répressive. Il s'agirait, après avoir largement dépénalisé la matière²⁶¹⁴, de ramener une dose de répression par le biais des pratiques restrictives²⁶¹⁵. S'il est vrai que l'amende civile contient une dimension répressive²⁶¹⁶, il ne faut pas croire pour cela que la répression serait l'affaire de la seule matière pénale. Les projets de réforme de la responsabilité civile manifestent au demeurant le regain d'intérêt du législateur pour l'amende civile²⁶¹⁷. L'article 1266, alinéa 1 de l'avant-projet de la Chancellerie portant réforme de la responsabilité civile²⁶¹⁸ dispose ainsi que

²⁶¹³ À condition bien entendu que le distributeur puisse avoir accès à l'ensemble des pièces du dossier et qu'il puisse exercer les droits de la défense. CEDH, 17 janv. 2012, *Galec c/ France* aff. 51255/08, *RLC*, n° 31, 1er avril 2012, obs. M. Behar-Touchais.

²⁶¹⁴ L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a largement dépénalisé le droit de la concurrence. Auparavant, toute infraction à l'interdiction des ententes et abus de position dominante était sanctionnée pénalement. Les sanctions pénales n'ont pas pour autant totalement disparues en matière de pratiques anticoncurrentielles (art. L. 420-6), ni en matière de pratiques restrictives (L. 443-1, L. 442-2, L. 442-5 du Code de commerce).

²⁶¹⁵ P. Reis, art. préc. ; C. Lucas de Leyssac, M. Chagny, *Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? RDC* 2009, n°3, p. 1268, M. Behar-Touchais, *Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? Colloque Pratiques contractuelles et droit de la concurrence, Concurrences* n° 1-2011, n°5, p. 39 : « Le fait qu'une sanction "répare" une sorte de dommage à l'économie ne la prive pas d'un caractère répressif, car cette prétendue réparation n'a rien à voir avec la réparation d'un dommage subi par un particulier. » ; M. Behar-Touchais, J.-B. Gouache, *Les apports de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 en matière de distribution, CCC* n° 6, Juillet 2017, étude 7.

²⁶¹⁶ E. Dreyer, *L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? JCP E* n° 25, 22 Juin 2017, 1344.

²⁶¹⁷ *Ibid.*

²⁶¹⁸ Ce projet a été soumis à consultation publique entre avril et juillet 2016 et un projet de réforme de la responsabilité civile a été présenté le 13 mars 2017 par le garde des Sceaux à l'Académie des sciences morales et politiques.

« lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile ». L'article 1266-1 issu de ce projet dispose pour sa part qu' « en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile ». Il s'agit là d'une évolution historique de la matière délictuelle²⁶¹⁹, d'autant plus importante que l'introduction dans le Code civil des dommages et intérêts punitifs était à l'étude depuis plusieurs années²⁶²⁰. Il apparaît ainsi que le législateur a entendu maintenir une frontière étanche entre intérêt privé et intérêt public en réservant l'amende à la sanction d'une atteinte faite à l'intérêt public, et la réparation du « dommage » pour le préjudice causé à un particulier²⁶²¹. L'amende civile suppose donc que soient réunies les conditions de la responsabilité civile extracontractuelle à savoir une faute, un dommage et un lien de causalité²⁶²². Cette amende peut être définie comme la sanction d'une faute de nature extracontractuelle qui n'est pas constitutive d'une infraction, et qui est prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire, civile ou commerciale²⁶²³. Le comportement qu'elle sanctionne n'est pas une infraction, c'est-à-dire un comportement suffisamment grave pour entraîner sa condamnation sociale, mais se

²⁶¹⁹ E. Dreyer, La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, *D.* 2017, p. 1136.

²⁶²⁰ P. Catala [sous la dir. de], Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, La documentation française, Rapport au ministère de la Justice, article 1371 du Code civil : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables » ; Pour des auteurs en faveur de l'introduction des dommages et intérêts punitifs : Ph. le Tourneau, Parasitisme. Régime juridique, *J.-Cl. Conc. Consom.*, fasc. n° 228, spéc. n° 30 ; Y. Picod, La concurrence déloyale in La concurrence, travaux de l'Association Henri Capitant, Journées internationales, Maroc, 2006, Société de législation comparée, 2010, spéc., p. 164 s. ; Sur les avantages de l'amende civile sur les dommages et intérêts punitifs, art. préc. M. Behar-Touchais, L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? *LPA* 20 nov. 2002, p. 36, n° 5. L'auteur identifie deux inconvénients des dommages et intérêts punitifs : ces derniers sont déductibles fiscalement par l'entreprise condamnée et en allant dans les mains de la victime de la pratique condamnée, les dommages et intérêts peuvent constituer un avantage concurrentiel au profit de son bénéficiaire.

²⁶²¹ R. Saint-Esteben, Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs, *LPA* 20 janv. 2005, n° 14, p. 53.

²⁶²² Art. 1240 C. civ.

²⁶²³ À l'exception des cas pour lesquels le juge pénal peut le faire en cas d'abus de plainte avec constitution de partie civile (article 177-2 du Code de procédure pénale) ou d'abus de citation directe (article 392-1 du Code de procédure pénale). Ici l'amende civile est une amende de « procédure » prononcée à l'encontre de la partie civile.

caractérise, dans le cas des pratiques restrictives²⁶²⁴, par l'obtention d'un avantage économique injustifié. On parle alors de « faute lucrative²⁶²⁵ ». L'amende civile sert à la fois à sanctionner cette faute, mais également à en prévenir l'existence. La sanction de la tentative de soumission à un déséquilibre significatif qui n'aurait en pratique produit aucun effet, vise bien à prévenir la survenance de ce comportement en dissuadant les entreprises d'y recourir. La dimension punitive de cette amende se partage donc avec une dimension préventive et brouille ce faisant la nature profonde de cette sanction. Ni tout à fait préventive, ni tout à fait pénale, l'amende civile est une figure à part entière de la matière délictuelle, mais doit dans le même temps respecter le principe de légalité des délits et des peines lorsque les montants en jeu sont importants²⁶²⁶. Cette dernière obligation ne trahit cependant pas nécessairement la présence d'une infraction pénale, mais celle, plus simplement, d'un « texte légal d'incrimination²⁶²⁷ ». La question, comme le note un auteur, n'est pas de savoir s'il s'agit d'une infraction dissimulée, mais plutôt « de savoir quels principes sont suffisamment forts dans un État de droit, pour qu'on ne puisse pas tolérer qu'une sanction répressive » soit prononcée sans respecter les garanties élémentaires prévues par notre droit en matière d'édiction d'une amende²⁶²⁸. Le Conseil constitutionnel considère en ce sens que le « principe de légalité des délits et des peines est applicable non pas seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais à toute sanction ayant le caractère d'une punition »²⁶²⁹. L'on peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'appliquer ici d'autres principes et particulièrement le principe *non bis in idem*²⁶³⁰. Ce principe paraît mis en danger si l'on songe, par exemple, au cas pour lequel une entreprise aurait été condamnée, sur la demande du ministre, au paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce ainsi qu'à la répétition de l'indu. Dans la mesure où l'action du ministre n'est

²⁶²⁴ Ce n'est pas cas pour l'ensemble des amendes civiles. V. notamment art. 32-1 CPC pour l'abus du droit d'agir en justice, art. 430-9, alinéa 1 du Code de l'urbanisme pour la destruction d'un immeuble sans permis de démolition Cf. Art. 430-2 du même Code.

²⁶²⁵ Pour une définition, G. Viney Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, préc., p. 148, qui la décrit comme une catégorie de « faute délibérée » qui « exige une motivation spéciale » ; M. Behar-Touchais art. préc., et E. Dreyer art. préc. qui déplore que le projet de réforme de la responsabilité civile crée le régime de l'amende civile sans définir son objet à savoir la faute lucrative ; J. Méadel, Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? *LPA* 17 avr. 2007, n°77, p. 6.

²⁶²⁶ Décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

²⁶²⁷ M. Behar-Touchais, obs. sous CA Nîmes, 25 févr. 2010, n° 07-00606, SAS Carrefour France c/ Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, *RDC* 1^{er} oct. 2010, n°4, p. 1331.

²⁶²⁸ Articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 et, en particulier, le principe de légalité des délits et des peines.

²⁶²⁹ Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 32, Décision n° 2010-85 QPC – 13 janvier 2011, p. 6.

²⁶³⁰ Article 4 du protocole n°7 de la Convention européenne des droits de l'homme et article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

pas une action en substitution, la condition relative à l'unité de l'intérêt juridique protégé²⁶³¹ semble bien remplie.

836. Le détour par l'amende civile n'emporte pas l'adhésion en faveur de la nature pénale de l'action autonome du ministre. Non seulement la nature pénale de cette action n'est pas affirmée par les textes, mais elle revient à minorer la place du contrat précisément là où celui-ci revêt un intérêt stratégique essentiel. Il devrait dès lors être possible de revendiquer la dimension partiellement répressive de l'amende civile sans pour cela associer le comportement incriminé à une infraction pénale. La correction des contrats par le prisme de la nullité des clauses et/ou du contrat, ainsi que la cessation des pratiques pour l'avenir constitue les éléments essentiels de la politique de régulation du ministre. Considérer en conséquence, que l'on serait ici face à une action de nature exclusivement répressive revient à faire abstraction du caractère déterminant du contrat dans la régulation des forces en présence, et empêche l'alimentation de l'ordre public économique dont il a été vu à quel point il constituait la pierre angulaire des remèdes aux déséquilibres contractuels. Pour l'ensemble de ces raisons, la nature pénale de l'action du ministre doit être écartée, au profit de sa nature délictuelle.

837. Il faut ajouter que le ministre de l'Économie dispose d'un panel de sanctions plus large que celui mis à la disposition du partenaire commercial victime de la pratique incriminée. Le ministre peut en effet solliciter la cessation des pratiques, la condamnation du cocontractant au paiement d'une amende civile, la répétition de l'indu, mais encore la nullité des clauses ou contrats illicites. L'étude de ces sanctions peut laisser une impression de dévoiement « de mécanismes ou de concepts du droit civil²⁶³² ». Il apparaît indispensable d'assurer en la matière le respect des garanties élémentaires en matière d'édiction d'une amende, et plus particulièrement celui du principe de légalité des délits et des peines et celui du principe *non bis in idem*. Cela suppose donc que les décisions rendues soient richement motivées afin que les parties soient en mesure d'identifier les critères constitutifs des pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. Mais cela suppose encore que l'action autonome du ministre de l'Économie ne soit pas assimilée à un dirigisme économique conquérant.

²⁶³¹ CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland E.A. c/ Commission, aff. jointes C-204/00 P et autres, Rec. I. 123.

²⁶³² C. Lucas de Leyssac et M. Chagny, Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? *RDC* 2009, n°3, p. 1268.

B. Un dirigisme économique masqué

838. Plusieurs auteurs²⁶³³ ont présenté le dispositif de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce comme le cheval de Troie d'un dirigisme économique²⁶³⁴ conquérant. Il faut admettre que les sanctions mises à la disposition du ministre de l'Économie visent bien à « discipliner²⁶³⁵ » le comportement des acteurs économiques sur le marché. Ces sanctions manifestent l'omniprésence de l'intérêt supérieur de la sauvegarde du marché tel qu'entendu par les pouvoirs publics. Même les sanctions qui pourraient laisser croire à la protection des cocontractants semblent en réalité motivées par l'intérêt prioritaire de l'État. L'action du ministre de l'Économie alimenterait donc l'ordre public économique²⁶³⁶ dans le même temps qu'elle en assurerait la défense. La place même des cocontractants dans l'instance trahit leur rôle secondaire. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le consentement des cocontractants n'est pas requis, le ministre de l'Économie ne subordonnant pas son action à l'accord préalable de ces derniers²⁶³⁷. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel exige que le ministre informe les parties de son action, sans pour cela requérir leur accord, seulement lorsque celui-ci sollicite la nullité du contrat ou des clauses, la répétition de l'indu ou la réparation du préjudice subi par la victime de la pratique²⁶³⁸. À l'inverse, le ministre de l'Économie peut agir en cessation des pratiques et/ou prononcé d'une amende civile sans avoir à en informer les parties concernées. La Cour européenne des droits de l'homme a pourtant retenu une solution moins contraignante en 2012 en considérant que le défaut d'information des cocontractants, même dans les hypothèses visées dans la réserve du Conseil constitutionnel, ne saurait constituer une atteinte à l'article 6§1 de la Conv. EDH, à moins que le requérant ne démontre que cela lui a causé un préjudice²⁶³⁹. Il ressort néanmoins des arrêts de la Cour de cassation les plus récents que les juges maintiennent une obligation d'information à la charge du ministre dans les cas énumérés par le Conseil constitutionnel

²⁶³³ *Ibid.*

²⁶³⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11^e éd., PUF, 2016, V. Dirigisme : « Politique d'autorité (et système économique qui en découle) tendant à soumettre l'économie à un ordre public de contrôle et de direction, en restreignant la liberté des conventions, not. Celle des prix, espèce d'interventionnisme étatique. »

²⁶³⁵ P. Reis art. préc.

²⁶³⁶ Y. Gaudemet, Les contrats au pays de la régulation, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n°3, p. 325.

²⁶³⁷ Décision préc. Cass. Com. 8 juill. 2008.

²⁶³⁸ Cons. constit. 13 mai 2011, *Dalloz actualité*, 24 mai 2011. Obs. E. Chevrier.

²⁶³⁹ CEDH 17 janv. 2012, n°51255.08, SA Coopérative groupement d'achats des centres Leclerc [Galec] c. France, *Dalloz Actualités* 17 févr. 2012, note E. Chevrier ; CCC n°4 avr. 2012, comm. 94 obs. M. Malaurie-Vignal. La Cour EDH souligne en effet que le distributeur est libre d'assigner son fournisseur en intervention forcée s'il le souhaite.

dans sa décision du 13 mai 2011 ou à tout le moins lorsque celui-ci sollicite la répétition de l'indu²⁶⁴⁰.

839. Ainsi, l'action en répétition de l'indu, destinée à obtenir du responsable des pratiques incriminées le remboursement des sommes indûment perçues à l'occasion de ces pratiques consiste, lorsqu'elle est demandée par le ministre, à voir ces sommes versées au Trésor public. S'il est vrai que celui-ci a ensuite l'obligation de reverser ces sommes au cocontractant lésé, il n'en demeure pas moins que cette action revêt un aspect confiscatoire. L'enjeu économique est colossal²⁶⁴¹ puisqu'il s'agit pour les distributeurs visés par cette sanction de rembourser le montant des sommes indûment perçues au titre de l'ensemble des contrats passés avec ses fournisseurs²⁶⁴². Alors que le ministre de l'Économie n'est pas partie au contrat, et que les fournisseurs n'interviennent pas dans l'instance, celui-ci peut solliciter la condamnation du distributeur au paiement des sommes qu'il aurait indûment perçues à l'occasion de l'exécution des contrats litigieux. Cette sanction est d'autant plus exorbitante, que s'y adjoint la possibilité de solliciter la condamnation du cocontractant à l'origine des pratiques au paiement d'une amende civile pouvant atteindre le « triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre »²⁶⁴³. Il faut préciser que cette amende civile peut elle-même être précédée d'une amende administrative dans l'hypothèse où le

²⁶⁴⁰ Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/ Min. Éco. : JurisData n° 2017-000899, *JCP G*, n° 10, 6 Mars 2017, doct. 255, obs. M. Behar-Touchais ; *L'essentiel du droit de la distribution et de la concurrence*, 2017, n°3, p. 1 obs. M. Behar-Touchais.

²⁶⁴¹ T. com. Nanterre, 15 nov. 2005, RLC 2006/6, n° 442, obs. Behar-Touchais M., *Contrats*, CCC 2006, comm. 27, obs. Malaurie-Vignal M. Le distributeur avait été condamné ici à restituer 23,3 millions d'euros indus aux fournisseurs.

²⁶⁴² Atelier de la DGCCRF du 19 mai 2017 intitulé « Le droit des pratiques restrictives de concurrence. Sortir du *statu quo*, pour quels objectifs ? » au cours duquel la Directrice, Madame Homobono a indiqué que depuis 2007 247 décisions avaient été rendues à l'initiative du ministre de l'Économie, que le montant des amendes civiles prononcées sur le fondement du Titre IV du Livre IV du Code de commerce s'élevait à 22 millions euros, et que le montant des restitutions aux acteurs économiques était en 2015 de 78 millions d'euros en 2015 contre 76 millions d'euros en 2016. (Le podcast de l'Atelier est disponible sur le site internet de la DGCCRF <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/podcast-latelier-droit-des-pratiques-restrictives-concurrence>)

²⁶⁴³ Art. L. 442-6, III, alinéa 2 C. com. Modifié par la loi *Hamon* du 17 mars 2014 laquelle a instauré la possibilité de prononcer une amende civile correspondant à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques. Cet ajout peut être analysé comme un rapprochement avec le régime de sanction de l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du C. com. qui emploie une formule comparable en fixant la sanction encourue à : « 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. »

cocontractant mis en cause n'aurait pas respecté l'injonction prononcée par les agents de la DGCCRF au cours de leur enquête²⁶⁴⁴.

840. Les pouvoirs de l'administration additionnés à ceux du ministre de l'Économie sont donc considérables, et participent à une marginalisation du juge. La procédure d'enquête, les pouvoirs d'injonction et de sanction des agents de la DGCCRF, ainsi que l'action autonome du ministre de l'Économie « court-circuitent » le cours normal de l'instance judiciaire et font apparaître les contours d'un dirigisme économique. L'immixtion du droit administratif et les prérogatives exorbitantes du ministre appellent une clarification de cette procédure. Il est difficile de se satisfaire en l'état d'une procédure qui se trouve écartée entre un versant administratif²⁶⁴⁵, et un versant civil et commercial. Les contrariétés d'interprétation que ne manqueront pas de soulever cet enchevêtrement de procédures soulèvent de véritables difficultés, et ce, en dépit de l'efficacité de l'action autonome du ministre de l'Économie. Ainsi, si le contrôle objectif de l'équilibre contractuel opéré par le biais des pratiques restrictives de concurrence veut parvenir à convaincre, il apparaît indispensable de repenser les modalités de mise en œuvre de cette régulation. Deux pistes peuvent à ce titre être envisagées. La première, radicale, consisterait à doter la Commission d'examen des pratiques commerciales de pouvoirs décisionnels en en faisant une autorité administrative indépendante, équivalente à l'Autorité de la concurrence consacrée exclusivement aux pratiques restrictives de concurrence. Cela impliquerait néanmoins de retirer aux juges de l'ordre judiciaire leur compétence exclusive au profit de celle d'une autorité administrative indépendante dédiée. Cette solution n'est ni d'actualité ni pertinente. L'autre solution, plus mesurée et plus envisageable, consisterait à revoir les pouvoirs du ministre de l'Économie, en les encadrant plus strictement. Ce dernier conserverait dans cette perspective son pouvoir d'initiative de l'instance judiciaire²⁶⁴⁶, mais verrait le panel de sanctions à sa disposition restreint. Dans la mesure où l'action du ministre est autonome et ne s'assimile pas à une action en lieu et place des victimes de pratiques restrictives, ce dernier ne devrait pas pouvoir solliciter la condamnation de l'auteur des pratiques à la réparation du préjudice causé. Les

²⁶⁴⁴ art. L. 465-1 C. com issu de la loi *Hamon* du 17 mars 2014. Cette amende ne peut excéder 3 000€ pour une personne physique et 15 000€ pour une personne morale.

²⁶⁴⁵ C'est le tribunal administratif qui sera saisi s'agissant des recours contentieux qui seraient formés par un cocontractant qui se serait vu opposer une injonction ou une amende administrative sur le fondement de l'article L. 465-1 du Code de commerce. Cf. Art. L. 465-2 du même Code.

²⁶⁴⁶ Cela apparaît essentiel compte tenu des craintes des victimes de pratiques restrictives de subir des mesures de rétorsion. Cf. *infra* n°824.

intérêts protégés dans le cadre de son action étant collectifs, le ministre de l'Économie ne devrait pas être autorisé à solliciter la répétition de l'indu ainsi que la réparation du préjudice subi au titre de ces pratiques. La répétition de l'indu consiste en effet à rendre au cocontractant les sommes indûment perçues par l'auteur des pratiques par suite de la mise en œuvre d'une pratique restrictive. Le ministre de l'Économie n'étant pas partie au contrat, et son action ne s'assimilant pas à une action en substitution du partenaire commercial, seul ce dernier a qualité pour solliciter une telle sanction. Il en va de même de la réparation du préjudice dans la mesure où le ministre de l'Économie obtient déjà réparation du préjudice causé à l'intérêt général au travers de l'amende civile prononcée. Partant, seul le partenaire commercial devrait avoir qualité pour demander la réparation de son préjudice. Ainsi limité, le pouvoir de sanction du ministre de l'Économie permettrait de limiter le caractère exorbitant de son action, en réaffectant à chacune des parties à la procédure la protection des intérêts dont il est garant.

§2. L'intégration du droit des pratiques restrictives dans le champ du droit de la concurrence

841. L'appartenance du droit des pratiques restrictives au droit de la concurrence est loin de faire l'unanimité. Certains auteurs perçoivent la chose comme une délocalisation malheureuse du droit commun des contrats dans le Code de commerce, d'autres dénoncent un dirigisme étatique rampant²⁶⁴⁷, tandis que d'autres enfin souhaitent plus radicalement la suppression de la matière²⁶⁴⁸. Ces remarques trahissent une crainte plus profonde de voir le droit de la concurrence dévoyé. Dit autrement, le droit de la concurrence devrait se limiter à la sanction des pratiques dont il est démontré, par les effets produits, que la libre concurrence est atteinte. Le contrôle de l'équilibre contractuel devrait donc demeurer l'affaire des parties, la « justice contractuelle » n'étant pas l'affaire du marché, mais celle de ses opérateurs. Ces pratiques se réduiraient ainsi à instiller de la « moralité » dans le monde des affaires pour y protéger les plus faibles. Si ces pratiques participent à une moralisation de la vie des affaires, il ne s'agit

²⁶⁴⁷ L. Vogel, *op. cit.* n° 545, p. 1054.

²⁶⁴⁸ Rapport Villain sur les relations entre l'industrie et la grande distribution. Ministère de l'Économie, janv. 1995 préconisant l'abrogation de nombreuses dispositions du Titre IV ; J.-B. Blaise, Un dernier bastion ? A propos de la loi du 2 Août 2005 en faveur des PME, *Concurrences*, 3/2005, 1 ; D. Ferrier, Les pratiques restrictives de concurrence, Pour quelle finalité ? in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, 189.

pas, à notre sens, de leur ambition principale. La vision réductrice de cette matière est au demeurant un argument bien utile à ses détracteurs pour maintenir à distance du contrat le juge et les pouvoirs publics. Il apparaît au contraire que le droit des pratiques restrictives est en mesure de revendiquer ses lettres de noblesse²⁶⁴⁹. Plus encore, il apparaît que cette branche du droit de la concurrence injustement déconsidérée est en réalité le moteur d'une régulation efficace et prometteuse. Cela suppose néanmoins d'éclairer les rapports pour le moins opaques qu'entretient la matière avec le marché. Pour ce faire il convient de rappeler la distinction entre la restriction par les effets et restriction par objet propre au droit des pratiques anticoncurrentielles (I) avant d'en éclairer le droit des pratiques restrictives interne (II).

I. La distinction entre restriction par les effets et restriction par objet

842. L'entrave à la concurrence constitue le critère spécifique de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il faut, pour que ces pratiques soient sanctionnées, qu'elles aient entravé le fonctionnement du marché dans son ensemble. Les effets de cette entrave doivent donc, par principe, avoir été sensibles. Cette restriction par les effets (A) se distingue de la seule restriction par objet (B) recouvrant des pratiques suffisamment graves pour justifier *per se* leur sanction.

A. Les restrictions par les effets

843. Le droit de la concurrence, en ce qu'il protège l'intérêt général par la préservation de l'économie de marché, suppose, en principe, qu'une atteinte sensible au marché en cause soit caractérisée²⁶⁵⁰. C'est là l'expression d'un droit de la concurrence qui se voudrait

²⁶⁴⁹ V. en ce sens, A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'union européenne*, 7^{ème} éd. 2016, n° 299, p. 369 : « Jusqu'à une date récente, la raison d'être principale des dispositions relatives aux « pratiques restrictives de concurrence » [...] résidait dans la volonté de corriger le rapport de force contractuel entre les grands distributeurs, en position d'oligopole, et les producteurs, qui est largement défavorable à ceux-ci. Leur raison d'être secondaire était de remédier au désavantage dans la concurrence sur le marché de la distribution que subissaient les petites et moyennes entreprises par rapport à ces mêmes grands distributeurs. »

²⁶⁵⁰ A. Decocq, G. Decocq, *op. cit.* n°240, p. 271.

pragmatique²⁶⁵¹, sanctionnant les pratiques à raison des effets néfastes qu'elles produisent sur la concurrence. À la différence de l'approche formaliste, l'approche par les effets jouirait du réalisme de la contextualisation des pratiques. L'adage *de minimis non curat lex* traduit à cet égard l'idée selon laquelle le droit ne se préoccupe pas des restrictions de concurrence mineures. C'est la décision *Völk* qui, la première, est venue affirmer « qu'un accord échappe à la prohibition de l'article [101] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause.²⁶⁵² »

844. À cette fin, la Commission européenne a développé des seuils permettant d'exclure certains accords du champ d'application de l'article 101 TFUE. Les seuils de sensibilité instaurés en droit interne²⁶⁵³ comme en droit européen²⁶⁵⁴ auraient donc pour fonction de départager les pratiques anticoncurrentielles qui justifient une sanction de celles insuffisamment éprouvées pour être sanctionnées. Ces seuils purement quantitatifs désignent un pourcentage de parts détenu dans chaque marché de produits ou services identiques ou substituables par l'entreprise incriminée. Il s'agit de la règle dite « *de minimis*²⁶⁵⁵ » régulièrement précisée par la Commission au travers de ses communications²⁶⁵⁶. Si ces seuils constituent en droit européen une règle de « qualification²⁶⁵⁷ » de la pratique, ils ne constituent, en droit interne, qu'une « simple règle d'opportunité des poursuites ». L'article

²⁶⁵¹ G. de Muizon, *Réflexions économiques sur l'intérêt et l'efficacité des règles de minimis*, *Concurrences*, n° 1-2013, p. 9 : « Les autorités de concurrence ont adopté une démarche pragmatique cherchant à déterminer les effets des pratiques sur le marché. À la différence de l'approche formaliste qui repose sur l'établissement d'une liste de pratiques interdites, l'approche par les effets consiste à caractériser les pratiques anticoncurrentielles par leurs effets. »

²⁶⁵² CJUE, C-5/69, *Franz Völk contre SPRL Ets J. Vervaecke*, 9 juill. 1969, Rec. 1969, p. 295.

²⁶⁵³ Art. L. 464-6-1 Les seuils sont de 10% du marché dans le cas des accords horizontaux et 15% dans le cas des accords verticaux. Avant l'ordonnance du 25 mars 2004 la Cour de cassation appréciait elle-même le critère de l'effet sensible des pratiques sur le marché cf. Com. 12 janv. 1999, B, IV, n°9 ; Conseil de la concurrence 26 nov. 2002, Bouygues Télécom e. a, rapport 2002, p. 856.

²⁶⁵⁴ JOUE n° C 291, 30 août 2014. La Commission estime que dans le cas des accords horizontaux, le seuil n'est pas atteint tant que la part de marché cumulée détenue par les parties ne dépasse pas 10% aucun des marchés en cause. Dans le cas des accords verticaux le seuil n'est pas atteint tant que la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord. En cas de doute s'il s'agit d'un accord entre concurrents ou entre non concurrents, c'est le seuil de 10% qui s'applique. Ces seuils sont abaissés à 5 %, que ce soit pour les accords entre concurrents et non concurrents, en présence de réseaux parallèles d'accords similaires sur le marché produisant un effet cumulatif de verrouillage.

²⁶⁵⁵ Cette règle vient de la notion allemande de « *Bagatelverträge* » selon laquelle seuls les accords ayant eu un effet sensible sur le marché doivent être sanctionnés.

²⁶⁵⁶ La Commission a publié plusieurs communications sur les accords d'importance mineure, V. notamment JOCE n° C 313, 29 déc. 1977, JOCE n° C 231, 12 sept. 1986, JOCE n° C 368, 22 déc. 2001, JOUE n° C 291, 30 août 2014.

²⁶⁵⁷ L. Idot, La Cour de cassation interroge la Cour de justice sur la théorie du « seuil de sensibilité », *RDC* 1^{er} oct. 2011, n°4, p. 1208.

L. 464-6-1 du Code de commerce dispose en effet que l'Autorité de la concurrence « peut » décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre lorsque les seuils ne sont pas dépassés. La même Autorité peut donc, *a contrario*, décider de poursuivre alors même que ces seuils n'auraient pas été dépassés. L'analyse des pratiques restrictives par le biais des effets qu'elles produisent n'est donc pas suffisante. L'existence de pratiques restrictives par objet, lesquelles ne sont pas, en droit interne comme en droit européen, soumises aux seuils de sensibilité, en atteste.

B. Les restrictions par objet

845. Le droit interne²⁶⁵⁸ comme le droit européen²⁶⁵⁹ des pratiques anticoncurrentielles sanctionnent les pratiques qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Si le caractère alternatif de ces deux conditions a pu sembler un temps artificiel, la jurisprudence accompagnée de la doctrine a cherché à isoler ces conditions afin de les distinguer. La Commission européenne a indiqué à l'occasion de la décision *Expedia* du 13 décembre 2012²⁶⁶⁰ qu'« il y a [...] lieu de considérer qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence ». Ce principe a été repris dans la dernière Communication de *minimis* excluant l'atteinte d'un seuil de sensibilité pour les accords contenant des restrictions de concurrence par objet²⁶⁶¹. Ces restrictions par objet sont définies comme celles « qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché.²⁶⁶² » Il s'agit des pratiques qui ont « par nature la capacité de restreindre la

²⁶⁵⁸ Art. L. 420-1 C. com.

²⁶⁵⁹ Art. 101 TFUE.

²⁶⁶⁰ CJUE, 13 déc. 2012, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence*, *RDC* 1^{er} avr. 2013, n°2, p. 598, obs. M. Behar-Touchais.

²⁶⁶¹ Communication Comm. UE sur les accords d'importance mineure qui n'ont pas d'effet sensible sur la concurrence au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE (communication de *minimis*), 25 juin 2014, C(2014) 4136 final : JOUE n° C 291, 30 août 2014, Commentaire L. Idot, *RDC* 1^{er} décembre 2012, n°4, p. 728.

²⁶⁶² Lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, Comm. UE, Communication – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (2004/C 101/08) : JOUE n° C 101, 27 avr. 2004.

concurrence²⁶⁶³ ». La preuve des effets anticoncurrentiels de ces pratiques n'est donc pas requise dans ces hypothèses²⁶⁶⁴.

846. L'objet anticoncurrentiel réside ici dans l'objectif poursuivi, dans les « buts objectifs²⁶⁶⁵ » que ces pratiques visent à atteindre. Comme pour les pratiques restrictives de concurrence, il s'agit de prévenir des pratiques dont les effets ne sont pas nécessairement sensibles, mais qui manifestent, à l'évidence, « un objectif ou une intention contraires à la concurrence²⁶⁶⁶ ». Il n'est pas nécessaire pour cela que l'objectif consistant à restreindre la concurrence ait été le seul poursuivi par les auteurs de la pratique²⁶⁶⁷ ni que ces derniers aient eu l'intention délibérée de les mettre en œuvre²⁶⁶⁸. Ces pratiques visent essentiellement les restrictions de fixation des prix, de limitation de la production, et de répartition du marché²⁶⁶⁹. La sanction de ces restrictions grave tirerait sa légitimité de l'expérience. Les analyses concurrentielles permettraient ainsi de déceler la nocivité exceptionnelle de certaines pratiques suffisamment graves pour bénéficier d'une présomption d'atteinte sensible au marché. La distinction entre les pratiques sanctionnées *per se* et les pratiques qui supposent une analyse de leurs effets tiendrait ainsi dans « l'existence ou non d'un consensus économique²⁶⁷⁰ ». L'intérêt d'une sanction des restrictions de concurrence par objet est double. Il permet d'une part de faire l'économie des coûts des tests de sensibilité²⁶⁷¹, et d'ériger, d'autre part, une nomenclature de pratiques restrictives identifiées comme telles,

²⁶⁶³ L. Vogel, *Traité de droit économique, Droit de la concurrence, Droits européens et français*, Tome 1, 2015, n°723, p. 1313.

²⁶⁶⁴ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013, n°574, p. 219.

²⁶⁶⁵ CJUE, C-209/07, *Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, 20 nov. 2008, Rec. 2008, p. I-8637.

²⁶⁶⁶ R. Joliet, *La légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard de l'article 85 du Traité de Rome*, *Revue critique de jurisprudence belge* 1968, p. 146 s. D'autres auteurs, plus minoritaires, désignent l'objet restrictif de concurrence comme un effet probable ou possible V. J.-B. Blaise, cité par R. Joliet, art. préc.

²⁶⁶⁷ CJUE, C-551/03, *general Motors Nederland et Opel Nederland contre Commission*, 6 avr. 2006, Rec. 2006, p. I-3173 : « un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes » (§64).

²⁶⁶⁸ TUE, T-450/05, *Automobiles Peugoet SA et Peugeot Nederland NV contre Commission* « la preuve de cette intention [des parties à un accord de restreindre la concurrence] n'est pas un élément nécessaire pour déterminer si cet accord a pour objet une telle restriction [...], rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions communautaires de tenir compte de cette intention » (§27-28).

²⁶⁶⁹ L. Vogel, *Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet*, CCC n°5, mai 2015, Dossier 2. Le Code de commerce en dresse la liste à l'article L. 464-2-2.

²⁶⁷⁰ N. Petit, *La rationalisation au long cours de la restriction de concurrence « par objet » dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne*, *AJCA* oct. 2015, p. 423 : « Si l'état de l'art prévalant en sciences économiques acte la nocivité d'une pratique commerciale, celle-ci est soumise au régime d'interdiction *per se* ; en revanche, si l'inefficacité sociale de la pratique est discutée par les économistes, une analyse détaillée s'impose ».

²⁶⁷¹ G. de Muizon art. préc. ; N. Petit *op. cit.* n°576, p. 220.

permettant d'apporter visibilité et sécurité aux entreprises. Alors que la légitimité de la sanction des restrictions par objet tient à leur nocivité telle qu'actée par la science économique, la jurisprudence européenne semble depuis 2008 favorable à l'extension de l'interprétation de l'objet restrictif de concurrence.

847. Il ressort de ce qui précède que l'absence d'effets sensibles ne constitue pas un critère nécessaire à la sanction de certaines pratiques anticoncurrentielles. Plusieurs décisions semblent accueillir favorablement des restrictions par objet dont les effets anticoncurrentiels ne sont identifiés ni par la science économique ni par l'expérience²⁶⁷². Certaines décisions laissent par ailleurs envisager que l'expérience ne constituerait pas le critère exclusif des restrictions par objet. L'arrêt *Pierre Fabre*²⁶⁷³ en fournit un bon exemple. La Cour de justice de l'Union européenne, interrogée par la Cour d'appel de Paris, a considéré que la clause d'un contrat de distribution sélective portant interdiction de procéder à la vente de produits sur Internet constituait une restriction par objet, alors même que ce type d'accord n'a jamais été soumis au test de sensibilité. Plusieurs auteurs ont critiqué ce mouvement d'extension des restrictions par objet, dénonçant un dévoiement de ces pratiques au profit de décisions d'opportunité²⁶⁷⁴. Il faut en effet reconnaître que la motivation d'une telle décision ne peut pas être recherchée du côté de l'analyse des effets de la clause en question sur le marché pertinent. Il s'agit plutôt de revendiquer un choix de politique économique audacieux²⁶⁷⁵. La CJUE, sans doute consciente de ces reproches, semble avoir opéré un pas en arrière à l'occasion de l'arrêt *Cartes bancaires* du 4 septembre 2011²⁶⁷⁶. L'avocat général Wahl se proposait explicitement, à l'occasion de cette décision, de revenir sur la conception extensive

²⁶⁷² CJCE 20 nov. 2008, no C-209/07, Competition authority c/ Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. Rec., I, p. 8637 ; CJCE 4 juin 2009, no C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a., Rec. I, p. 4529 ; Trib. UE, 14 mars 2013, no T-587/08, Fresh Del Monte Produce Inc. contre Commission.

²⁶⁷³ CJUE, 13 oct. 2011, aff. *Pierre Fabre*, préc. ; V. Riffault-Silk, Distribution sélective des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, *RJDA*, 1/14, 2 ; Cour d'appel, Paris, Pôle 5, Chambre 7, 31 Janvier 2013 - n° 2008/23812, Jurisdata 2013-002813. La question s'est posée par ailleurs de la licéité des clauses permettant aux têtes d'un réseau de distribution sélective d'interdire la vente des produits sur des plateformes tierces. La réponse est ici différente de celle retenue dans l'arrêt *Pierre Fabre* dans la mesure où l'interdiction n'est pas absolue, et qu'elle est proportionnée au but poursuivi V. Com. 13 sept. 2017, n°16-15.067, F-D, commentaire P. Lemay, *Dalloz IP/IT* 2017, 665 ; CJUE 6 déc. 2017, aff. C 230/16 commentaire F. Buy, J.-Ch. Roda, *AJCA* 2018, p. 34.

²⁶⁷⁴ L. Vogel, art. préc. ; L. Vogel, La distribution par Internet après l'arrêt *Pierre Fabre*, *JCP E* n° 11, 15 mars 2012, 1182. V. encore N. Petit, art. préc.

²⁶⁷⁵ V. en ce sens, Aut. conc., avis n° 12-A-20, 18 sept. 2012, relatif au fonctionnement du commerce électronique.

²⁶⁷⁶ CJUE, 3e ch., 11 sept. 2014, aff. C-67/13 P, Groupement des Cartes bancaires (CB), *Europe* n° 11, Novembre 2014, comm. 466, obs. L. Idot.

de la restriction par objet²⁶⁷⁷ au profit d'une analyse économique et de l'expérience acquise. C'est en tout cas la voie que semble avoir suivie la Cour en revenant à une analyse plus pondérée de l'objet restrictif de concurrence²⁶⁷⁸ aux termes de laquelle la nocivité de la restriction par objet s'apprécie eu égard à la teneur de ses dispositions, leur objectif, et le contexte économique et juridique dans lesquelles elles s'intègrent.

848. Il ressort donc de ce qui précède que le droit de la concurrence appréhende les restrictions de concurrence tant par leurs effets que par leur objet. Ces critères alternatifs d'atteinte à la libre concurrence méritent, nous semble-t-il, d'être transposés au droit des pratiques restrictives propres au droit interne pour éclairer la nature de ces pratiques.

II. L'application des restrictions par objet et par effet au droit des pratiques restrictives interne

849. L'un des arguments élevé par les défenseurs du « grand » droit de la concurrence réside dans le fait que les pratiques restrictives ne produiraient pas d'effets sensibles sur le marché. Autrement formulé, les pratiques restrictives de concurrence seraient dépourvues de la légitimité de leurs effets à la différence des pratiques anticoncurrentielles. L'absence d'effet sensible sur le marché pertinent constituerait ainsi la marque d'un droit mal affilié à la discipline concurrentielle. Ces pratiques²⁶⁷⁹ se prêtent néanmoins à un rapprochement avec les restrictions par objet (A), dans le même temps qu'elles trouvent un écho pertinent dans l'analyse par les effets (B).

A. La restriction par objet appliquée au droit des pratiques restrictives

850. Les pratiques restrictives se présentent, *a priori*, comme des restrictions par objet, les effets de ces pratiques sur le marché n'ayant jamais été mis en évidence par la science économique. Il s'agit de sanctionner, *per se*, des pratiques à raison de leur seul objet. La tentative de soumission à un déséquilibre significatif visée par l'article L. 442-6, I, 2°, du

²⁶⁷⁷ Décision préc. pt 2.

²⁶⁷⁸ Décision préc. spéc. pt. 49 et 53.

²⁶⁷⁹ L'on exclura ici les pratiques visées aux articles L. 441-2, L. 442-1, L. 443-2 du C. com. Ces dernières ne se rattachant pas directement au droit de la concurrence.

Code de commerce en est un bon exemple²⁶⁸⁰. Il ne s'agit pas ici de sanctionner une pratique dont les effets se sont réalisés, mais d'appréhender à titre préventif, une pratique identifiée par son seul objet, par la seule intention de son auteur, comme une restriction de concurrence. Malgré cette évidente proximité entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives, ces dernières souffrent d'un déficit de reconnaissance chez les tenants d'un « grand » droit de la concurrence, lesquels soulignent l'absence de démonstration, par l'expérience, des effets nocifs de ces pratiques sur l'économie. Il est vrai que la science économique n'a, jusqu'à ce jour, pas démontré, au moyen d'une étude exhaustive, les effets de ces pratiques sur le marché²⁶⁸¹. L'on rétorquera néanmoins que l'objet concurrentiel pourrait ici s'entendre du but objectif poursuivi par ces pratiques, de leur effet probable ou possible²⁶⁸². Il est vrai que la soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif poursuit objectivement un but de restriction de concurrence. Son effet probable est bien de porter atteinte à la libre concurrence.

851. Les rares études consacrées à ces pratiques font apparaître la généralisation de ces dernières²⁶⁸³. 96,4 % des entreprises interrogées indiquent ainsi avoir fait l'objet de pratiques commerciales déloyales ou pratiques restrictives de concurrence. De plus, les menaces de représailles commerciales encourues sont telles que 87 % des fournisseurs sondés au niveau européen ont déclaré qu'ils n'entendaient pas aller au-delà d'une « discussion²⁶⁸⁴ » avec leur

²⁶⁸⁰ C'est le cas également de l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu, de la soumission ou tentative de soumission à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure, de l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage dépourvu de contrepartie.

²⁶⁸¹ Rapport n°29, Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Patrick Rey et Jean Tirole, 21 novembre 2000. Les auteurs indiquent, en parlant des pratiques restrictives dans le secteur de la grande distribution : « Le second phénomène est relatif à diverses pratiques peu conformes aux normes commerciales (renégociations de prix non justifiées, retards de paiement, etc.), dont les PME se plaignent sans toutefois vouloir utiliser les voies classiques de résolution des conflits commerciaux, de peur d'être déréférencées à l'avenir. Cela mérite certainement une étude approfondie mais, à notre connaissance, il n'existe malheureusement pas de véritable analyse du problème sous-jacent, qui serait cependant nécessaire pour identifier les remèdes pertinents. » <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000048.pdf>

²⁶⁸² R. Joliet, La légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard de l'article 85 du Traité de Rome, *Revue critique de jurisprudence belge* 1968, p. 146 s. D'autres auteurs, plus minoritaires, désignent l'objet restrictif de concurrence comme un effet probable ou possible V. J.-B. Blaise, cité par R. Joliet, art. préc.

²⁶⁸³ Dedicated Research, AIM-CIAA Survey on Unfair Commercial Practices in Europe (enquête AIM- CIAA sur les pratiques commerciales déloyales en Europe), mars 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/registered-org/federacion-espanola-de-industrias-de-alimentacion-y-bebidas-fiab-2-annex_es.pdf p. 11.

²⁶⁸⁴ Dedicated Research, AIM-CIAA Survey on Unfair Commercial Practices in Europe (enquête AIM- CIAA sur les pratiques commerciales déloyales en Europe), mars 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/registered-org/federacion-espanola-de-industrias-de-alimentacion-y-bebidas-fiab-2-annex_es.pdf

cocontractant. L'absence de dénonciation de ces pratiques constitue donc un facteur de risque supplémentaire dans la mesure où les acteurs économiques ne craignant pas de sanction vont généraliser ce type de pratiques. Le caractère habituel de la mise en œuvre de ces pratiques commerciales produit de manière assez certaine un impact négatif sur le marché. Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'ignore pas d'ailleurs l'effet cumulatif des pratiques anticoncurrentielles sur le bon fonctionnement du marché, dans la mesure où les seuils de sensibilité évoqués précédemment diminuent dans cette hypothèse. L'on ajoutera enfin que les pratiques restrictives de concurrence, et particulièrement le déséquilibre significatif, se présentent comme des « pratiques collectives ». La standardisation des contrats dans lesquels le déséquilibre significatif se fait jour contribue à la généralisation de ces pratiques. Le nombre de contrats concernés pour une centrale de distribution comme *Eurauchan*, ou pour une plateforme de type *Expedia* ou *Amazon* est considérable. Les effets de ces pratiques ont donc une portée bien plus générale que ce que la seule relation contractuelle pourrait laisser penser. Il s'agit de contrats systémiques dont les effets nocifs apparaissent évidents.

852. Il faut préciser que c'est en raison des effets nocifs des pratiques commerciales déloyales sur le marché et sur l'intérêt du consommateur que la Commission européenne se montre depuis quelques années, attentive aux pratiques commerciales déloyales²⁶⁸⁵. Elle indique à cet égard que ces pratiques « peuvent avoir des effets néfastes sur l'économie de l'UE et notamment sur la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises. Ces pratiques peuvent nuire à la capacité d'investissement et d'innovation des entreprises, en particulier des PME.²⁶⁸⁶ » Le secteur de l'approvisionnement alimentaire est le premier visé, puisque la majorité des opérateurs intervenant dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire sont des entreprises de petite ou moyenne taille²⁶⁸⁷. Les fournisseurs et les distributeurs interrogés indiquent pour 83 % d'entre eux que ces pratiques

²⁶⁸⁵ L. Benzoni, L'analyse économique des pratiques restrictives de concurrence : du pouvoir de négociation au pouvoir de marché..., Atelier de la DGCCRF « Pratiques restrictives et droit de la concurrence », 26 sept. 2013 https://video.finances.gouv.fr/lecteur_video/keypub/6e35511a7104d1547a58/id/1abfcf02fc1ca5a4596d24c5109a52/type/pr/lang/fr : « Il n'existe pas une grande synthèse économique qui permettrait d'unifier l'économie de la concurrence et l'économie des contrats dans une sorte de théorie du tout ».

²⁶⁸⁶ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013, p. 7.

²⁶⁸⁷ « The food supply chain », document de la Commission européenne, DG Agriculture and Rural Development, Unit Farm Economics : « The majority of the over 15 million holdings/enterprises in the food chain are small or medium sized. For agriculture, 70% of all farms in the EU-28 were smaller than 5 ha and only 2.7% were over 100 ha in 2010. The majority of the over 15 million holdings/enterprises in the food chain are small or medium sized. For agriculture, 70% of all farms in the EU-28 were smaller than 5 ha and only 2.7% were over 100 ha in 2010 ».

commerciales déloyales ont un impact négatif sur leur prix, pour 77 % d'entre eux que ces pratiques ont un effet négatif sur leur vente, et pour 40 % d'entre eux enfin que ces pratiques nuisent à leur innovation. Le communiqué de presse de la Commission européenne à la suite de sa proposition de directive du 12 avril 2018²⁶⁸⁸ va dans le même sens. L'objectif est bien de participer à « l'efficacité globale de la chaîne alimentaire »²⁶⁸⁹ en permettant aux petites et moyennes entreprises « d'affronter la concurrence dans des conditions équitables »²⁶⁹⁰.

853. Les pratiques commerciales déloyales présentent donc par leur seul objet une restriction à la libre concurrence, et méritent au vu de ces seuls éléments leur intégration dans la matière concurrentielle. Il apparaît néanmoins que l'analyse par les effets ne doit pas être exclue s'agissant de ces pratiques.

B. La restriction par les effets appliquée aux pratiques restrictives

854. Certains économistes ont vu dans les pratiques restrictives la possibilité d'y apposer l'analyse par les effets propres aux pratiques anticoncurrentielles²⁶⁹¹. Plus exactement, ces derniers ont envisagé l'application des seuils de sensibilité précédemment évoqués. Ainsi, les effets délétères d'un contrat à l'ensemble du marché pourraient être appréhendés sous le prisme des seuils de sensibilité. Dans cette perspective, le seuil de part de marché situé à 15 % pour les restrictions verticales pourrait être appliqué à l'acheteur ou au vendeur cocontractant

²⁶⁸⁸ *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), 12 avr. 2018.

²⁶⁸⁹ Commission européenne. Communiqué de presse du 12 avr. 2018 « La Commission européenne agit pour interdire les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire » : Jyrki Katainen, Vice-président chargé de l'emploi, de la croissance, de l'investissement et de la compétitivité, a déclaré : « Les rapports de forces dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ne sont pas égaux. Avec cette proposition, la Commission s'attaque de front aux pratiques commerciales déloyales. Nous avons décidé d'agir car ce type de pratiques commerciales met à mal la viabilité économique des opérateurs qui interviennent le long de la chaîne. En fixant des normes minimales et en renforçant l'application des règles, la proposition devrait permettre à ces opérateurs d'affronter la concurrence dans des conditions équitables, et de contribuer ainsi à l'efficacité globale de la chaîne. Cette proposition est une déclaration sans équivoque en faveur d'une conduite des affaires plus équitable. »

²⁶⁹⁰ Communiqué de presse *op. cit.* : M. Phil Hogan, Commissaire chargé de l'agriculture et du développement rural, a déclaré pour sa part : « Une chaîne a la solidité de son maillon le plus faible : pour être efficace et efficiente, la chaîne d'approvisionnement alimentaire doit aussi être équitable. La proposition présentée aujourd'hui vise fondamentalement l'équité - donner la parole à ceux qui ne l'ont pas, pour aider ceux qui, sans qu'ils n'y soient pour rien, subissent une position de négociation faible. Cette initiative sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales a pour but de renforcer la position des producteurs et des PME dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Il s'agit aussi de garantir une application stricte et efficace des règles. Nous cherchons à neutraliser le « facteur de peur » au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, grâce à une procédure de plainte confidentielle. »

²⁶⁹¹ A. Benzoni, art. préc.

qui met en œuvre une pratique restrictive. Ces seuils pourraient constituer une indication pertinente à prendre en compte dans l'analyse des effets produits par ces pratiques. Ils témoigneraient des effets nocifs des pratiques invoquées sur le marché pertinent sur lequel elles se déploient. L'application des seuils permettrait donc d'inscrire pleinement le droit des pratiques restrictives dans le droit de la concurrence, sans souffrir la critique relative à l'absence de démonstration d'effets sensibles. Cette solution est donc séduisante, mais pose la question de son articulation en pratique avec la notion de restriction par objet.

855. Faudrait-il soumettre toutes les pratiques restrictives sanctionnées par le Code de commerce à l'analyse par les effets ? Ou serait-il possible de distinguer, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles, des restrictions par objet de restrictions par les effets ? Il semble que la logique même du droit des pratiques restrictives soit à rechercher du côté des restrictions par objet. Le mécanisme juridique sur lequel reposent ces outils manifeste la volonté de sanctionner ces pratiques à raison de leur seul objet. La sanction de la tentative de mise en œuvre de ces dernières témoigne en ce sens de l'appréhension, non pas d'un résultat éprouvé, mais d'un résultat possible. La restriction par objet doit donc être privilégiée. Pour autant, l'analyse par les effets présente un intérêt. Plus exactement, la mobilisation des seuils de sensibilité constitue un indicateur pertinent dans la détermination de la gravité de la pratique mise en œuvre et celle des avantages qui en ont été tirés²⁶⁹².

856. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, tel qu'il existe en droit français, doit pouvoir, en conséquence, revendiquer sa dimension concurrentielle. Si ces pratiques s'envisagent comme des restrictions par objet, leur effet nocif sur la libre concurrence ne doit pas pour autant être sous-estimé. Au contraire, la généralisation de ces pratiques et leur particulière gravité, conduisent à y déceler les germes d'effets délétères. Il ne s'agit pas seulement de dispositions destinées à remédier à un état de faiblesse dans une optique de « moralisation » de la vie des affaires, mais d'abord et surtout de stimuler la concurrence²⁶⁹³ en laissant entrer de nouveaux opérateurs, et en permettant aux prix de jouer librement²⁶⁹⁴.

²⁶⁹² L'article. L. 442-6, III, alinéa 2 du Code de commerce permet de prononcer une amende civile pouvant être portée à 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques, à condition que cette amende soit « proportionnée aux avantages tirés du manquement ».

²⁶⁹³ A. Decocq et G. Decocq *op. cit.* n° 299, pp. 369-371.

²⁶⁹⁴ Exposé des motifs de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, deuxième volet du I° intitulé « Orientations générales ».

Dans cette perspective, le contrôle objectif de l'équilibre contractuel opéré par le biais des pratiques restrictives relève pleinement d'une régulation de la concurrence sur le marché. Outre la régulation du marché par le déséquilibre significatif, le contrat se présente à son tour comme un outil de régulation.

Section 2 : La régulation du marché par le contrat

857. La régulation du marché détiendrait si l'on en croit certaines définitions²⁶⁹⁵, le monopole de la régulation. Pour autant, le terme de régulation peut être entendu de manière plus générale comme « l'équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices²⁶⁹⁶ ». Il ne s'agit pas ici d'arbitrer cet équilibrage au moyen d'un impératif concurrentiel, mais de se servir du contrat comme point cardinal de cette régulation. Les contrats passés entre professionnels révèlent, nous l'avons vu, des déséquilibres appréhendés au moyen de remèdes dédiés. Ces derniers participent à ce que l'on peut appeler la régulation du contrat par le contrat. Mais en quoi consiste alors cette régulation ? Et dans quelle mesure prémunit-elle les parties aux contrats des déséquilibres ? L'exacerbation du phénomène de contractualisation (§1) conduit ainsi à proposer une définition du contrat renouvelée (§2).

§1. L'exacerbation du phénomène de contractualisation

858. La contractualisation des rapports sociaux est unanimement présentée comme une caractéristique de la société contemporaine²⁶⁹⁷. Des secteurs initialement étrangers à ce phénomène s'engouffrent sur cette voie²⁶⁹⁸, tandis que les civilistes demeurent

²⁶⁹⁵ M.-A. Frison-Roche, art. préc.

²⁶⁹⁶ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11^e éd., PUF, 2016, V. Régulation.

²⁶⁹⁷ La rhétorique contractuelle est abondante. Les hommes politiques emploient volontiers l'expression de « contrat républicain », « contrat de confiance », « contrat de génération » ; M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD civ.*, 1964, n°5, p. 11 : « L'organisation sociale et économique du pays se trouve présentement mise en place dans une ambiance contractuelle qui, pour les sociologues et les théoriciens de la science politique, ne peut manquer de conduire à l'évocation du Contrat Social. » ; J. Chevallier, L'État post-moderne, *LGDJ*, 3^{ème} éd., 2008, 138 : « Le procédé contractuel connaît dans les sociétés contemporaines un spectaculaire essor, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique. »

²⁶⁹⁸ En matière de droit public : Rapport public du Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes, *Doc. Fr.*, 2008, comm. C. Pérès, Du contrat public en général et du « rescrit contractuel » en particulier, *RDC* 2009, 1, 17 ; L. Richer, La contractualisation comme technique de gestion des affaires

paradoxalement assez indifférents aux manifestations de ce phénomène²⁶⁹⁹. Double dans ses manifestations, la contractualisation désigne à la fois « une extension de l'empire du contrat » et la « transformation du contrat dans sa substance²⁷⁰⁰ ». Cette contractualisation entretient des liens intimes avec la régulation dans la mesure où elle participe à la correction des rapports de force sur le marché. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel offre un accès privilégié à la question. Celui-ci illustre les deux mouvements envisagés dans la mesure où il révèle le caractère normatif du contrat²⁷⁰¹ et souligne le recours aux figures contractuelles standardisées comme un vecteur de régulation. C'est à ce deuxième aspect que l'on s'intéressera ici. Plus exactement, il sera démontré que le phénomène de contractualisation contrainte de certains secteurs de l'économie (I) contribue à l'identification d'outils de régulation autonomes (II).

I. La contractualisation contrainte de certains secteurs de l'économie

859. Évoquer la contractualisation²⁷⁰² du monde des affaires peut sembler relever de la tautologie tant il est admis que les professionnels recourent au contrat pour organiser leurs affaires. Le phénomène de contractualisation ne se réduit pas cependant à la conclusion d'un contrat qu'il soit oral ou écrit. Il désigne la pénétration contrainte d'une logique contractuelle déterminée dans une relation d'affaires. Dans cette perspective, la contractualisation ne manifeste pas un « déplacement de l'autorité publique vers les personnes privées²⁷⁰³ », mais une orientation de « l'autonomie concédée²⁷⁰⁴ » aux cocontractants dans un but donné. Les manifestations récentes du phénomène de contractualisation dans le secteur agricole illustrent la volonté du législateur de doter le contrat d'un objectif spécifique d'équilibre par le biais

publiques, *AJDA*, 2003, 973. En matière de droit de la famille : La contractualisation de la famille, D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Economica*, 2001. En droit des personnes : C. Filiponne, *La contractualisation des droits de la personnalité*, PUAM, 2003.

²⁶⁹⁹ P. Ancel, *Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2008, p. 16 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. *Thémis Droit*, 4^e éd. 2016 ; G. Chantepie, *La contractualisation en droit privé*, *RFDA* 2018, p. 10.

²⁷⁰⁰ A. Supiot, *La contractualisation de la société*, Université de tous les savoirs, Conférence du 22 févr. 2000 https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/la_contractualisation_de_la_societe.878

²⁷⁰¹ Cf. *supra* n° 710.

²⁷⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, V. « contractualisation » : La contractualisation consiste à substituer à un mode de décision unilatéral, la recherche d'un accord entre les parties concernées.

²⁷⁰³ G. Chantepie, art. préc.

²⁷⁰⁴ *Ibid.* L'auteur souligne à cet égard : « du juridique au technique, le droit contractuel serait le vecteur de figures d'allégeance. Le retrait de l'État au profit de l'autonomie des parties, finalités explicite de la contractualisation en droit privé, mériterait d'être apprécié avec plus de précision ».

d'un formalisme protecteur réservé à certaines catégories de cocontractants au stade de la négociation (A) comme à celui de la conclusion du contrat (B).

A. L'instauration d'un formalisme protecteur au stade de la négociation du contrat

860. C'est pour remédier aux crises du lait²⁷⁰⁵, et à celles des fruits et légumes²⁷⁰⁶ que le législateur renforce depuis 2010 la contractualisation des échanges commerciaux dans ces secteurs²⁷⁰⁷. Cette contractualisation se présente comme une « méthode de l'action publique²⁷⁰⁸ » permettant de réguler certains secteurs d'activités au moyen d'un formalisme protecteur. La contractualisation est directe lorsqu'elle vise à intégrer dans le contrat certaines clauses, et indirecte lorsqu'elle vient encadrer la phase des négociations commerciales. C'est au stade de la négociation que se figent les déséquilibres à venir, expliquant ainsi l'attention

²⁷⁰⁵ Il faut parler de crises du lait au pluriel tant ces crises sont récurrentes. Pour une explication des causes de ces crises V. notamment, D. Bianchi, La politique agricole commune (PAC). Toute la PAC, rien d'autre que la PAC ! Bruylant, 2006, p. 25 : « Le principe des quotas est la détermination de quantités de référence pour chaque exploitation dans le cadre de quantités de références nationales. L'objectif du régime est de freiner la production et de limiter le soutien des prix dans l'encadrement budgétaire, tout en permettant des ajustements structurels utiles de la production et en sauvegardant les revenus des agriculteurs qui auraient été affectés par une réduction des prix. » La Politique agricole commune est ancienne puisqu'elle remonte à l'année 1962 au cours de laquelle les six États membres de la Communauté économique européenne, déficitaires au niveau de leur production agricole, décident de mettre en place une « politique agricole commune des États membres » prévue à l'art. 38 (4) du CEE, afin d'accroître la productivité, assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, stabiliser les marchés, garantir les approvisionnements et assurer des prix convenables pour le consommateur. La PAC avait instauré depuis 1984 une limite annuelle de production laitière par État membre. Cette référence de production étant ensuite répartie entre les producteurs par chaque État. Cela permettait d'éviter un phénomène de surproduction, l'Union s'engageant à racheter l'excédant. Pour des développements plus complets sur l'origine des quotas laitiers V. D. Bianchi, *op. cit.*, 23-25 ; Figaro Économie, Ce que va changer la fin des quotas laitiers en Europe, 1^{er} avr. 2015 <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2015/04/01/20002-20150401ARTFIG00008-ce-que-va-changer-la-fin-des-quotas-laitiers-en-europe.php>

²⁷⁰⁶ Victimes de la concurrence espagnole et des pressions de la grande distribution en faveur de la baisse des prix, les producteurs de fruits et légumes déplorent l'effondrement de la production, la baisse concomitante de leur prix d'achat, et les aléas climatiques les confrontant à des pertes de production irréversibles²⁷⁰⁶. Ajoutés à la faible mobilité du foncier et des plantations, ces obstacles contribuent aux crises récurrentes qui frappent le secteur des fruits et légumes. L'été 2017 a été la scène d'une nouvelle crise causée par la précocité de la production et une concurrence directe avec le marché espagnol où le coût de la main-d'œuvre comme les règles environnementales sont moins contraignants que dans l'hexagone. Figaro économie, 12 juill. 2017, <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/07/12/20002-20170712ARTFIG00119-fruits-crise-d-ete-chez-les-producteurs-francais.php>

²⁷⁰⁷ C. Prieto, L'Autorité de la concurrence rappelle l'intérêt de la contractualisation pour les agriculteurs, note sous Aut. conc., 12 juill. 2011, avis n°11-A-11, relatif aux modalités de négociation des contrats dans les filières de l'élevage dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles, *RDC* 1^{er} oct. 2011, n°4, p. 1217, qui définit la contractualisation comme « un mécanisme de partage du risque entre le vendeur et l'acheteur dans lequel le premier peut se prémunir contre les situations où les cours sont au-dessous du prix mentionné dans le contrat et le second est garanti dans son approvisionnement. »

²⁷⁰⁸ R. J. Aubin-Brouté, Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique, Thèse, LGDJ, 2013, n°10, p. 28 : « La contractualisation est une méthode de l'action publique en économie, spécialement dans les secteurs qui mettent en présence des intérêts multiples parfois contradictoires [...] Les représentants des intérêts en présence négocient le contenu d'une norme collective. »

portée par le législateur au formalisme applicable lors de cette phase. La remise obligatoire d'une proposition écrite préalable (1) constitue la manifestation principale de ce formalisme protecteur, lequel devrait se trouver renforcé par l'inversion prochaine du principe de construction des prix (2).

1. La remise obligatoire d'une proposition écrite préalable

861. Les articles R. 631-9 et R. 631-13 du Code de commerce imposent aux parties à un contrat de vente de lait ou de fruits et légumes de faire précéder la conclusion du contrat d'une « proposition écrite ». Cette proposition écrite doit reproduire les mentions imposées par les articles R. 631-10 et R. 631-14 du code rural. La proposition écrite qui doit aujourd'hui précéder la conclusion du contrat écrit n'indique pas l'initiateur de cette proposition. Les articles R. 631-9 et R. 631-13 du Code de commerce ne mentionnent pas, en effet, les modalités de mise en œuvre de cette proposition préalable. Le législateur s'est contenté d'indiquer en termes généraux que cette proposition doit être conforme aux dispositions qui doivent figurer dans le contrat écrit. La pratique démontre néanmoins que ces propositions sont généralement faites par l'acheteur et sont peu suivies d'effets. La DGCCRF a réalisé en 2013 une série de contrôles afin de s'assurer, entre autres, du respect de l'obligation de contractualisation entre les producteurs de fruits et légumes et leurs acheteurs. L'enquête révèle que « la plupart des acheteurs présentent bien une proposition de contrat aux producteurs de fruits et légumes, mais ces propositions sont rarement suivies d'effet, car, en général, les producteurs sont peu enclins à signer un tel contrat.²⁷⁰⁹ » Les états généraux de l'alimentation qui se sont tenus au mois de juillet 2017, ont donné lieu à un certain nombre de consultations dont l'une intitulée : « comment rémunérer plus équitablement les producteurs ? ». Des tables rondes ont porté plus spécialement sur l'amélioration des dispositifs de contractualisation²⁷¹⁰. Il apparaît en effet qu'en 2016 50 % des agriculteurs auraient touché moins de 350 € par mois²⁷¹¹. Cette consultation publique²⁷¹² a fait l'objet de

²⁷⁰⁹ Disponible sur le site internet de la DGCCRF <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/rerelations-commerciales-entre-producteurs-et-acheteurs-fruits-et-legumes>

²⁷¹⁰ Rencontre du 27 Octobre 2017 à VétAgroSup (Clermont-Ferrand).

²⁷¹¹ Il s'agit des chiffres donnés par la MSA (Mutualité sociale agricole) et reproduits sur le site internet consacré aux États généraux de l'alimentation. <https://www.egalimentation.gouv.fr/consultations/comment-remunerer-plus-equitablement-les-producteurs/consultation/consultation-1/opinions/probleme/la-remuneration-des-agriculteurs-ne-cesse-de-diminuer>

²⁷¹² La consultation publique permet aux citoyens de formuler des propositions, qui serviront ensuite à établir la fiche de route nationale.

plusieurs ateliers dédiés notamment à l'amélioration du dispositif de contractualisation existant²⁷¹³. Il semble qu'à l'issue de ce premier chantier²⁷¹⁴, les parties en présence se soient accordées sur le principe d'une « inversion de la construction des prix²⁷¹⁵ ».

2. L'inversion prochaine du processus de construction des prix

862. Le président de la République a annoncé qu'une ordonnance interviendrait en ce sens au premier semestre de l'année 2018²⁷¹⁶. Il s'agirait, selon ses termes, d'inverser le processus de construction des prix en laissant au producteur le soin de proposer à l'industriel un contrat avec un prix²⁷¹⁷. Cette affirmation opère un rapprochement direct de la matière avec les principes gouvernant la négociation commerciale²⁷¹⁸ en étendant à l'ensemble du secteur agricole l'obligation de remise préalable d'une proposition écrite. Les diverses chartes²⁷¹⁹ et textes non contraignants ne présentant pas les gages d'efficacité suffisants, le ministre de l'agriculture et de l'alimentation a fait connaître son intention de formaliser une loi pour contraindre tous les producteurs, quel que soit le produit agricole²⁷²⁰, à la remise obligatoire

²⁷¹³ Certains médias ont souligné que la plupart des tables-rondes consacrées à la question étaient pilotées par des représentants des entreprises de la grande distribution et de l'industrie agro-alimentaire. Marianne 27 Sept. 2017 « États généraux de l'alimentation : le hold-up des industriels » <https://www.marianne.net/societe/etats-generaux-de-l-alimentation-le-hold-up-des-industriels>

²⁷¹⁴ Les États généraux de l'alimentation sont composés de deux chantiers. Le premier est consacré à la création et à la répartition de la valeur, tandis que le second porte sur le thème de l'alimentation saine, sûre et durable.

²⁷¹⁵ États généraux de l'alimentation : le donnant-donnant de Macron aux agriculteurs, Le Monde, 11 oct. 2017. http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/10/11/le-donnant-donnant-de-macron-aux-agriculteurs_5199303_3234.html

²⁷¹⁶ Discours du président de la République du 12 oct. 2017 aux États généraux de l'alimentation. Disponible en intégralité sur le site internet de l'Élysée <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-aux-etats-generaux-de-l-alimentation/> Le projet de loi « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable » a été présenté par le ministre de l'agriculture et de l'alimentation le 31 janvier 2018 en Conseil des ministres. Les articles 1 à 3 du projet portent sur l'inversion du processus de construction du prix. Le projet de loi est consultable sur le site internet de l'Assemblée nationale [http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/projets/pl0627/\(index\)/depots](http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/projets/pl0627/(index)/depots)

²⁷¹⁷ Discours préc. : « Pour ce faire, je souhaite que nous puissions acter, à la lumière de vos travaux, quelques décisions concrètes. La première, c'est la mise en place d'une contractualisation renouvelée avec un contrat qui serait proposé par les agriculteurs et non plus par les acheteurs, ce qui est à ce titre à mes yeux fondamental. Nous modifierons la loi pour inverser cette construction du prix qui doit pouvoir partir des coûts de production. »

²⁷¹⁸ Art. 441-6, I, C. com. : « Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. »

²⁷¹⁹ Une Charte de bonne conduite non contraignante juridiquement a été signée par l'industrie française l'agroalimentaire, les grands distributeurs dont Michel-Édouard Leclerc, les syndicats agricoles, les coopératives et les Chambres d'agriculture le 15 novembre 2017. Les parties s'engagent notamment à « promouvoir une contractualisation fondée sur la construction des prix à partir de l'amont » http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/11/14/agroalimentaire-consensus-sur-les-prix_5214642_3234.html

²⁷²⁰ Le projet de loi vise en effet les cessions portant sur les « produits agricoles figurant à l'annexe I du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 ».

d'une proposition écrite préalable au premier acheteur du produit, lorsque le contrat définitif est conclu sous forme écrite²⁷²¹.

863. Le projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable, du 31 janvier 2018, propose à cette fin de modifier l'article L. 631-24 du Code rural en subordonnant la conclusion du contrat de cession écrit à « une proposition du producteur agricole²⁷²² » dont le contenu est prédéterminé par la loi. Cette proposition doit ainsi comporter impérativement sept clauses touchant respectivement : « 1° Au prix ou aux critères et modalités de détermination et de révision du prix²⁷²³ ; 2° Aux volumes et aux caractéristiques des produits qui peuvent ou doivent être livrés ; « 3° Aux modalités de collecte ou de livraison des produits ; 4° Aux modalités de paiement ; 5° À la durée du contrat ; 6° Aux règles applicables en cas de force majeure ; 7° Aux délais de préavis et indemnité éventuellement applicables dans les différents cas de résiliation du contrat, notamment dans l'hypothèse où la résiliation est motivée par une modification du mode de production.²⁷²⁴ » Ce contenu contractuel doit donc apporter de la visibilité financière au producteur et de la sécurité juridique. La mise en œuvre de cette proposition devrait cependant être rendue difficile lorsque le producteur agricole ne dispose pas des moyens juridiques et financiers nécessaires à la modélisation de cet acte. L'une des vertus du projet de loi consiste à cet égard à envisager une proposition collective pour les cas où les producteurs agricoles sont membres d'une organisation ou d'une association de producteurs. Dans ce cas, l'organisation de producteurs doit passer un contrat-cadre écrit avec l'acheteur qui doit lui-même être précédé d'une proposition de contrat-cadre dont le contenu est identique à la proposition de contrat visée précédemment. Cette proposition d'accord-

²⁷²¹ Le projet de loi ne procède pas à une contractualisation contrainte, mais il contraint, en revanche, le contenu du contrat et celui de la proposition préalable lorsque le contrat définitif est écrit. Cela laisse donc de côté les contrats oraux.

²⁷²² Art. 1^{er} projet de loi préc.

²⁷²³ Art. 1^{er}, I, 7° al. 2 projet de loi préc. : « Les critères et modalités de détermination du prix mentionnés au 1° prennent en compte un ou plusieurs indicateurs relatifs aux coûts pertinents de production en agriculture ou à l'évolution de ces coûts, un ou plusieurs indicateurs relatifs aux prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur le ou les marchés sur lesquels opère l'acheteur, ainsi que, le cas échéant, un ou plusieurs indicateurs relatifs aux quantités, à la composition, à la qualité, à la traçabilité, ou au respect d'un cahier des charges. Les parties peuvent utiliser tous indicateurs disponibles ou spécialement construits par elles. »

²⁷²⁴ Art. 1^{er}, I du projet de loi préc. Il faut ajouter à ces sept clauses la clause de renégociation prévue par l'article L. 441-8 du C. com. Cf. *supra* n° 597.

cadre doit également contenir quatre clauses relatives à l'organisation de la livraison et aux règles organisant les relations entre l'organisation de producteurs et l'acheteur²⁷²⁵.

864. Cette inversion du pouvoir de négociation apparaît indispensable compte tenu de la forte dissemblance de la puissance économique des acteurs en présence. Le risque de détournement de ces dispositions légales par des clauses dédiées est par ailleurs anéanti par le caractère d'ordre public des dispositions précitées²⁷²⁶. Le projet de loi propose enfin de sanctionner le non-respect de ces dispositions d'une amende administrative dont le montant ne peut être supérieur à 75 000 € par an tant à l'égard de l'acheteur qu'à l'égard du producteur qui ne respecterait pas les obligations légales touchant à la procédure de formation du contrat et à son contenu²⁷²⁷. Le formalisme protecteur ne s'en tient pas à la seule phase des négociations dès lors que le contrat lui-même se trouve contraint dans sa forme et son contenu.

B. L'instauration d'un formalisme protecteur au stade de la conclusion du contrat

865. L'intensité concurrentielle²⁷²⁸ subie par les producteurs de lait d'une part et les producteurs de fruits et légumes d'autre part a conduit le législateur à contractualiser les échanges commerciaux entre ces producteurs et leurs acheteurs. L'obligation pour les parties

²⁷²⁵ Art. 1^{er}, III, projet de loi préc. : « La proposition d'accord-cadre écrit et l'accord-cadre conclu mentionnés au premier alinéa du II précisent : 1° La quantité totale et la qualité à livrer par les producteurs membres de l'organisation ou les producteurs représentés par l'association ; 2° La répartition des quantités à livrer entre les producteurs membres de l'organisation ou les producteurs représentés par l'association et les modalités de cession des contrats ; 3° Les modalités de gestion des écarts entre le volume ou la quantité à livrer et le volume ou la quantité effectivement livré par les producteurs membres de l'organisation ou les producteurs représentés par l'association ; 4° Les règles organisant les relations entre l'acheteur et l'organisation de producteurs ou l'association d'organisations de producteurs, notamment les modalités de la négociation périodique sur les volumes et le prix ou les modalités de détermination du prix entre l'acheteur et l'organisation de producteurs ou l'association d'organisations de producteurs. »

²⁷²⁶ Le projet de loi intègre en effet un nouvel art. L. L. 631-24-3, I, au C. rur. au terme duquel : « Les articles L. 631-24 à L. 631-24-2 sont d'ordre public. »

²⁷²⁷ Art. 2 et 3 du projet de loi préc. Ces infractions sont constatées par des agents énumérés par décret en Conseil d'État qui peuvent prononcer des injonctions.

²⁷²⁸ Alors que l'Union européenne a mis fin aux quotas laitiers prévus par la politique agricole commune le 1^{er} avril 2015, les producteurs laitiers ont été touchés de plein fouet par une crise de surproduction et une baisse des prix de près de 10 %. Ces producteurs laitiers subissent par suite de la libéralisation du secteur, la concurrence directe des producteurs européens et internationaux. Cette intensité concurrentielle est d'autant plus importante qu'elle touche dans le même temps l'industrie de transformation laitière et les enseignes de la grande distribution. La situation est donc la suivante : environ « 450 000 exploitants agricoles et 10 000 PME/PMI du secteur de l'agroalimentaire font face à seulement six centrales d'achat » O. Mevel, Les relations entre la production et la distribution : le cas du partage de la valeur ajoutée dans la filière laitière française, *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, 2010/3, n° 101, p. 40.

de conclure un contrat écrit est imposée par le décret du 30 décembre 2010 tant en matière de vente de lait²⁷²⁹ que de fruits et légumes²⁷³⁰. Cette contractualisation consiste à imposer le recours à un contrat écrit dont les mentions obligatoires sont préalablement définies (1). L'efficacité de cette contractualisation est par ailleurs renforcée par la faculté de préciser les mentions obligatoires du contrat au moyen d'un accord interprofessionnel (2).

1. La conclusion d'un contrat écrit dont les mentions obligatoires sont préalablement définies

866. Les modalités de conclusion du contrat passé entre un producteur de lait et l'acheteur, comme de celui passé entre un producteur de fruits et légumes et l'acheteur, ont été précisées avec beaucoup de minutie par le législateur. Le contenu de ces conventions est lui-même très détaillé, à tel point que l'on a pu parler de « contrat nommé de distribution en matière agricole²⁷³¹ ». « Un contenu contractuel positif et systématique²⁷³² » est imposé par le législateur aux producteurs qui concluent un contrat de vente de lait ou de fruits et légumes. Les pouvoirs publics viennent ici se substituer aux cocontractants en imposant un contenu contractuel objectif destiné à limiter les effets de « l'inégalité relative²⁷³³ » entre l'agriculteur et son cocontractant²⁷³⁴. La durée de ce contrat, son contenu, et les modalités de sa mise en œuvre comme de sa rupture sont détaillés par les articles R. 631-10 du code rural, pour la vente de lait de vache et de chèvre et R. 631-14 du code rural²⁷³⁵. Le contrat une fois conclu ne peut être inférieur à une période de cinq ans, et sept ans lorsque le producteur laitier a engagé sa production depuis moins de cinq ans²⁷³⁶, contre trois ans pour la vente de fruits et

²⁷²⁹ L'article R. 631-8 du Code rural dispose que « l'achat de lait de vache livré sur le territoire français, quelle que soit son origine, fait l'objet de contrats écrits entre producteurs et acheteurs. »

²⁷³⁰ L'article R. 631-12 du code rural dispose ainsi que « l'achat de fruits et légumes destinés à la revente à l'état frais, lorsque ces fruits et légumes, quelle que soit leur origine, sont livrés sur le territoire français, fait l'objet de contrats écrits entre producteurs et acheteurs. »

²⁷³¹ C. Mézen, La vente de produits agricoles : un contrat nommé de distribution en matière agricole, *RTD com.* 2012. 693.

²⁷³² *Ibid.*

²⁷³³ R.-J. Aubin-Brouté, Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique, Thèse, LGDJ, 2013, n°23, p. 47.

²⁷³⁴ R.-J. Aubin-Brouté, *op. cit.*, n°8, p. 25.

²⁷³⁵ Sept mentions obligatoires sont prévues par l'article R. 631-14 et huit par l'article R. 631-10. Il faut ajouter à ces mentions la clause de renégociation du prix figurant à l'article L. 441-8 du C. com. pour ce qui concerne la vente de lait de vache, cf. *supra* n° 597.

²⁷³⁶ Art. R. 631-10, 1° issu du décret n° 2017-1282 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime en ce qui concerne le lait. Cet ajout répondait à la demande des jeunes agriculteurs de leur assurer plus de visibilité dans la relation contractuelle. Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2017. S'agissant des contrats conclus antérieurement à cette date avec un producteur ayant engagé la

légumes. Le contrat doit également contenir toute une liste de mentions telles que les volumes et les caractéristiques du lait à livrer, les modalités de collecte, les modalités de détermination du prix conformément aux dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce, les modalités de facturation, de révision, de résiliation et les règles applicables en cas de force majeure²⁷³⁷.

867. L'obligation pour les parties de conclure un contrat écrit et de faire précéder celui-ci d'une proposition écrite est d'ordre public²⁷³⁸. Cet ordre public entretient la même dualité que l'ordre public qui gouverne le droit des pratiques restrictives. À la fois de direction et de protection, l'ordre public en question s'attache à la préservation d'intérêts individuels et particulièrement de ceux des producteurs visés précédemment, mais il constitue dans le même temps un instrument de direction de l'agriculture²⁷³⁹. La politique publique agricole actuelle est en effet marquée par un nouveau rapport au monde rural et à la place des agriculteurs dans l'économie²⁷⁴⁰. Le contrat agricole présente une dimension publique « dans la mesure où il permet l'intégration dans le contrat du système de valeurs choisi par l'État pour l'agriculture²⁷⁴¹ ». Il se présente à cet égard comme un instrument de régulation aux mains de l'État. La dimension régulatrice du contrat agricole est d'autant plus aiguë que la fin des quotas laitiers européens a contraint l'État français à déterminer urgemment les règles à même de réguler l'hyperconcurrence à l'œuvre dans ce secteur. Dans les stratégies de l'économie française, l'agriculture, l'agroalimentaire, les secteurs de la forêt et du bois, la pêche et l'aquaculture doivent faire face aux défis complexes de la compétitivité du secteur dans le même temps qu'elles doivent intégrer l'impératif de préservation de l'environnement²⁷⁴². La contractualisation présente, dans cette perspective, l'avantage d'inscrire dans le contrat les

production depuis moins de cinq ans avant le 1er octobre 2017 et se poursuivant au-delà de cette date, l'acheteur propose un avenant permettant leur mise en conformité dans un délai de trois mois à compter de la date d'entrée en vigueur du présent décret (art. 2 décret préc.).

²⁷³⁷ F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°395.

²⁷³⁸ Art. L. 631-24, IV., alinéa 4 C. rur.

²⁷³⁹ C'est la thèse défendue par R.-J. Aubin-Brouté, dans sa thèse *op. cit.* L'auteur présente le contrat agricole comme un instrument de l'action publique « pour la protection de l'agriculteur et la direction de l'agriculture », spéc. n°20, p. 41.

²⁷⁴⁰ P. Muller, *La politique agricole française : l'État et les organisations professionnelles*, *Économie rurale*, 2000 Volume 255, n° 1, pp. 33-39.

²⁷⁴¹ R.-J. Aubin-Brouté, *op. cit.*, n°9, p. 25.

²⁷⁴² C. Mézen art. préc. ; R.-J. Aubin-Brouté, *op. cit.*, n°265, p. 245 ; L. Boy, *Contrat agri-environnemental : une marchandisation de l'environnement (aide ou rémunération) ? in Face au droit rural et à ses pratiques : une approche conjointe des économistes, des juristes et des sociologues (actes d'un colloque tenu les 25 et 26 novembre 1999 à l'Institut national agronomique Paris-Grignon)*. Paris, Montréal, Budapest : L'Harmattan 2001, p. 264.

termes de ces défis par des dispositions concrètes. Elle permet également, au travers de la protection qu'elle assure à l'agriculteur, de valoriser sa « fonction économique²⁷⁴³ » en qualité d'acteur économique stratégique. Les résultats produits paraissent néanmoins manquer leur objectif.

868. L'absence de proposition écrite et/ou de contrat écrit est sanctionnée par l'article L. 631-25 du code rural par une amende administrative d'un montant maximal de 75 000 €. Cette sanction est intéressante, car elle semble indiquer que l'atteinte portée par la méconnaissance des articles précités toucherait prioritairement l'État et non les parties au contrat. L'on se rapproche ici de l'amende civile prévue par l'article L. 442-6, III, alinéa 2 du Code de commerce en matière de pratiques restrictives de concurrence. Certains auteurs ont également proposé d'appliquer l'article 1178 alinéa 1 du Code civil au contrat de vente de lait ou de fruits et légumes qui ne respecte pas les formalités requises²⁷⁴⁴. Cela paraît tout à fait possible dans la mesure où la nullité vient sanctionner le contrat dont les conditions de validité ne sont pas réunies²⁷⁴⁵. L'on peut également suggérer que les clauses qui contrediraient les mentions des articles R. 631-10 et R. 631-14 soient réputées non écrites. Cela semble bien possible dans la mesure où l'article L. 631-24, I, alinéa 4 du code rural dispose que « le présent article est d'ordre public ». Or, l'article L. 631-24, I alinéa 4 et 5 reprend la liste des mentions obligatoires devant figurer dans la proposition écrite préalable et le contrat final conformément aux articles R. 631-10 et 631-14 du Code rural. Il faut préciser que les sanctions du droit commun des contrats comme celles des pratiques restrictives devraient également pouvoir se cumuler avec cette amende administrative. Le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, ainsi que celui de l'article 1171 du Code civil pourraient ainsi venir sanctionner les clauses par lesquelles l'acheteur s'octroierait la possibilité de modifier unilatéralement la mesure de la qualité et de la composition du lait pour pouvoir imposer au producteur des pénalités. De même, la clause par laquelle l'acheteur s'octroie la possibilité de modifier unilatéralement les conditions de retrait de la marchandise pourrait être sanctionnée sur ce fondement lorsqu'elle permet à ce dernier

²⁷⁴³ C. Dupeyron, J.-P. Théron, J.-J. Barbiéri, *Droit agraire. Volume 1 : Droit de l'exploitation*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1194, pp. 108 et 310 : « On peut penser, en effet, que l'exploitant est protégé non dans son propre intérêt mais en tant qu'agent économique et que les droits conférés par le statut favorisent la réalisation de sa fonction économique. » ; V. aussi, R. Malezieux, *L'économie contractuelle en agriculture*, *Gaz. Pal.* 1964, pp. 69 à 75.

²⁷⁴⁴ R.-J. Aubin-Brouté, *Contrats de vente de produits agricoles et droit commun des contrats*, *Droit rural*, n° 457, Novembre 2017, étude 33.

²⁷⁴⁵ En ce sens, C. Mézen art. préc.

de refuser le retrait de la marchandise sans raison valable. Les vices du consentement et particulièrement l'abus de dépendance pourraient encore être mobilisés à l'occasion de ces contrats de vente. Notamment lorsque l'acheteur se trouve être le seul client du producteur et qu'il menace de rompre²⁷⁴⁶ ou plus simplement de ne pas renouveler les contrats conclus par ailleurs avec le producteur si celui-ci n'accepte pas de conclure le contrat aux conditions fixées. La contractualisation peut produire des effets plus poussés lorsqu'une organisation interprofessionnelle détermine elle-même les clauses devant figurer dans certaines catégories de contrats.

2. Les obligations contractuelles précisées par un accord interprofessionnel

869. Cette standardisation contractuelle peut être encore renforcée lorsqu'une organisation interprofessionnelle définit des clauses obligatoires devant figurer dans les contrats de vente passés dans un secteur donné²⁷⁴⁷. Ces accords, soumis à la procédure d'homologation et d'extension prévue par les articles L. 632-3 et L. 632-4 du code rural permettent à plusieurs organisations professionnelles de définir de concert un contenu contractuel positif. C'est le cas, par exemple, de l'accord interprofessionnel national relatif à l'application de la réglementation pour les germes et les cellules somatiques lors de la collecte du lait de vache à l'exploitation agricole du 6 juillet 2016 conclu par le CNIEL (Centre National Interprofessionnel de l'Économie Laitière)²⁷⁴⁸. Cet accord précise la procédure applicable lorsque le lait produit dépasse, au stade de la collecte en exploitation agricole, les critères réglementaires en matière de cellules somatiques présentes dans le lait. Les parties prévoient ici la manière dont se justifie, et s'organise la suspension de la collecte par les entreprises de collecte et de transformation. Une fois l'accord interprofessionnel homologué par arrêté, celui-ci peut être étendu afin de « conférer à tout ou partie des clauses de l'accord un caractère obligatoire à l'égard des producteurs, acheteurs, transformateurs, quel que soit leur statut juridique.²⁷⁴⁹ » La loi prévoit néanmoins que ces accords respectent les principes généraux visés à l'article L. 631-7 du code rural et qu'ils comprennent des dispositions relatives aux cas de force majeure justifiant une exonération totale ou partielle, aux différentes procédures

²⁷⁴⁶ Ce type de pratique pourrait également être sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 4° du C. com.

²⁷⁴⁷ Art. L. 631-24, I, alinéa 8 C. rur.

²⁷⁴⁸ Le CNIEL est composé de trois fédérations la FNPL, la FNIL et la FNCL.

²⁷⁴⁹ Art. L. 631-10 alinéa 2 C. rur.

d'arbitrage auxquelles les parties peuvent décider de recourir, à la garantie mutuelle de fourniture et de prise en charge des commandes, aux cotisations professionnelles assises sur le produit et nécessaires à l'élaboration, à la négociation, à la mise en œuvre et au contrôle de la bonne application des accords, et aux sanctions et indemnisations s'appliquant en cas d'inexécution partielle ou totale des obligations²⁷⁵⁰. L'accord interprofessionnel national étendu relatif à l'achat et l'enlèvement des bovins destinés à l'élevage²⁷⁵¹ précise en ce sens le moment auquel s'opère le transfert de propriété, celui auquel s'opère le transfert des risques, le délai d'enlèvement des bovins, les conditions de mise en œuvre de la garantie des vices cachés, et précise les procédures de conciliation et d'arbitrage à mettre en œuvre en cas de litige. Ces accords interprofessionnels viennent donc préciser le contenu du contrat sur des points particuliers. Ils demeurent cependant propres à des secteurs identifiés et ne bénéficient pas d'une portée générale. Cette sectorisation pourrait néanmoins être en passe de céder compte tenu de l'ambition de l'État de généraliser ces mécanismes à l'ensemble de la filière agricole.

870. Le formalisme protecteur instauré par ce régime spécial de contractualisation agricole partage des objectifs communs avec le droit des contrats, et ce particulièrement depuis la réforme du 10 février 2016. Il constitue même ce que l'on pourrait décrire comme l'archétype du contrat équilibré.

II. L'ébauche d'une figure archétypale du contrat d'affaires équilibré

871. L'étude de la contractualisation à l'œuvre dans le secteur agricole fait apparaître les instruments privilégiés de la régulation par le contrat. Deux de ces instruments présentent un intérêt particulier. Ces instruments reposent sur une architecture contractuelle positive imposée (A) assortie d'un contenu contractuel négatif prohibé (B).

²⁷⁵⁰ Art. L. 631-8 C. rur. V. F. Darribehaude, Organisation professionnelle de l'agriculture, *J.Cl. admin.* Fasc. 351, 2011, spéc. n° 169.

²⁷⁵¹ Cet accord a été signé le 24 mars 2016 et peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.interbev.fr/wp-content/uploads/2016/09/Accord_Achat_Enlevement_Bovins-destines_elevage.pdf

A. Une architecture contractuelle positive imposée

872. Le contrat écrit désigne le premier instrument de la régulation²⁷⁵². Aussi évident que cela puisse paraître, l'écrit constitue le premier trait caractéristique de ce que l'on nommera le « contrat régulateur ». Outre sa puissance symbolique, l'écrit présente de nombreux avantages. Il fixe les termes de l'échange et permet d'en assurer le contrôle tant par les parties que par l'administration, et le juge. Cet écrit est, dans une optique régulatrice, formalisé par un certain nombre de mentions obligatoires. Ces mentions touchent à la durée, aux caractéristiques de la chose vendue, aux modalités de livraison ou de remise de la chose, au prix, aux modalités de détermination du prix, de facturation, de paiement, de révision du prix, et de résiliation du contrat. Il faut ajouter à cela la présence d'une clause organisant la révision du contrat pour imprévision. Le formalisme de ce contrat régulateur est donc imposé positivement par l'intégration d'une architecture contractuelle définie. Il s'agit en effet davantage d'une architecture contractuelle que d'un contenu au sens de l'article 1128, 3° du Code civil²⁷⁵³. Il ne s'agit pas non plus d'imposer des conditions générales ces dernières étant l'apanage du contrat d'adhésion²⁷⁵⁴. Ces mentions peuvent en revanche être assimilées à celles qui caractérisent un contrat type. Celui-ci désigne « un modèle [...] général, rédigé par un tiers, organisme professionnel ou officiel, qu'utiliseront ensuite l'ensemble des membres de cette profession²⁷⁵⁵ ». Tel est bien le cas en l'espèce, les producteurs agricoles n'étant pas libres de passer la convention de leur choix avec leurs acheteurs. L'avenir devrait donc donner à voir une multiplication croissante de ces contrats types dans les relations d'affaires qui nécessitent une régulation publique. Il faut préciser qu'au-delà des secteurs en crise comme le secteur agricole, le législateur pourrait choisir, à terme, d'étendre ces contrats à ceux passés entre producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur d'une part et l'acheteur d'autre part.

²⁷⁵² B. Grimonprez, Production et marché. Contrats de vente de produits agricoles, *J. cl. Rur.* Fasc. 20, 2015, n°6 : « Il apparaissait en effet que, dans certains secteurs sensibles, tel que le lait, les échanges demeuraient purement verbaux, tandis que le prix était fixé unilatéralement par l'acheteur, parfois même après la collecte. Ainsi, au caractère informel de la plupart des relations, la loi a voulu substituer la pratique de conventions écrites ».

²⁷⁵³ Cf. *supra* n° 376-385.

²⁷⁵⁴ Cf. *supra* n° 217.

²⁷⁵⁵ Cette définition est tirée de celle de J. Léauté, Les contrats-types, *RTD civ.* 1953, p. 429, n° 1.

873. Cela apparaît d'autant plus possible que les parties demeurent libres d'aménager, à l'intérieur de ce contrat type, le contenu et l'étendue de leurs obligations respectives. Ce formalisme ne vient pas doter une partie faible d'une protection dédiée, mais il se présente au contraire comme un gage d'équilibre objectif, indépendamment des déséquilibres sectoriels qui affecteraient telle ou telle catégorie de cocontractants. On peut identifier ici la même logique que celle à l'œuvre dans l'article 1171 du Code civil. La protection légale ne consiste pas à identifier des individus dont les qualités intrinsèques seraient défaillantes, mais elle s'assure que le contenu objectif du contrat procure à celui-ci les gages d'efficacité. La prohibition de certaines clauses du contenu du contrat en est une manifestation.

B. Un contenu contractuel négatif prohibé

874. À cette architecture contractuelle positive imposée s'ajoute un contenu négatif prohibé. Il s'agit en effet d'interdire par avance, certaines clauses. C'est là le rôle des pratiques restrictives de concurrence. Ces dernières peuvent en effet être analysées comme la manifestation d'une contractualisation dans la mesure où les interdictions édictées par le Code de commerce supposent la présence, dans le contrat, d'un certain nombre de mentions²⁷⁵⁶. Ces dernières constituent ensemble un contenu contractuel négatif. La liste fournie par l'article L. 442-6 du Code de commerce donne à voir une sorte de pendant, en négatif, du contenu contractuel positif tel qu'il existe dans le cadre des contrats agricoles. Il s'agit d'interdire un certain nombre de clauses dans les contrats passés entre un producteur et son partenaire commercial. Il est intéressant de noter sur ce point que le contenu impératif fixé par les articles R. 631-10 et R. 631-14 du code rural reprend sous forme d'injonction positive des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 précité. C'est le cas, par exemple, de l'obligation pour l'acheteur de passer un contrat écrit précisant le volume de lait à livrer. Cette obligation trouve sa traduction dans l'article L. 442-6, I, 3° lequel sanctionne le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ». C'est encore le cas de l'obligation de se référer à un indice public en relation avec les produits ou prestations qui

²⁷⁵⁶ J.-C. Grall et C. Bellone, Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce, *RLC*, n°53, 1^{er} sept. 2016.

sont l'objet de la convention²⁷⁵⁷. C'est enfin le cas de l'obligation d'assortir la résiliation du contrat d'un délai de préavis²⁷⁵⁸.

875. Les pratiques restrictives de concurrence façonnent le contrat d'affaires de façon profonde. Les prohibitions formulées par le Code de commerce ne se limitent pas à interdire des pratiques données, elles impliquent directement une certaine rédaction contractuelle respectueuse de l'équilibre du contrat. Les clauses qui produiraient des déséquilibres sont ainsi prohibées. Il s'agit essentiellement de celles qui mettent à la charge d'une partie une obligation dépourvue de contrepartie, de celles qui offrent un avantage à un cocontractant sans réciprocité, de celles qui consistent à offrir un pouvoir de modification unilatéral du contrat à l'une des parties et plus généralement de l'ensemble des clauses qui manifestent l'usage abusif d'une prérogative contractuelle. L'on est ici dans une contractualisation certes indirecte, là où les articles R. 631-10 et R. 631-14 du code rural sont dans la contractualisation directe ; mais il n'en demeure pas moins que les pratiques restrictives de concurrence conditionnent *in fine* l'ossature du contrat. Les rédacteurs de contrats doivent en effet s'assurer que le contrat ne méconnaît pas ces interdictions et sont ainsi amenés à modifier les clauses qui présenteraient un risque au regard de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Cet agencement contractuel façonne un nouveau contrat, plus normalisé, mais aussi plus équilibré dont on peut dire qu'il contribue à renouveler la définition du contrat d'affaires.

§2. Une définition renouvelée du contrat

876. La définition du contrat se trouve indiscutablement renouvelée par ce que l'on peut désigner comme le droit de la régulation du contrat. Le contrat se normalise au moyen d'injonctions formelles dans le même temps que des injonctions substantielles commandent

²⁷⁵⁷ L'article L. 441-8 du Code de commerce impose la rédaction d'une clause de renégociation du prix pour les contrats portant sur des biens dont le prix est sujet à fluctuation, dans le même temps que l'article L. 442-6, I, 7° du même Code sanctionne la pratique consistant à utiliser une clause de révision dont l'indice est sans rapport avec les produits ou prestations objets de la convention.

²⁷⁵⁸ L'article R. 631-14 du code rural impose un préavis d'une durée ne pouvant être inférieure à quatre mois, tandis que l'article R. 631-10 du même code fait obligation aux parties de respecter un préavis sans en imposer une durée minimale. L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionne pour sa part la rupture brutale sans préavis écrit d'une relation commerciale.

une certaine justice contractuelle. La définition de ce contrat d'affaires contemporain consacre ainsi un contrat complet (I) et équilibré (II).

I. Le « contrat complet »

877. La multiplication des dispositions d'ordre public façonne la figure de ce que l'on pourrait appeler le « contrat complet », c'est-à-dire d'un contrat qui présente les garanties objectives de complétude nécessaires à son équilibre formel. Il s'agit de définir un formalisme suffisant pour assurer aux parties la sécurité juridique nécessaire à l'exécution de leur convention. Ce formalisme présente des degrés plus ou moins importants selon que le secteur dans lequel on se place se trouve ou non réglementé. Mais il n'en demeure pas moins que le contrat d'affaires est marqué par un renforcement du formalisme sans précédent. Ce mouvement est d'autant plus notable que les contrats d'affaires se prévalaient classiquement d'une certaine liberté formelle, de sorte que la culture de l'écrit semblait plutôt réservée aux relations non commerciales, et particulièrement à celles habituellement présentées comme asymétriques comme celles entre professionnel et consommateur²⁷⁵⁹, ou employeur et salarié²⁷⁶⁰. Le contrat d'affaires n'est pourtant pas en reste sur ce point²⁷⁶¹. Si l'écrit n'est pas imposé formellement, le contenu négatif prohibé du contrat impose son recours en pratique. La multiplication, par ailleurs, des textes imposant le recours à un contrat écrit laisse entrevoir une généralisation à terme de ce principe. Les parties intègrent ainsi un contrat objectif préalablement formalisé, leur consentement n'étant qu'une des conditions de validité au côté du formalisme *ad validitatem* requis.

878. Ce formalisme ne se limite pas à imposer le recours à un contrat écrit, encore faut-il que celui-ci soit complet. Le « contrat complet » désigne celui dont l'ossature est

²⁷⁵⁹ V. notamment en droit de la consommation les articles L. 221-5, L. 221-8 et L. 221-11 du C. consom. Qui imposent au professionnel de recourir à un contrat écrit comportant une série de mentions obligatoires en matière de contrat de consommation conclu hors établissement, ou à distance. Pour les contrats conclus par voie électronique l'art. L. 221-14 du C. consom. impose également un contrat écrit comprenant « les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article L. 221-5. »

²⁷⁶⁰ V. notamment, art. L. 1221-2 du C. trav. qui pose la présomption de contrat de travail à durée indéterminée en l'absence d'écrit ; art. L. 3123-6 pour les contrats de travail à temps partiel ; art. L. 3123-33 à L. 3123-37 pour les contrats de travail intermittents ; art. R. 6222-2 à R. 6222-5 pour les contrats d'apprentissage.

²⁷⁶¹ Particulièrement si l'on songe à la question probatoire. Les professionnels se ménagent en pratique un écrit pour pouvoir rapporter la preuve de leur engagement et de celui de leur débiteur.

formellement établie. Celui dont le « contenu » défini précédemment ²⁷⁶² permet d'appréhender la relation contractuelle dans son ensemble. Il s'agit d'inscrire dans le contrat les obligations des parties et le sort du contrat de sa négociation jusqu'à son extinction. Plus précisément, le « contrat complet » doit comporter les mentions relatives à : l'identité des parties, la durée du contrat, les conditions de son renouvellement, les obligations des parties, les modalités de leur mise en œuvre, le prix, ses modalités de détermination, les modalités de paiement, et celles relatives à la rupture du contrat. Le « contrat complet » est donc celui qui, formellement, se présente comme un contrat écrit, et dont le contenu substantiel donne à voir l'ensemble de la relation contractuelle de son origine à sa rupture. Bien que le droit commun des contrats soit plutôt avare en prescriptions formelles, certains ajouts issus de l'ordonnance du 10 février 2016 viennent utilement formaliser certains aspects pré ²⁷⁶³ et post contractuels²⁷⁶⁴, particulièrement en ce qui concerne les contrats électroniques. Le droit des pratiques restrictives n'est pas non plus étranger au phénomène. Loin s'en faut. Les lois successives²⁷⁶⁵ ont mis en effet l'accent sur la contractualisation des relations *B to B*. L'article L. 441-7 du Code de commerce précise ainsi le contenu de la convention annuelle passée entre le distributeur et le fournisseur ou le prestataire de service²⁷⁶⁶. Ce qui peut être vécu par

²⁷⁶² Il est significatif sur ce point de voir la plateforme « service-public.fr » multiplier les rubriques sur les contrats listant « le contenu du contrat ». V. par exemple la page consacrée au contrat de bail commercial <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F23927>

²⁷⁶³ C'est le cas de l'art. 1114 C. civ. qui précise que « l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation. »

²⁷⁶⁴ C'est en effet dans la sous-section 4 de la section 1 du Chapitre II intitulée « Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique » que les prescriptions formelles sont les plus nombreuses. V. particulièrement les art. 1127-1 et 1127-2 C. civ. qui dressent une liste exhaustive des éléments devant figurer dans l'offre de contrat.

²⁷⁶⁵ La loi n° 2005-882, 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, dite loi *Dutheil* a par exemple énoncé à peine de nullité les mentions devant obligatoirement figurer dans les contrats de collaboration libérale (art. 18), et contraint les gérants et les mandataires-gérants à conclure un « accord-cadre » dont les mentions obligatoires sont définies par l'art. 146-3 C. com. ; loi *Macron* n° 2015-990

du 6 Août 2015 a renforcé la contractualisation dans les rapports entre fournisseur et négociants-grossistes en créant un régime de contractualisation spécifique à l'art. L. 441-7-1 C. com. ; La loi *Sapin II* n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a modifié l'art. L.631-24 C. rur. en renforçant la contractualisation en matière de cession des produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation.

²⁷⁶⁶ Cette convention écrite doit notamment mentionner les obligations auxquelles se sont engagées les parties, le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix. Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent. Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le

certaines comme « une pure contrainte²⁷⁶⁷ » témoigne en réalité de la nécessité de doter le contrat des gages formels d'équilibre nécessaires à sa bonne exécution. Il s'agit, pour le droit commun, d'intégrer la logique de marché, et pour le droit des pratiques restrictives de se « civiliser » en adoptant les repères cardinaux du droit commun. Le contrôle de l'équilibre contractuel constitue, nous semble-t-il, le centre névralgique de ce phénomène d'interaction entre les disciplines. D'ailleurs, le législateur a entendu faire de la lutte contre les déséquilibres une préoccupation transversale devant éclairer l'ensemble des matières. Il est tentant, dans ce contexte, de voir dans la figure du « contrat équilibré » l'emblème de ce nouvel ordonnancement contractuel.

II. Le « contrat équilibré »

879. L'exigence d'équilibre apparaît comme le repère cardinal du droit commun des contrats rénové (A) et suppose de recourir à des outils innovants, au titre desquels le contrat intelligent (B).

A. Le repère cardinal du droit commun des contrats rénové

880. Le fait de contracter consistait jusqu'ici à échanger des consentements éclairés en vue de la réalisation de certains effets juridiques. Il semble qu'il faille aujourd'hui substituer à cette exigence première, ou du moins lui accoler, celle d'un « contrat équilibré »²⁷⁶⁸. Contracter ne se réduirait plus à échanger des consentements, mais supposerait encore d'inscrire ses échanges dans un certain nombre de principes bien précis, au premier rang desquels l'exigence d'équilibre. Une telle affirmation n'est pas sans susciter des interrogations. En quoi consiste donc ce contrat ? Quelles conditions doit-il remplir ? Autant de questions auxquelles il est bien difficile de répondre tant les développements précédents ont démontré qu'il existait en la matière autant de déséquilibres que de relations

distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.

²⁷⁶⁷ J.-C. Grall, C. Belonne, Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce, *RLC*, n° 53, sept. 2016, p. 25.

²⁷⁶⁸ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017, n°36, p. 23 : « on peut se demander si on ne s'oriente pas vers l'idée plus générale d'équilibre ou de proportionnalité du contrat. »

contractuelles. Il semble possible néanmoins d'identifier non pas des contrats équilibrés en considération de relations subjectives particulières, mais un standard objectif de l'équilibre.

881. Nous avons proposé précédemment d'incarner ce standard à travers la notion de déséquilibre significatif, dont il a été démontré qu'elle présentait les contours d'un standard juridique objectif efficace. Cela suppose un double effort d'objectivation du contrat. Le premier effort doit être produit par les parties au contrat elles-mêmes et implique que ces dernières se saisissent du contrat comme d'un instrument objectif. Le second consiste à accepter par avance le respect d'un certain nombre de principes et d'y soumettre les termes de l'échange à venir. Appliquée au contrat d'affaires, cette affirmation rencontre déjà de nombreuses résistances²⁷⁶⁹. Il apparaît néanmoins que le droit des contrats a entendu depuis l'ordonnance du 10 février 2016 revendiquer son emprise sur les contrats d'affaires. Plus encore, le droit commun assume une politique contractuelle de l'équilibre et non du laisser-faire. L'équilibre sera donc, demain, le dénominateur commun des relations d'affaires. Cet équilibre sera à la fois celui qu'impose le législateur au moyen des outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel vus précédemment, mais il se situera également dans les interstices laissés par la loi, dans les points aveugles du Code civil et du Code de commerce, là où les parties seront amenées à déterminer elles-mêmes leur standard de l'équilibre.

882. Les nouvelles technologies se sont d'ores et déjà engagées dans la quête de ce nouvel équilibre. Plus exactement, ces technologies prétendent aujourd'hui offrir des solutions intelligentes pour parvenir à des contrats automatisés capables de s'autoréguler²⁷⁷⁰. Le phénomène demeure néanmoins à ses balbutiements en matière contractuelle de sorte que ces technologies doivent être envisagées davantage comme des pistes que comme des solutions éprouvées. Ce « droit en algorithmes²⁷⁷¹ » désigne l'ordonnancement juridique issu du phénomène de saisissement du droit par la normativité algorithmique. Ce nouvel état du droit est évocateur du souci de rationalisation de l'économie de marché. Il s'agit de simplifier les

²⁷⁶⁹ V. en ce sens les résultats de l'enquête menée par la DGCCRF en 2013 en matière de relations commerciales entre producteurs et acheteurs de fruits et légumes qui révèle que « la plupart des acheteurs présentent bien une proposition de contrat aux producteurs de fruits et légumes, mais ces propositions sont rarement suivies d'effet car, en général, les producteurs sont peu enclins à signer un tel contrat ». <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/relations-commerciales-entre-producteurs-et-acheteurs-fruits-et-legumes>

²⁷⁷⁰ G. Chantepie, *Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? Dalloz IP/IT*, 2017, 522 : « les algorithmes réalisent à n'en pas douter un ordonnancement du monde, conduisant à un mode de régulation des actions individuelles ».

²⁷⁷¹ L'expression est celle de G. Chantepie, art. préc.

tâches les plus longues et les plus coûteuses en y introduisant les gages d'une plus grande rentabilité. Le contrat présente dans ce contexte une grande force d'attraction dans la mesure où celui-ci matérialise les termes d'un échange économique susceptible d'être perfectionné. Le « droit en algorithme » constitue à cet égard un nouveau mode de régulation des déséquilibres contractuels

B. Le « droit en algorithme »

883. En pratique, les obstacles pour parvenir à un contrat équilibré sont nombreux. Ils sont à la fois d'ordre juridique, mais également d'ordre technique. Ces obstacles sont le plus souvent dus au peu d'attention prêtée à la phase de rédaction du contrat, mais encore aux difficultés qui s'attachent à une production des contrats à grande échelle. Ces difficultés pourraient cependant être surmontées par les nouvelles technologies au service du droit. Plus précisément, l'intelligence artificielle²⁷⁷² apparaît comme un outil de perfectionnement de l'objet contractuel. L'État²⁷⁷³ et les milieux économiques²⁷⁷⁴ se saisissent de cet outil avec beaucoup d'attention. L'intelligence artificielle, appliquée au contrat, consiste à s'inspirer du « cerveau biologique²⁷⁷⁵ » pour suppléer l'être humain dans la rédaction des contrats et le traitement de son contenu. La banque *JP Morgan* a ainsi lancé au mois de mars 2017 un

²⁷⁷² A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, 2015 ; D. Cardon, *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des Big Data*, Seuil, 2015 ; S. Abiteboul et G. Dowek, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017 ; E. Sadin, *La silicolonisation du monde. L'irrésistible expansion du libéralisme numérique*, L'échappée, 2016 ; A. Rouvroy, B. Stiegler, *Le régime de vérité numérique. De la gouvernementalité algorithmique à un nouvel État de droit*, *Socio*, 4 | 2015, pp. 113-140 <http://journals.openedition.org/socio/1251>

²⁷⁷³ Rapport de synthèse « France intelligence artificielle ». Ce rapport a été présenté le 21 mars 2017 à la Cité des sciences et de l'industrie. Le rapport de synthèse est consultable sur le site internet du ministère de l'Économie https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2017/Rapport_synthese_France_IA_.pdf

²⁷⁷⁴ Rapport préc. p. 1 « En 2016, plus de 1600 startups spécialisées en intelligence artificielle étaient recensées dans le monde par la plateforme d'intelligence économique CBInsights. #FranceIA a permis de recenser 270 créations depuis l'an 2000 en France. Depuis 2012, les investissements dans les startups spécialisées en IA ne cessent de croître, passant en 5 ans de 415 millions de dollars à 5 milliards de dollars [...] Le marché de l'intelligence artificielle pour les applications en entreprise est estimé à plus de 36 milliards de dollars d'ici à 2025 en IA contre 643 millions de dollars en 2016 (source : étude du cabinet d'analyse Tractica, 2017), soit une tendance d'augmentation de plus de 50 % par an. Cumulé avec le marché du data analytics, il est estimé à 70 milliards de dollars en 2021 selon l'étude de la Banque Américaine Merrill Lynch. » Aux Etats-Unis, l'administration Obama a lancé un plan intitulé « *Preparing for the future of artificial intelligence* » et a publié, le 20 décembre 2016 un rapport « *Artificial Intelligence, Automation, and the Economy* » ; Google, Amazon, Facebook, IBM et Microsoft ont annoncé au mois de septembre 2016 leur « Partnership on artificial intelligence to benefit people and society » destiné à identifier des standards éthiques et des bonnes pratiques en matière d'intelligence artificielle.

²⁷⁷⁵ Rapport préc. p. 5 : « On regroupe habituellement sous le terme d'« intelligence artificielle » un ensemble de notions s'inspirant de la cognition humaine ou du cerveau biologique, et destinés à assister ou suppléer l'individu dans le traitement des informations massives. »

programme intitulé « *Contract Intelligence* » destiné à « interpréter les accords de prêts commerciaux²⁷⁷⁶ ». Ces outils s'inscrivent dans ce que l'on appelle les *legal Tech* et désignent les instruments destinés à automatiser des tâches habituellement traitées par le cerveau humain. Beaucoup d'encre a coulé au sujet de ces *legal Tech* et de nombreux auteurs y ont vu, à raison, une transformation du métier d'avocat, de magistrat, ou d'enseignant-chercheur²⁷⁷⁷. Deux outils méritent à cet égard une attention particulière. Il s'agit des contrats intelligents d'une part (1) et du management contractuel d'autre part (2).

1. Les contrats intelligents

884. Les contrats intelligents, aussi appelés « *smart contracts* » désignent des contrats dématérialisés reposant sur des algorithmes intelligents qui permettent d'assurer l'exécution du contrat et son contrôle. Ces contrats incarnent une forme nouvelle de contrôle objectif de l'équilibre contractuel dans la mesure où il s'agit de faire reposer la conclusion du contrat et le contrôle de son exécution sur un protocole informatique et non sur les parties au contrat. Ces contrats ne relèvent pas de la science-fiction, bien au contraire. De nombreux contrats d'affaires sont aujourd'hui le fruit d'algorithmes très élaborés²⁷⁷⁸. L'objectif premier de ces contrats intelligents consiste à assurer une plus grande sécurité²⁷⁷⁹, à la fois dans la conclusion et dans l'exécution du contrat. La philosophie libérale sur laquelle reposent originellement ces contrats promeut la mise en relation directe des cocontractants, réduisant ainsi le coût de rédaction et d'exécution du contrat²⁷⁸⁰. La place conférée à l'équilibre contractuel est secondaire ici, dans la mesure où il s'agit de créer de toutes pièces des conventions sans

²⁷⁷⁶ <https://fr.express.live/2017/03/03/logiciel-realise-quelques-secondes-avocats-360-000-heures/>

²⁷⁷⁷ V. les articles et ouvrages suivants : R. Susskind, D. Susskind, *Technology will replace many doctors, lawyers and other professionals*, *Harvard Business Review*, 11 oct. 2016 <https://hbr.org/2016/10/robots-will-replace-doctors-lawyers-and-other-professionals> ; J. Goodman, *Robots in Law: How Artificial Intelligence is Transforming Legal Services*, 2016 ; A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive *JCP G* n° 1-2 du 9 janvier 2017 p. 47-52 ; M. Clément, Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle ? *D.* 2017 p. 104.

²⁷⁷⁸ G. Smorto, *Protecting the weaker parties in the platform economy*, *Cambridge Handbook on law and regulation of the sharing economy*, 2018, p. 8.

²⁷⁷⁹ Ces *smart contracts* s'appuient sur la technologie de la blockchain. C'est en effet Nick Szabo, soupçonné être l'inventeur du bitcoin qui a écrit sur les *smart contracts* pour la première fois dans un article intitulé *Smart contracts : Building Blocks for Digital Markets*, *Extropy* 1996.

²⁷⁸⁰ L'idée est de supprimer les coûts de rédaction du contrat par un tiers en promouvant la mise en relation directe des parties et la rédaction, par ces dernières, de la convention. Le même objectif de réduction des coûts est mis en avant au stade de l'exécution du contrat puisque les obligations de chacune des parties sont automatisées ex : le paiement du prix est automatiquement réalisé à la livraison du colis. V. H. Eenmaa-Dimitrieva, M. José Schmidt-Kessen, *Regulation through code as a safeguard for implementing smart contracts in no-trust environments*, *EUI Working papers*, 2017/13 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47545/LAW_2017_13.pdf?sequence=1

référence, *a priori*, à un système juridique étatique traditionnel. L'équilibre se mesure donc par la seule référence à la volonté des parties, cet équilibre étant rompu lorsque l'une des parties n'exécute pas correctement son obligation. Le risque d'abus ou l'absence de contrepartie ne constituent pas des données appréhendées par l'algorithme, le seul équilibre considéré étant celui déterminé par les parties.

885. Il existe néanmoins, en dehors des contrats intelligents tels que définis par Nick Szabo²⁷⁸¹, des contrats intelligents qui ne s'appuient pas sur la technologie de la *blockchain*. Les banques, les *legal firms*²⁷⁸² et les start-up²⁷⁸³ se sont saisies au cours de ces dernières années de l'intelligence artificielle pour promouvoir des contrats intelligents adaptés aux besoins des parties. Ces acteurs voient en effet dans l'intelligence artificielle et les données des entreprises un moyen de réaliser des contrats sur mesure à grande échelle et d'en assurer le suivi. C'est ce que l'on appelle le management contractuel²⁷⁸⁴.

2. Le management contractuel

886. Le management contractuel désigne la gestion du contrat intelligent en pratique. Il s'agit de proposer depuis la phase de négociation précontractuelle jusqu'à la résolution des litiges des solutions algorithmiques permettant aux parties de conclure un contrat adapté à leur besoin tout en diminuant le risque d'inexécution ou d'échec de l'opération. Appliqués à la problématique de l'équilibre contractuel, ces contrats présentent de nombreux avantages. Ils permettent de se faire une idée particulièrement précise de la situation économique des cocontractants au moyen des données récoltées, et de suggérer ce faisant des clauses adaptées à la nature de la relation contractuelle et de l'opération envisagée. Ils permettent enfin de

²⁷⁸¹ Nick Szabo art. préc.

²⁷⁸² A. Van Waeyenberge, Les Global Law Firms comme producteurs de droit, Conférence, Université Nice Sophia Antipolis, 9 nov. 2015.

²⁷⁸³ La start-up Captain Contrat a levé 4 millions d'euros au mois de décembre 2017. Cette plateforme juridique propose la rédaction de contrats sur-mesure à l'attention des TPE et PME. <https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/financer-sa-creation/030982697757-captain-contrat-leve-4-millions-d-euros-pour-democratiser-l-acces-au-droit-316669.php> La plateforme propose notamment de rédiger des conditions générales de vente et d'achat ; V. P. Wagner, M. Wagner, L'essor de la legaltech française : l'exemple de Captain Contrat, *Dalloz IP/IT*, 2017, 327 ; Sur la construction technique de ces plateformes de robotisation contractuelle, P. Ginestie, La robotisation des contrats - par les juristes eux-mêmes - sera leur prochain eldorado, *Dalloz IP/IT* 2017. 527.

²⁷⁸⁴ Le *contract management* est présenté depuis quelques années comme une discipline à part entière. Un diplôme universitaire a été créé par l'Université Paris II, et l'Association française du *contract management* a été créée en 2014. D'autres auteurs emploient l'expression de « management algorithmique » V. G. Chantepie, art. préc.

déceler dans l'usage de certains mots les risques de litiges et/ou d'inexécution. Plus généralement, l'intelligence artificielle permet aux rédacteurs de contrats de se prémunir des risques de déséquilibre par la mise en concordance des termes du contrat avec les spécificités économiques de chacune des parties. Ainsi décrit, ce management contractuel pousserait à son paroxysme l'objectivité du contrat en dotant les parties d'une incarnation sous forme de données. Les cocontractants bénéficieraient d'un contrat conforme non pas à leur volonté, mais à ce que le contrat projette objectivement en termes d'opération économique²⁷⁸⁵.

887. Bien que l'application de l'intelligence artificielle aux contrats d'affaires n'en soit qu'à ses balbutiements²⁷⁸⁶, elle atteste de la nécessité de porter une attention plus grande à l'architecture contractuelle. Cela suppose, en pratique, de délaisser les modèles de contrats clefs en main au profit de contrats sur-mesure rédigés par des professionnels de la matière²⁷⁸⁷. Si ces outils se présentent comme des dispositifs séduisants en ce qu'ils revendiquent l'objectivité et la neutralité scientifique des protocoles informatiques sur lesquels ils reposent, cette objectivité est en réalité toute relative²⁷⁸⁸. Les parties qui se voient imposer le recours à ce type de contrat intelligent pourraient légitimement revendiquer leur caractère biaisé notamment lorsqu'une des parties a financé la rédaction de ce type de convention²⁷⁸⁹. Elles le pourraient encore, et à plus forte raison, lorsque la configuration de l'algorithme leur échappe, soit que le rédacteur du contrat intelligent n'est pas partie au contrat — ce qui arrivera couramment en pratique — soit que, bien qu'étant partie au contrat, le rédacteur a seul « programmé » celui-ci. Il faut ajouter à cela que les algorithmes sur lesquels reposent ces

²⁷⁸⁵ G. Chantepie, art. préc. « Derrière ce mouvement se tramerait donc la fin d'un modèle d'élaboration de la norme, au détriment de la délibération et au profit d'un droit conforme aux pratiques de ses destinataires. » L'auteur donne l'exemple du contrat de franchise et du prévisionnel de résultat remis au franchisé par le franchiseur. L'auteur montre comment les algorithmes pourraient doter ces documents d'une précision sans précédent, et par voie de conséquence, en faire des supports contractuels répendus dans les contrats entre professionnels.

²⁷⁸⁶ Peu de contrats proposés par les plateformes juridiques sont le seul fruit des algorithmes. La plupart d'entre eux suppose le recours à un avocat, notamment pour ce qui concerne l'intégration de clause. V. par exemple la plateforme *Captain Contrat*. Plus généralement, ces plateformes semblent davantage mettre en relation le cocontractant avec un avocat spécialisé que procéder à la rédaction du contrat par le biais des seuls algorithmes.

²⁷⁸⁷ La qualification de ces contrats ne manquera pas, d'ailleurs, de soulever des interrogations. Il peut être tentant d'y voir des contrats d'adhésion lorsque les rédacteurs, qu'il s'agisse de *legal firms* ou de plateformes juridiques, réalisent un modèle sur mesure qui n'offre pas réellement de faculté de négociation.

²⁷⁸⁸ L. Godefroy Duong, *Le code algorithmique au service du droit*, D. 2018, 734 : « Les codes algorithmiques ne sont pas neutres. Ils sont affectés par les choix, conscients ou non, de leur concepteur » ; G. Chantepie, art. préc. : « Sous l'apparente neutralité de la description du réel, se dissimulent toujours les grilles de lecture de son concepteur » ; S. Abiteboul et G. Dowek, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017, p. 177 s. au sujet des algorithmes : « ils sont ce que nous avons voulu qu'ils soient ».

²⁷⁸⁹ Certaines plateformes proposent d'ailleurs à leur client de choisir une fourchette de prix et d'établir un contrat en fonction du montant choisi par l'utilisateur.

logiciels ne sont pas neutres²⁷⁹⁰ et que leur construction même repose sur une architecture obligationnelle largement déterminée par les contrats antérieurement élaborés par l'algorithme²⁷⁹¹. Cette alimentation du contrat intelligent par les données antérieures conduit en réalité à standardiser les conventions, à les mettre en silo par référence à des pratiques dominantes. Le risque est alors que le « code prive imperceptiblement les individus de leur libre arbitre, substitue les choix algorithmiques à leurs choix naturels, et influence leurs comportement »²⁷⁹².

888. Il faut ajouter à cela que le management contractuel peut servir de support technique à des politiques concurrentielles qu'il est difficile de percevoir à jour. Cela s'est vu notamment en matière concurrentielle s'agissant des algorithmes de prix²⁷⁹³. Le même risque semble pouvoir survenir s'agissant de l'équilibre du contrat, notamment si l'on songe aux clauses de *hardship* qui pourraient reposer sur des algorithmes favorisant la renégociation en faveur de la partie rédactrice. L'on peut tout à fait imaginer par exemple qu'une clause de variation des prix soit mise en œuvre par un algorithme, mais que celui-ci soit programmé par la partie qui en est à l'origine pour empêcher une variation trop importante lorsque le chiffre d'affaires réalisé est inférieur à un certain montant. Le risque de déséquilibre est encore accentué si l'on songe à l'usage que peut faire l'algorithme intelligent des données personnelles des cocontractants. On peut imaginer ainsi que l'algorithme s'appuie sur la collecte des données d'une société cocontractante pour identifier les périodes au cours desquelles son chiffre d'affaires diminue et lui imposer alors la conclusion d'un contrat qui crée un déséquilibre manifestement excessif.

²⁷⁹⁰ Les plateformes juridiques de rédaction de contrats qui s'appuient sur l'intelligence artificielle prennent soin de demander à l'utilisateur en quelle qualité il entend, par exemple, conclure un contrat de distribution, et adaptent leur offre en fonction de la place qu'il entend occuper l'utilisateur dans le contrat. Sur les algorithmes et les biais anticoncurrentiels.

²⁷⁹¹ L. Godefroy Duong, art. préc., Toute règle peut être exprimée par la relation SI... ALORS. Exemple : SI pays acheteur = non UE, ALORS TVA = non et transitaire = oui. SI paiement = cash, ALORS garanties = aucune » ; P. Ginestier, art. préc. : « Après le 4^e contrat, le robot a la mémoire de chacune des situations traitées et, lors de son utilisation pour la production d'un contrat, va se comporter comme s'il exécutait une arborescence permettant à l'utilisateur de choisir les options qu'il souhaite retenir pour le contrat en cours de production ».

²⁷⁹² L. Godefroy Duong, art. préc.

²⁷⁹³ F. Marty, Du virage économique au virage technologique en matière de décision concurrentielle, GREDEG Working Paper, n°2017-41. <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2017-41.pdf> ; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.

889. La difficulté repose alors sur l'identification de l'origine du déséquilibre. Cela suppose une analyse de la construction de l'algorithme lui-même, qui sera rendue difficile d'une part par le refus de l'accès à cette information opposée par le cocontractant à l'origine du contrat intelligent, et d'autre part par les difficultés de compréhension de l'algorithme par l'autre partie. Plusieurs solutions sont envisageables²⁷⁹⁴. L'une d'elles pourrait consister à intégrer à terme les règles contractuelles impératives dans l'algorithme²⁷⁹⁵. Cela reviendrait à mobiliser prioritairement les algorithmes et l'intelligence artificielle à des fins régulatrices. Les limites au développement des technologies de régulation en matière contractuelles sont toutefois trop importantes²⁷⁹⁶ pour prétendre à la généralisation d'un tel dispositif. Une autre solution, plus réaliste, consisterait à imposer aux parties la transparence des opérations effectuées par l'algorithme pour toute la durée du contrat²⁷⁹⁷. Cela permettrait, en cas de contestation, de remonter ces données pour identifier l'origine du déséquilibre. Les déséquilibres « numériques » sont déjà à l'œuvre, mais le recours aux algorithmes contractuels devrait encore les accentuer. La quantité des échanges commerciaux que sont susceptibles de servir ces algorithmes et la vitesse de leur utilisation dans les échanges dématérialisés conduit cependant à y voir un risque d'une échelle plus vaste. Cela ne doit pas pour autant condamner ces contrats à l'opprobre. Mais il appartiendra aux juristes de penser les termes de la confrontation inévitable du droit à l'informatique. Sur ce point, la réforme du droit des contrats est pour le moins décevante²⁷⁹⁸. Alors que la dématérialisation des contrats constitue une réalité quotidienne des échanges commerciaux, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a semble-t-il pas entendu donner à ces contrats la place qui leur revenait. Le législateur accorde en effet une grande importance à la protection des consommateurs en ce domaine,

²⁷⁹⁴ L. Duong Godefroy, art. préc. qui présente les deux exemples suivants : Le Conseil général de l'économie (CGE), Rapp. du 13 mai 2016 « Modalités de régulation des algorithmes de traitement des contenus ». Sur proposition du CGE, l'INRIA a mis en place Transalgo, une plateforme scientifique collaborative destinée à favoriser le développement de logiciels et de méthodes de tests d'algorithmes « responsables et transparents ». V. égal. la mise en place le 7 févr. 2018 du comité scientifique et éthique chargé de s'assurer de la transparence de la plateforme Parcoursup. Ce comité devra veiller à ce que Parcoursup applique les règles légales et que celles-ci soient compréhensibles par tous les citoyens.

²⁷⁹⁵ F. Marty, art. préc. p. 25. C'est ce que l'on désigne, en matière financière sous l'appellation de *reg techs* pour *regulatory technology*.

²⁷⁹⁶ Les *reg techs* supposent de pouvoir centraliser les données contractuelles ce qui semble aujourd'hui difficile compte tenu du recours encore limité à la dématérialisation contractuelle dans les relations d'affaires.

²⁷⁹⁷ L. Duong Godefroy, art. préc. : « La mise en place d'un système de traçabilité des actions opérées sur le code (durant la phase d'apprentissage ou au cours de son fonctionnement) et à partir du code (par les utilisateurs) appuierait ce contrôle de l'appariement des sens juridique et technique du code. »

²⁷⁹⁸ J. Huet, Influence sur les contrats informatiques ou électroniques exercée par la réforme du droit général des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016, *RDC* 2016, n°4, p. 663 « S'agissant des contrats électroniques, un autre paradoxe apparaît : les dispositions les concernant sont certes nombreuses, mais pas du tout nouvelles. Elles sont toutes reprises – à quelques tournures de phrase près – du Code civil antérieur où elles avaient été intégrées en 2000, 2004 et 2005. »

sans pour cela mettre à jour un *corpus* de règles communes applicables à l'ensemble des contrats conclus électroniquement.

CONCLUSION DU CHAPITRE

890. Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel présente, nous l'avons vu, une dimension régulatrice. Cette régulation opère à l'échelle du marché comme à celle du contrat. Les acteurs de la régulation à l'échelle du marché sont incarnés par la CEPC et par le ministre de l'Économie dont l'action autonome de protection du marché fait de lui un régulateur inavoué. Cette régulation s'appuie essentiellement sur les pratiques restrictives de concurrence qui ont été présentées comme une composante à part entière du « grand » droit de la concurrence. Ces pratiques restrictives poursuivent un objectif double : la protection des parties et celle de la libre concurrence. Ce dernier objectif, que refusent de lui reconnaître certains auteurs repose sur l'idée selon laquelle les pratiques restrictives ne produiraient pas d'effets sensibles sur le marché pertinent. Il a néanmoins été démontré que ces pratiques collectives contribuent par leur seul objet à la restriction de la libre concurrence. La Commission européenne semble prendre ce risque très au sérieux, et sanctionne à cet effet les pratiques commerciales déloyales en raison de leur faculté à nuire à l'investissement, à freiner l'innovation et à influencer les prix.

891. À la régulation des marchés par le biais des pratiques restrictives, s'ajoute ce que l'on a désigné comme la régulation du contrat par le contrat. La contractualisation croissante de certains secteurs économiquement stratégiques pour l'État constitue un trait saillant de l'évolution des relations d'affaires. Ces contrats sont contraints dans leur contenu par une architecture contractuelle imposée et un contenu contractuel prohibé. Présentés comme des outils de régulation, ces contrats manifestent l'intérêt des pouvoirs publics pour « l'économie contractuelle²⁷⁹⁹ » c'est-à-dire pour un système économique dans lequel l'État et les opérateurs s'entendent pour faire du contrat un instrument économique de promotion des échanges privés et de satisfaction de l'intérêt général²⁸⁰⁰. L'étude de ces mécanismes de

²⁷⁹⁹ R. J. Aubin-Brouté, *op. cit.*, n°10, p. 28 ; M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD Civ.* 1964, pp. 5 à 49 ; J. Dupuis, Quelques aspects généraux de l'économie contractuelle dans une perspective d'expansion, *Économie rurale*, n°60, 1964. Groupements et contrats de commercialisation. Pp. 85-89 ; M. Piettre, « Vers l'économie contractuelle », *Le Monde* 20 juill. 1960, et du même auteur « À la recherche d'une nouvelle liberté : l'économie contractuelle, *Le Monde* 15, 16 et 17 mai 1963.

²⁸⁰⁰ M. Vasseur, art. préc., n°7, p. 13 « Le développement de l'économie contractuelle correspond à une transformation de la conception classique de l'État [...] Aussi bien, l'entreprise a besoin de l'État. Quelle entreprise est désormais assez grande, assez puissante, assez maîtresse de ses approvisionnements, de ses prix, de ses débouchés, pour méditer utilement ses actes sans se concerter avec l'État et avec d'autres entreprises ? Lais en même temps, l'État a besoin de l'entreprise pour réaliser les fins de l'intérêt général qu'il poursuit. [...] »

régulation contractuelle révèle en creux une figure archétypale du contrat d'affaires de demain. Ce contrat se présente comme une convention complète dont le contenu doit permettre aux parties d'organiser par avance l'ensemble du parcours contractuel de la négociation à la disparition du contrat. Ce contrat doit enfin être équilibré. Dans cette optique, le standard du déséquilibre significatif apparaît comme un repère pertinent. Cela signifie que les parties doivent prendre soin de purger le contrat des clauses susceptibles de créer un déséquilibre significatif entendu dans son acception concurrentielle et de droit commun. Ce contrat équilibré se présente comme un principe directeur du contrat davantage que comme une condition de validité à proprement parler. La diffusion de ce principe directeur dans les relations d'affaires se heurte néanmoins à des obstacles tenant au travail d'ingénierie contractuelle. Si les technologies de l'information et les algorithmes promettent l'avènement d'un nouveau contrôle objectif de l'équilibre contractuel, il faut craindre que ces technologies contribuent, dans le même temps, à complexifier les facteurs de déséquilibres de la relation contractuelle en les diluant dans des formules hermétiques.

892. Conclusion du Titre 2. Les remèdes objectifs au déséquilibre contractuel à l'échelle du marché manifestent leur fonction normative et régulatrice. Ces remèdes participent à la normalisation des contrats d'affaires en identifiant un contenu contractuel prohibé dans le même temps qu'ils dessinent les contours d'un contrat standardisé dans sa forme comme dans son contenu. La diffusion de masse des contrats conjuguée à la standardisation de leur contenu interroge l'existence d'un standard de l'équilibre. La multiplication des standards juridiques se référant à l'équilibre contractuel est significative. Elle manifeste une attention accrue à cette problématique et trahit la difficulté de synthétiser les déséquilibres au travers des notions juridiques existantes. Le déséquilibre significatif semble cependant constituer un standard juridique de l'équilibre satisfaisant. Cela s'explique par la diversité des déséquilibres qu'il recouvre et par son usage dans le droit commun comme dans celui des pratiques restrictives.

893. La standardisation juridique du déséquilibre se trouve confrontée en pratique au saisissement du contrat par les pouvoirs privés économiques. Ces acteurs économiques dont relèvent les plateformes s'approprient la figure du contrat pour y introduire une normativité privée concurrente des règles de droit positif. À la standardisation contractuelle provoquée par les remèdes objectifs aux déséquilibres contractuels s'ajoute en effet une standardisation privée du contrat dont l'objectif consiste précisément à faire échapper le contrat aux contraintes des systèmes juridiques étatiques. Dans ce cadre, l'État apparaît au moyen de l'ordre public économique comme le seul acteur en mesure de limiter les effets néfastes de la standardisation privée du contrat. Cela suppose néanmoins de conjuguer les efforts du législateur français avec ceux de ses voisins européens. L'harmonisation des pratiques restrictives de concurrence au moyen du développement des pratiques commerciales déloyales constitue à cet égard une piste encourageante. Il appartient donc aux États membres de l'Union de revendiquer collectivement leur fonction de protection du marché en y intégrant la promotion d'échanges commerciaux équilibrés. La contractualisation de certains secteurs stratégiques de l'économie donne à voir un modèle contractuel vertueux permettant de prémunir les parties des déséquilibres provoqués par l'asymétrie des pouvoirs de marché en présence. Il s'agit d'organiser formellement et substantiellement les termes d'un échange « complet » et « équilibré ». Dans ce contexte, l'architecture contractuelle devient un enjeu politique permettant aux petites et moyennes entreprises d'affronter la concurrence dans des conditions équitables.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

894. L'étude des remèdes objectifs au déséquilibre contractuel menée dans cette seconde partie a rappelé la dualité dans laquelle s'opère le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Ces remèdes opèrent en effet à l'échelle des parties comme à celle du marché. Cette dualité ne se traduit pas par des remèdes dissociés les uns des autres selon qu'ils poursuivent l'un ou l'autre de ces deux objectifs, mais par leur coexistence. L'assignation d'une logique de protection de la partie faible au droit commun et celle d'une logique de protection du marché au droit de la concurrence doit être relativisée. Les instruments déployés depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008 pour le droit de la concurrence, et depuis l'ordonnance du 10 février 2016 pour le droit commun témoignent de la conjugaison de ces impératifs. L'étude des remèdes offerts aux déséquilibres contractuels illustre l'imprégnation du droit des contrats par une logique concurrentielle, c'est-à-dire une logique de protection du marché et des opérateurs. Les remèdes se veulent moins radicaux que par le passé et servent le besoin de continuité de l'opération économique projetée au moyen de remèdes « chirurgicaux ». Le contrat est ainsi purgé des éléments susceptibles de nuire à la réussite de l'opération et à sa rationalité économique, comme de ceux qui exposeraient une partie à un déséquilibre par l'abus d'une situation de dépendance économique.

895. Si les remèdes objectifs sont traditionnellement présentés comme ceux prononcés par le juge, le législateur a voulu donner aux parties les rênes de l'adaptation contractuelle qu'elle soit préventive ou curative. L'ordonnance du 10 février 2016 multiplie les remèdes « amiables », tandis que le législateur semble avoir formulé le souhait de voir réduire les contentieux contractuels à la portion congrue. L'objectif est louable, mais il ne supprime pas le risque bien réel que les déséquilibres inhérents à la relation contractuelle se propagent lorsqu'il s'agira d'adapter le contrat ou de prévoir des clauses d'adaptation du prix ou des prestations. Le juge n'est donc pas appelé à disparaître, mais son office, en revanche, est appelé à se transformer. Juge d'appui du contrat, juge des revendications collectives des cocontractants, ce dernier devrait jouer le rôle d'un facilitateur de la relation contractuelle plus que celui d'un détenteur d'un pouvoir de sanction. Ce renouvellement de l'office du juge au profit des parties, suppose néanmoins que ces dernières se livrent à un effort d'objectivation de leurs volontés. Le contrôle opéré par le juge exige en effet que les parties donnent à leur engagement les éclairages de la raison et fassent sortir celui-ci des confins

obscur de leur volonté interne. Le prix choisi unilatéralement doit être motivé de même que les clauses d'adaptation doivent s'appuyer sur des critères objectifs tangibles.

896. À l'échelle du marché, les remèdes objectifs au déséquilibre contractuel opèrent comme des promoteurs de standardisation et de régulation. La globalisation des échanges accentue le phénomène de diffusion de masse des conventions d'affaires dans le même temps qu'elle place le contrat comme un outil juridique concurrentiel. Les opérateurs économiques rivalisent en effet d'énergie pour détacher la figure contractuelle des systèmes juridiques étatiques, et en faire l'expression d'une normativité privée. Cela s'explique par la globalisation des échanges et le développement de technologies innovantes notamment sur les plateformes d'intermédiation. L'ingéniosité des pouvoirs privés économiques et l'ampleur prise par les modèles économiques développés par ces derniers fait craindre la dilution du contrat dans sa forme et dans son contenu traditionnel. Dans cette perspective, la régulation du marché comme des contrats d'affaires semble incontournable. Son efficacité est toutefois subordonnée à une action collective à l'échelle de l'Union et suppose que l'État se spécialise dans sa fonction de protection du marché. Il convient, afin que cette régulation fonctionne avec succès, de faire fonctionner le droit des pratiques restrictives comme une composante essentielle et nécessaire du droit de la concurrence. Cela suppose donc de revendiquer l'équilibre des contrats comme le gage d'un marché efficient et concurrentiel. C'est la voie que semble emprunter pour l'heure le législateur français et dans son sillon la Commission européenne. Cela conduit à proposer une architecture contractuelle nouvelle du contrat d'affaires. Le contrat d'affaires n'incarne plus l'instrument juridique contraint par la nécessité de la transaction, mais le lieu d'une opération contextualisée. Cette contextualisation suppose d'envisager le contrat de manière objective dans un ordre juridique et économique qui lui est antérieur et auquel il convient de s'assurer que le contrat se conforme.

CONCLUSION GÉNÉRALE

897. L'étude du contrôle objectif de l'équilibre contractuel a révélé la dualité irréductible du contrat. Elle en a éclairé les implications matérielles comme théoriques, et a permis de prendre la mesure du changement de paradigme contractuel à l'œuvre. Acte de volonté et dans le même temps instrument d'échange, le contrat revendique son attachement à l'économie de marché. Si le droit des pratiques restrictives de concurrence relève des branches « économiques » du droit des contrats, le droit commun semblait entretenir une relative indifférence à l'égard du marché jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016 faisant ainsi primer une appréhension strictement subjective du contrat, entendu en termes de volontés. L'éradication formelle de la cause et l'intégration d'instruments de contrôle objectif de l'équilibre contractuel, eux-mêmes empruntés au droit des pratiques restrictives de concurrence, manifestent pourtant un renouvellement des rapports du juriste au contrat. Plus généralement, la réforme a été l'occasion de démontrer que le contrat était porteur de choix économiques essentiels.

898. Loin de se tenir à distance du contrat, le législateur a entendu placer le contrat au cœur des défis de notre économie. Dans cette perspective, la lutte contre les déséquilibres contractuels apparaît comme une priorité. Le déséquilibre ne se traduit plus seulement par l'inadéquation du contrat avec l'équilibre communément déterminé par les parties, mais il se manifeste comme une affection juridique, une altération du contenu contractuel à laquelle il convient de remédier. Les outils traditionnels d'identification du déséquilibre s'objectivent tandis que le droit commun, sous l'influence du droit de la concurrence, se dote d'instruments spécifiques.

899. Le traitement objectif du déséquilibre contractuel par le droit commun opère par le renouvellement des outils existants et par l'introduction de notions empruntées au droit de la concurrence. Les vices du consentement intègrent ainsi la notion de dépendance tandis que la cause, disparue formellement, se maintient dans sa substance grâce à des outils juridiques qui consistent à s'assurer que le contrat est à même de satisfaire l'opération économique projetée. À ce rajeunissement du droit commun des contrats s'ajoute un changement plus profond de philosophie. Le législateur a entendu faire du droit des contrats un nouvel espace d'expression

de l'ordre public économique. Le déséquilibre significatif concurrentiel et contractuel apparaît comme le nouveau standard de l'équilibre. Dédié initialement aux déséquilibres des relations en cours dans la grande distribution, l'outil manifeste une grande adaptabilité. Il permet d'appréhender les déséquilibres induits par l'économie des plateformes d'intermédiation et les places de marché de type *Amazon*. Intégré dans le Code civil, l'ambition de cet outil est plus modeste. Il s'agit de limiter le contrôle objectif du déséquilibre significatif produit par les clauses contenues dans les contrats d'adhésion. Cette limite n'empêchera cependant pas le déséquilibre significatif de couvrir un large champ d'application. Celui-ci pourra être invoqué dans les contrats passés entre professionnels, au soutien éventuel d'une demande formée à titre principal sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Il apparaît en effet que les deux fondements légaux ne montrent pas d'antinomie dans les objectifs qu'ils s'assignent. Si le droit commun fait référence à la nécessité de renforcer la justice contractuelle, le droit des pratiques restrictives permet d'éclairer cette question sous un angle économique. Il apparaît ainsi que la protection de la partie faible doit être entendue comme une protection doublement orientée. Elle tend, d'une part, à assurer aux parties la protection de la position qu'elles occupent dans le contrat et, d'autre part, à promouvoir un modèle économique conforme aux standards de l'économie de marché.

900. Le contrôle de l'existence de la contrepartie convenue maintient pour sa part les fonctions traditionnellement dévolues à la cause, tandis que la nouvelle notion de contenu vient intégrer plusieurs outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel au travers de la conformité du contrat à l'ordre public. L'étude de la place faite à l'ordre public économique a démontré le rôle incontournable de cette notion dans le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. L'hypertrophie de l'ordre public économique nous a conduits à réenvisager les fonctions de celui-ci. Traditionnellement présenté comme un ordre public dissocié, l'ordre public économique manifeste en réalité la poursuite conjointe d'un objectif de protection des parties faibles et de protection du marché. La partie faible est, dans cette perspective, protégée par référence à la fonction économique qu'elle incarne. L'appréhension de cette faiblesse est donc objective. Il ne s'agit plus d'appréhender les parties faibles par référence à des qualités subjectives, mais en identifiant objectivement la position contractuelle qu'elles occupent. Le déséquilibre devient, dans cette optique, un déséquilibre objectif du contrat et non plus des parties.

901. La seconde partie de cette étude a consisté dans l'analyse des remèdes objectifs au déséquilibre contractuel tant à l'égard des parties qu'à l'égard du marché. Le constat dressé dans la première partie s'est prolongé ici dans la mesure où les remèdes réservés aux déséquilibres contractuels manifestent un attachement à la préservation du substrat économique du contrat. La volonté des parties ne constitue plus le critère essentiel de détermination du rayonnement de la sanction. Les remèdes se veulent en effet soucieux de la préservation du contrat purgé du déséquilibre. Le réputé non-écrit occupe à cet égard une place privilégiée. Marqueur de la présence d'ordre public, ce remède objectif assure le respect de l'équilibre contractuel par référence à la loi. La multiplication de ses occurrences au cours des dernières années, et la place que lui accorde l'ordonnance du 10 février 2016 en font un remède de référence. La caducité est le fruit d'un phénomène d'objectivation comparable : elle permet de défaire le contrat dont un élément essentiel disparaît et assure la cohérence de la sanction réservée à un ensemble contractuel indivisible. La caducité incarne en ce sens le remède de la perte de rationalité économique du contrat par excellence.

902. Poussant encore l'objectif de maintien de l'opération économique, le législateur a entendu promouvoir l'adaptation préventive et curative du contrat par les parties. Il s'agit de prémunir le contrat des effets du déséquilibre par l'intégration de clauses d'adaptation du prix ainsi que des prestations. Témoinnant d'une vision « managériale » du contrat, ces clauses consistent à anticiper la variation du prix, par la renégociation ou l'adaptation automatique de celui-ci. Contrepoids nécessaire à la durée des contrats organisation, ces clauses s'imposent dans les contrats de longue durée en matière de distribution lorsque les fournisseurs sont confrontés à la volatilité du prix des matières premières. En dehors de ce domaine où ces clauses sont encadrées par l'État, leur recours présente un risque de détournement au profit de la partie économiquement forte, sanctionné par le droit des pratiques restrictives. Le droit commun des contrats n'est pas en reste, puisque l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la théorie de l'imprévision en autorisant les parties à adapter le contrat. Si le symbole est fort, le dispositif semble manquer sa cible. Plus généralement, l'adaptation amiable ne présente pas les garanties nécessaires à son succès. La mise en place d'un juge d'appui du contrat a pu être présentée, dans cette perspective, comme une piste pertinente afin de remédier aux dérives de l'adaptation amiable du contrat. Présenté comme un juge du fond statuant en la forme des référés, le JAC apparaît comme le support procédural à même de remédier aux déséquilibres induits par les mécanismes d'adaptation objectifs du contrat.

903. Parachevant le constat de la dualité du contrat que nous dressions en préambule de cette conclusion, cette étude s'est attelée à démontrer que le traitement objectif du déséquilibre contractuel produisait un effet régulateur et normatif à l'échelle du marché. La multiplication des normes objectives dans la sphère contractuelle contribue à l'érection d'un cadre contractuel normatif indépendant du rapport d'obligations. Qu'il s'agisse des dispositions d'ordre public ou des normes techniques de type IFRS, le contrat apparaît comme « un foyer normatif ». Cette standardisation des contrats d'affaires conduit à appréhender le contrat comme une norme de référence objective. Outre la standardisation du support matériel, les outils juridiques de contrôle objectif de l'équilibre contractuel sont eux aussi standardisés. L'ordonnance du 10 février 2016 a produit en effet plusieurs standards du déséquilibre. Les enjeux de cette standardisation tant matérielle que juridique sont doubles. Il s'agit, d'une part, de promouvoir l'efficacité économique du contrat en définissant des standards communs, et, d'autre part, de promouvoir l'attractivité du droit dans un contexte de mise en concurrence des systèmes juridiques. Dans cette perspective, il a été démontré que le déséquilibre significatif incarnait un standard juridique de l'équilibre pertinent, compte tenu de sa transversalité et de sa faculté de synthèse des outils de contrôle objectif de l'équilibre contractuel existants. Une limite, et un risque ont néanmoins été identifiés à la suite de l'étude de cette standardisation. La limite tient au phénomène d'accaparement du contrat par les pouvoirs privés économiques, qui diminue considérablement la force d'un tel standard en recourant à des figures contractuelles inédites. Le risque, lui, a été identifié comme une baisse générale du niveau de protection offert aux cocontractants.

904. Les exemples empruntés aux opérateurs de plateformes de type *B to B* ou *B to C* ont révélé, en effet, la capacité technologique et financière de ces acteurs à travestir le contrat sous des figures juridiques inédites. Ces contrats d'un nouveau genre imposent une opération de requalification délicate et s'érigent en normes privées qui entrent en concurrence directe avec les figures contractuelles traditionnelles. La stratégie d'évitement juridique à l'œuvre chez ces opérateurs conduit à un abaissement du niveau de protection de l'équilibre contractuel dans ces contrats. La dimension globale des marchés sur lesquels opèrent ces plateformes et la dématérialisation des échanges qui y sont réalisés conduisent à une dilution des systèmes juridiques étatiques et, partant, à un recul du contrôle pouvant être opéré sur l'équilibre de ces conventions.

905. Il apparaît urgent, en réaction à ce phénomène, de désigner, à l'échelle européenne, de « pratiques commerciales déloyales » harmonisées. Ces pratiques, « imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre²⁸⁰¹ » et s'éloignant de « la bonne conduite commerciale²⁸⁰² », ont « des effets préjudiciables sur l'ensemble de l'économie de l'Union²⁸⁰³ », et provoquent « des pertes d'efficacité économique²⁸⁰⁴ ». Limitées pour l'heure à la chaîne d'approvisionnement alimentaire, ces pratiques redessinent les contours traditionnels du droit des pratiques anticoncurrentielles en faveur de l'intégration de pratiques restrictives *per se* à l'échelle de l'Union. L'adoption à venir d'une législation-cadre européenne sous forme de directive sur le sujet contribuera sans aucun doute à renforcer l'attractivité de l'Union en matière économique²⁸⁰⁵. Elle permettra également de doter les États membres d'un niveau de protection suffisant contre les déséquilibres contractuels provoqués par les opérateurs de plateforme.

906. Enfin, le traitement objectif des déséquilibres contractuels a révélé sa fonction régulatrice. L'acteur principal de cette régulation semble devoir être incarné pour l'heure par le ministre de l'Économie, que l'article L. 442-6, III du Code de commerce dote d'une action délictuelle autonome exorbitante de protection du marché. Bien que plusieurs voix s'élèvent pour condamner le dirigisme économique que masquerait cette action, il apparaît que cette dernière contribue indiscutablement à l'efficacité du dispositif mis en place par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Nous avons néanmoins souligné le risque de perte de lisibilité de cette action, compte tenu de sa triple dimension, civile, pénale et administrative, et encouragé une redéfinition des attributions du ministre de l'Économie.

907. Deux pistes ont été suggérées. La première consiste à doter la Commission d'examen des pratiques commerciales de pouvoirs décisionnels en en faisant une autorité administrative indépendante, équivalente à l'Autorité de la concurrence pour les pratiques restrictives. Cette piste a néanmoins été écartée compte tenu de son caractère peu réaliste. La seconde consiste en revanche à encadrer plus strictement les pouvoirs du ministre pour contrer les attaques dirigées à son endroit. Il s'agirait d'interdire à celui-ci de solliciter la réparation du préjudice

²⁸⁰¹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales intentionnelles dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016, p. 2.

²⁸⁰² *Ibid.*

²⁸⁰³ *Ibid.*

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

²⁸⁰⁵ *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), 12 avr. 2018

causé par les pratiques incriminées, dans la mesure où cette action ne s'assimile pas en une action en lieu et place du partenaire commercial lésé. La compréhension de la régulation à l'œuvre dans l'action autonome du ministre en protection du marché suppose, selon nous, d'acter définitivement l'appartenance du droit des pratiques restrictives au « grand droit de la concurrence ». Si ces pratiques sont sanctionnées *per se*, sans démonstration de leurs effets nocifs sur la concurrence, cela ne permet pas d'en déduire que ces pratiques ne porteraient qu'indirectement atteinte à la libre concurrence. L'absence d'effets sensibles sur le marché ne constitue pas un critère nécessaire à la sanction de pratiques anticoncurrentielles. Ces pratiques restrictives peuvent en effet être assimilées à des restrictions par objet comme il en existe en droit des pratiques anticoncurrentielles. Si les pourfendeurs des pratiques restrictives soutiennent que cela serait impossible, compte tenu de l'absence de démonstration des effets nocifs de ces dernières sur la concurrence, il ressort pourtant des études menées que ces pratiques entraînent des pertes d'efficacités économiques. Le caractère collectif et répandu de ces pratiques produit un effet négatif sur le prix, diminue l'investissement et nuit à l'innovation des professionnels qui en sont victimes. Ces seuls éléments suffisent à démontrer les effets perturbateurs de ces pratiques sur la libre concurrence. Une seconde forme de régulation se développe aux côtés de la régulation du marché : il s'agit de ce que nous avons appelé la régulation du contrat. Celle-ci se manifeste dans plusieurs secteurs stratégiques de l'économie par le recours à la contractualisation des rapports économiques. Les pouvoirs publics se saisissent alors du contrat comme d'un instrument de politique publique assurant à la fois la protection d'une partie faible et la direction du marché. Ce phénomène, qui a connu un développement considérable au cours des cinq dernières années, fournit à notre sens une figure contractuelle archétypale du contrat de demain. Ce contrat « complet » et « équilibré » renouvelle la définition même du contrat. Il conduit à repenser les modalités du contrôle objectif de l'équilibre contractuel à l'aune de ces exigences.

908. À ce titre, le contrat « intelligent » a été présenté comme l'une des manifestations possibles du contrôle objectif de l'équilibre contractuel de demain. Des difficultés techniques et juridiques propres à ces contrats spécifiques ont cependant été soulignées. Si le droit des contrats ne peut pas s'abstraire de l'emprise des nouvelles technologies, il doit cependant se doter d'outils suffisamment adaptables pour appréhender les déséquilibres que ne manqueront pas de créer les algorithmes de ces contrats « intelligents ». Plusieurs de ces déséquilibres ont d'ores et déjà été identifiés, laissant envisager une complexification sans précédent du contentieux.

909. Parvenus au terme de cette étude, il est possible d'affirmer que le contrôle de l'équilibre contractuel ne s'opère plus aujourd'hui de manière exclusivement subjective, en considération de l'équilibre voulu par les parties. Il apparaît au contraire que cet équilibre et les outils dédiés à son contrôle s'objectivent. Cela se traduit par la promotion de l'identité économique du contrat et son utilisation au service d'un système de valeur intégré dans l'économie de marché. Priorité est donnée au contenu du contrat et non à ses auteurs. L'objectivation consiste à appréhender le déséquilibre non pas par l'identification de critères subjectifs qui seraient propres aux opérateurs mais par l'identification des effets produits par le contrat qu'ils passent.

910. Nous n'avons pas voulu suggérer qu'il s'agissait là d'un contrôle parfait. Nous avons, au contraire, souligné les risques de perte de lisibilité de la règle de droit et les mécanismes de détournement et de dévoiement de ces outils. Il ne s'est pas agi non plus de recommander une abrogation des frontières entre le droit commun des contrats et le droit de la concurrence. Nous avons cependant tenté de démontrer que le contrôle objectif de l'équilibre contractuel ainsi étudié matérialisait la convergence actuelle de ces disciplines en faveur de la protection de la partie faible et de la protection du marché.

911. Les enjeux économiques et politiques de ce phénomène sont apparus suffisamment sérieux pour promouvoir le maintien de cette complémentarité des disciplines à l'avenir. Plus exactement, nous avons tâché de démontrer qu'il existait, à l'heure où les pouvoirs privés économiques s'accaparent la normativité et se jouent des systèmes juridiques, une urgence à envisager le contrôle objectif de l'équilibre contractuel comme une modalité de l'action des pouvoirs publics. Alors que nous formulions, au seuil de cette étude, des réserves sur la capacité du droit des contrats à traiter efficacement les déséquilibres propres aux contrats conclus entre professionnels, le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, et celui de l'article 1171 du Code civil par la suite, ont partiellement fait taire ces réserves.

912. S'agissant du déséquilibre significatif du Code de commerce, celui-ci a été défini comme l'absence de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie. Il a ici été développé l'idée selon laquelle ce déséquilibre devait s'apprécier non pas à l'échelle de la clause litigieuse, mais de l'ensemble

du contrat. Nous avons également proposé de définir la soumission, ou tentative de soumission, comme l'exploitation par l'auteur des pratiques de sa position sur le marché pour imposer à son partenaire commercial des obligations sans négociation effective. Nous avons recommandé un assouplissement de la notion de partenaire commercial et promu l'extension du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce aux opérations réalisées entre des opérateurs ponctuels. S'agissant du déséquilibre significatif de droit commun, nous avons montré que la définition donnée du contrat d'adhésion devait être interprétée non pas de manière strictement formelle, mais en s'attachant aux circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat, et aux rapports de force et de dépendance économique existant entre les parties. Nous avons également défendu l'intégration des contrats conclus entre professionnels dans le champ d'application de l'article 1171, lorsque les juges ont entendu, par ailleurs, exclure ces conventions du domaine de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. S'agissant des remèdes objectifs nous avons plaidé pour une systématisation du réputé non-écrit en présence d'une disposition d'ordre public. Nous avons enfin recommandé une généralisation des pratiques commerciales déloyales en droit de l'Union sur le fondement du droit de la concurrence. Nous pouvons espérer que ces propositions non exhaustives constituent une piste dans l'application du droit commun des contrats issue de la réforme, comme dans celle du droit de la concurrence. Formons enfin le vœu que ces outils puissent bénéficier du temps nécessaire à leur mise à l'épreuve.

INDEX

*(Les chiffres renvoient aux
numéros de paragraphe)*

A

Abus

- dans la fixation unilatérale du prix
650-651, 656, 657
- de dépendance économique (art. L. 420-2
du Code de commerce)
87-92
 - de dépendance économique (art. L. 442-
6, I, 2°, b du Code de commerce anc.)
86
- de dépendance économique (art. 1143 du
Code civil)
93-95, 98-99, 100-127
- de position dominante
453, 82, 2495 (nbp), 2614 (nbp)

Action de groupe

- issue de la loi *Hamon* du 17 mars 2014
538
- généralisation de l'action de groupe
539-545

Algorithme

- 882-885, 887-889, 908, 2417 (nbp), 2770
(nbp), 2786 (nbp)

Alternative

- V. abus de dépendance économique
L. 420-2 C. com.

Amende administrative

- 839, 864, 868, 1921 (nbp), 2645 (nbp)

Amende civile

- 10, 469, 832, 835-840, 868, 31 (nbp), 32
(nbp), 2594 (nbp), 2620 (nbp), 2623 (nbp),
2625 (nbp)

Analyse substantielle

- 24, 25, 44, 26 (nbp), 112 (nbp), 113 (nbp)

Antinomie (principe d')

- 285, 288-292, 297, 899, 866 (nbp), 876
(nbp), 895 (nbp)

Arbitre des supermarchés

- 2547 (nbp)

Autorité de la concurrence (ADLC)

- 88, 198, 824, 850, 844, 907, 310 (nbp),
326 (nbp), 673 (nbp), 676 (nbp), 681
(nbp), 1346 (nbp), 2348 (nbp), 2424 (nbp),
2548 (nbp), 2565 (nbp), 2572 (nbp), 2587
(nbp), 2660 (nbp), 2707 (nbp)

Avantage manifestement excessif

83, 90, 110, 114-125, 120, 121, 286 (nbp),
287 (nbp), 366 (nbp), 367 (nbp), 412
(nbp), 413 (nbp)

B

Bail commercial

189-192, 261-262, 364, 368, 495, 556,
596, 609, 661, 261 (nbp), 573 (nbp), 585
(nbp), 774 (nbp), 775 (nbp), 839 (nbp),
1410 (nbp), 1710 (nbp), 1895 (nbp), 1898
(nbp), 1901 (nbp), 2093 (nbp), 2174 (nbp),
2270 (nbp), 2762 (nbp)

Bonne foi

21,70, 74, 76, 142, 144, 240, 241, 265,
361, 381, 383, 414-415, 445, 456, 630,
660, 653-654, 690, 696, 716, 764, 797, 102
(nbp), 104 (nbp), 107 (nbp), 133 (nbp),
430 (nbp), 471 (nbp), 698 (nbp), 701
(nbp), 702 (nbp), 703 (nbp), 707 (nbp),
708 (nbp), 709 (nbp), 789 (nbp), 1201
(nbp), 1237 (nbp), 1269 (nbp), 1313 (nbp),
2145 (nbp), 2186 (nbp), 2264 (nbp), 2359
(nbp), 2387 (nbp)

Bonnes mœurs

405, 423-428, 490, 408 (nbp), 1198 (nbp),
1219 (nbp), 1264 (nbp), 1267 (nbp), 1269
(nbp), 1273 (nbp), 1277 (nbp)

But illicite du contrat

31, 400, 413, 416, 417-419, 474-475, 477,
480, 661, 1235 (nbp)

C

Caducité

– d'un contrat isolé dont un élément
essentiel disparaît

558-580, 1739 (nbp), 1740 (nbp), 1741
(nbp), 1743 (nbp), 1744 (nbp), 1745 (nbp),
1751 (nbp), 1752 (nbp), 1754 (nbp), 1758
(nbp), 1763 (nbp), 1771 (nbp), 1789 (nbp),
1791 (nbp), 1810 (nbp), 1812 (nbp)

– appliquée aux ensembles contractuels
indivisibles

140-142, 144-148, 167-168, 581-586, 592,
595, 597-600, 704, 902, 479 (nbp), 480
(nbp), 481 (nbp), 491 (nbp), 492 (nbp),
493 (nbp), 516 (nbp), 527 (nbp)

Catala (avant-projet de réforme)

83, 237, 301, 323, 333, 371, 348, 402, 522,
722, 412 (nbp), 735 (nbp), 828 (nbp), 908
(nbp), 966 (nbp), 982 (nbp), 1197 (nbp),
1199 (nbp), 1290 (nbp), 1543 (nbp), 1617
(nbp), 1750 (nbp), 1764 (nbp), 1805 (nbp),
1832 (nbp), 2074 (nbp), 2126 (nbp), 2188
(nbp), 2620 (nbp)

Cause

– Cause objective

6, 132, 212, 301, 305, 309, 330, 332, 351,
355, 395, 477, 485, 10 (nbp), 65 (nbp), 621
(nbp), 910 (nbp), 933 (nbp)

– Cause subjective

6, 309, 330, 351, 448 (nbp)

– Cause du contrat

42, 130, 409, 413, 173 (nbp), 903 (nbp),
1223 (nbp), 1236 (nbp)

– Cause de l'obligation

42, 211, 330, 351, 407-408, 65 (nbp), 173
(nbp), 905 (nbp), 962 (nbp)

Centre commercial

191, 578 (nbp), 582 (nbp), 584 (nbp), V.
clause de « *lease-back* », clause limitative
de responsabilité, clause de non-
concurrence

Changement de circonstances imprévisible

669-673, v. imprévision

Clause

– clause abusive V. contrat d'adhésion,
déséquilibre significatif, conditions
générales

– clause qui prive de sa substance
l'obligation essentielle du débiteur
302, 355-356, 361, 381, 386, 410, 459, v.
obligation essentielle

– clause compromissoire
375-377, 1145 (nbp), 1148 (nbp)

– clause d'adaptation amiable
604-605, 665, 730

– clause d'adaptation automatique du prix
606, V. clause d'indexation

– clause d'alignement

616, 618-620, 1912 (nbp)

– clause d'aménagement des risques
390, 2306 (nbp), v. clause limitative de
responsabilité

– clause d'échelle mobile

v. clause d'indexation, bail commercial

– clause d'exclusivité territoriale
351

– clause d'indexation

495, 607-616, 624, 669, 1886 (nbp), 1895
(nbp), 1901 (nbp), 1910 (nbp)

– clause d'offre concurrente
617

– clause de capage
612, 1905 (nbp)

– clause de *hardship*
627, 637, 640, 1921 (nbp), 1978 (nbp),
1986 (nbp)

– clause de la dernière chambre disponible
775, v. *Expedia*, *Booking*

– clause de *lease-back*
191, 580 (nbp)

– clause de non-concurrence
191, 495, 671, 1158 (nbp)

– clause de non-obligation
371-372

– clause de parité tarifaire
220, 230, 470, 634-636, 775, 644 (nbp),
649 (nbp), 1964 (nbp), 1966 (nbp)

– clause de renégociation (L. 441-8 C.
com.)

623-628, v. *Hamon* (loi *Hamon* du 17 mars
2014)

– clause de renonciation à recours

157, 171, 173

– clause de révision du prix (art. L. 441-7, L. 441-7-1 C. com.)

608, 874, v. clause d'indexation, convention récapitulative, pratique restrictive, (art.L. 442-6, I, 7° C. com.)

– clause de renégociation du prix (art. L. 441-8 C. com.)

623-628, v. *Hamon* (loi *Hamon* du 17 mars 2014), pratique restrictive, (art. L. 442-6, I, 7° C. com.)

– clause de « *tunneling* »

v. clause de capage

– clause exonératoire de responsabilité
357, 364, 368, 383

– clause limitative de responsabilité
357, 361, 364, 366, 368-369, 383-384, 386, 584 (nbp), 1100 (nbp), 1110 (nbp), 1158 (nbp), 1181 (nbp)

– clause pénale
383, 456, 615, 620, 723, 486 (nbp), 492 (nbp), 638 (nbp), 1130 (nbp), 1131 (nbp)

Commission d'examen des clauses abusives (CEPC)

510, 820-825, 840, 880, 890 (nbp), 1148 (nbp), 1180 (nbp), 1250 (nbp), 1346 (nbp)

Concurrence (droit de la)

– concurrence (« petit » droit de la)

28, 436-437, 818

– concurrence (« grand » droit de la)

28, 436, 907

Concurrence des systèmes juridiques

19, 791, 793-794, 903, v. indicateurs internationaux

Concurrence normative

733, 791-794, 815, 82 (nbp), 2474 (nbp), 2475 (nbp)

Conditions

– Conditions générales

21, 198, 201, 203, 243-254, 259, 383, 453, 540, 619, 634, 644, 657, 733, 740-742, 747, 775, 784, 814, 872, 103 (nbp), 611 (nbp), 627 (nbp), 699 (nbp), 725-728 (nbp)

– Conditions particulières

249-250, 613, 739 (nbp)

Consentement (vices du)

v. dol, erreur, abus de dépendance

Consommateur

21, 77, 79, 96, 182, 209, 204, 230, 259, 272, 275, 283, 418, 435, 438, 451, 563, 528-529, 538, 545, 646, 745, 800-801, 852, 889, 84 (nbp), 102 (nbp), 402 (nbp), 598 (nbp), 691 (nbp), 707 (nbp), 818 (nbp), 830-832 (nbp), v. action de groupe, déséquilibre significatif

Contenu

401-405, 407, 409-410, 413, 1187 (nbp), v. ordre public, contrepartie convenue, clause qui prive de sa substance l'obligation

essentielle du débiteur, déséquilibre significatif

Contractualisation

433, 735, 775, 819, 857-861, 865, 867-868, 870-871, 874-875, 878, 891, 893, 908, 122 (nbp), 1318 (nbp), 2325 (nbp), 2447 (nbp), 2698-2700 (nbp)

Contrainte

– Contrainte morale

102, 292 (nbp), 358 (nbp), v. abus de dépendance

– Contrainte physique

346 (nbp)

Contrat

– contrat agricole

867, 2739 (nbp), v. contractualisation, crise laitière, crise des fruits et légumes

– contrat à titre gratuit

331-332, 338, 411, 490, 565, 995 (nbp)

– contrat aléatoire

306-328, 683, 986 (nbp), 2156 (nbp)

– contrat atypique

350-351, 1042 (nbp)

– contrat-cadre

253, 643-644, 655, 657, 742, 756, 814, 863, 2003 (nbp), 2072 (nbp), 2322 (nbp)

– contrat commutatif

267, 307-308

– contrat complet

253, 876-878

– contrats concomitants ou successifs

134, 139, 144, 152, v. ensemble contractuel indivisible, contrat de location financière

– contrat d'adhésion

243-247, 250, 254-255, 276, 281, 298, 452-473, 461-462, 465-466, 479, 753, 814, 912, 48 (nbp), 102 (nbp), 712 (nbp), 716 (nbp), 735 (nbp), v. conditions générales, déséquilibre significatif (art. 1171 C. civ.), ordre public de protection

– contrat d'assurance

259, 328, 366, 793-794 (nbp), 1068 (nbp), 1099 (nbp), 1310 (nbp)

– contrat de bail commercial

v. bail commercial

– contrat de crédit-bail

153-157, 373, 584-594, 603, 741, 486 (nbp), 507 (nbp), 580 (nbp)

– contrat de franchise

49-53, 62-66, 171, 320, 321, 351, 671, 722, 191 (nbp), 225 (nbp), 1054 (nbp), v. erreur sur la rentabilité économique

– contrat de location financière

134-136, 139-140, 144, 146-147, 151-154, 156, 158-159, 161, 164, 187, 192-193, 294, 583, 588, 590, 597-598, 603, 740-741, 744, v. ensemble contractuel indivisible, caducité

– contrat de masse

244, 252, 896, 721 (nbp), 723 (nbp)

– contrat de plateforme

790, v. *Airbnb*, *Expedia*, *Booking*, pouvoirs privés économiques

– contrat de prestation de service

139, 146, 148, 643, 646, 647, 655, 662
– contrat de prêt et de vente (crédit affecté)
152-153, v. Caducité, ensemble contractuel
indivisible
– contrat « équilibré »
15, 298, 880, 878-882
– contrat intelligent
884-887, 889, 2779 (nbp), v. algorithme
– contrat-organisation
144, 735, 476 (nbp), v. contrat relationnel
– contrat relationnel
144, 215, 603, 607, 653, 324 (nbp), 361
(nbp), 1881 (nbp), v. contrat-organisation
– contrat synallagmatique
211, 238, 306-329, v. contrepartie
convenue
– contrat typique
351, 1069

Contrepartie convenue

– contrepartie convenue dérisoire
315-320
– contrepartie convenue dérisoire
321-324

Convention récapitulative

201-203, v. déséquilibre significatif,
négociations

Crise

– Crise des fruits et légumes
860-870, 2706 (nbp), 2730 (nbp), 2769
(nbp), v. contractualisation, proposition
écrite préalable

– Crise laitière
860-870, 2705 (nbp), 2728 (nbp),
contractualisation, proposition écrite
préalable

D

Dépendance économique

86-87, 89-90, 100-111, 116, v. abus de
dépendance

Déséquilibre significatif

– Déséquilibre significatif art. L. 442-6, I,
2 ° C. com
8-9, 15, 18, 93, 176-232
– Déséquilibre significatif L. 212-1 C.
consom.
95, 177-180, 192, 233, 238, 241, 259, 293,
354, 427, 511
– Déséquilibre significatif art. 1171 C. civ
12-13, 15, 175-176, 233-255

Dirigisme économique

826, 837-840, 906, v. ministre de
l'Économie (action autonome)

Disparition

– Disparition de la prestation
567-572, v. Caducité
– Disparition de la contrepartie convenue
561, 588

Distribution

– distribution (réseaux de)

170-172, v. ensemble contractuel
indivisible

– distribution (grande)

18, 28, 86, 171, 177, 179, 182, 192, 196-
224, v. déséquilibre significatif (art. L.
442-6, I, 2° C. com.)

Dol

– Élément intentionnel

71, 82, v. obligation d’information

– Réticence dolosive

68-70, v. obligation d’information

Dommages et intérêts punitifs

835, 2620-2621 (nbp)

Droits et libertés fondamentaux

423, 428-430, 1290 (nbp), 1292 (nbp),
1295 (nbp), v. ordre public

E

« Effet de réseau »

741-742, v. opérateur de plateforme

Ensemble contractuel indivisible

127-173, 298, 582-599, v. contrepartie
convenue, caducité, location financière
crédit-bail

Équité

265, 273-274, 298, 383, 9 (nbp), 21 (nbp),
294 (nbp), 781 (nbp), 1350 (nbp), v.
morale

Équivalence

120, 238, 267, 308, 313, 674, 905 (nbp),
919 (nbp), 980 (nbp)

Erreur

– Erreur objective

53, 58, 62

– Erreur sur les qualités essentielles

55-57, 69-71, 73

– Erreur sur la rentabilité économique

48-59, 53-54, 57-66, 69, 116, 173

– Erreur sur la valeur

53, 55, 59-60, 64-70, 76

– Erreur sur les motifs

59-60, 331, 333, 337-338, 212 (nbp), 214
(nbp), v. erreur sur la valeur

Essentielle

– V. Obligation essentielle

Éthique

8, 427, 803 (nbp), 1285 (nbp)

Exécution

– Exécution impossible

161-162, v. caducité, ensemble contractuel
indivisible

– Exécution excessivement onéreuse

673-681, v. imprévision

F

Faute

– faute lourde

338, 357-358, v. clause limitative de responsabilité, obligation essentielle

Fixation unilatérale du prix

603, 641-643, 645-546, 649, 650, 653, 665-657, 2012 (nbp), 2015 (nbp), v. motivation (obligation de)

Fondamentalisation (du droit des contrats)

428, 1289 (nbp)

H

***Hamon* (loi *Hamon* du 17 mars 2014)**

538, 622-623, 608 (nbp), 2610 (nbp), 2643 (nbp), v. clause de renégociation, amende civile, action de groupe

Harmonisation

- du droit des contrats

19, 126, 236, 523, 745, 84 (nbp), 432 (nbp)

- des pratiques commerciales déloyales

794-813

I

Imprévision

13, 325, 455, 459, 602, 627, 636-639, 664-669, 672, 676-677, 679, 682-683, 685, 687, 689-690, 693-694, 696-698, 701, 703-704, 709-710, 714, 716-718, 723, 726, 872, 902, v. *mutuus dissensus*, exécution excessivement onéreuse, changement de circonstances imprévisible

Indivisibilité

– Indivisibilité objective

150, 157, 166, 586, 590, 595, v. ensemble contractuel indivisible

– Indivisibilité subjective

592, 593-595, 597-600, ensemble contractuel indivisible

Indicateurs internationaux

– Index de la sécurité juridique (ISJ)

758, 83 (nbp), 2375 (nbp), 2395 (nbp), 1181 (nbp), v. sécurité juridique, concurrence des systèmes juridiques

– Rapport *Doing Business*

758, 83 (nbp), 2375 (nbp), v. sécurité juridique, concurrence des systèmes juridiques

Inexistence (théorie de)

547, 551-554, v. réputé non-écrit

Information

– obligation précontractuelle d'information

71-72, v. réticence dolosive

– obligation de conseil

79, v. réticence dolosive

J

Juge de l'application du contrat (JAC)

602, 720-725, 731, 902

L

Lésion

18, 20, 36, 126, 265, 328, 392, 414, 651-652, 654, 62 (nbp), 95-96 (nbp), 101 (nbp), 150 (nbp), 405 (nbp), 407 (nbp), 409 (nbp), 799 (nbp)

Life time contract

108, 404-408 (nbp), v. abus de dépendance

Loi de police

469-471, 793, 1482 (nbp), 1964 (nbp), v. ordre public, ministre de l'Économie (action autonome du)

M

Macron (loi Macron du 6 août 2015)

170, 220, 625, 635, v. distribution (réseaux de), clause de parité tarifaire

Management contractuel

885-888, v. algorithme

Marché

1, 15, 18, 21, 27-30, 33-34, 86, 88, 90-91, 96, 97, 101, 106, 174, 196, 198-199, 225, 232, 272-274, 282, 288, 295, 325, 418, 427, 429, 435-438, 467-468, 479, 482, 611, 634, 733-736, 745, 756-759, 771-777, 797, 800-803, 805, 813, 816-817, 827-828, 841-858, 878, 890-897, 899-901, 903-912

Médiateur des relations commerciales agricoles

629, 1947 (nbp), 1951 (nbp)

Menace de l'exercice d'une voie de droit

123-127, v. violence

Ministre de l'Économie (action autonome)

9, 28, 193, 198, 203-205, 226, 469-470, 510, 540, 543, 820, 826-840, 890, 906, 29 (nbp), 30 (nbp), 31 (nbp), 604 (nbp), v. loi de police

Moralisation de la vie des affaires

476, 841, 856, v. éthique

Morale

– chrétienne

265, 783 (nbp), 1264 (nbp)

– objective

265, 786 (nbp)

– républicaine

265

– subjective

265

Motivation (obligation de)

602, 649, 654-662, 690, v. fixation unilatérale du prix

Mutuus dissensus

711-714, 1615 (nbp), 2218 (nbp), v. imprévision

N

Négociations

– pouvoir de négociation
196-198, 202, 206, 246, 283, 295, 864, v.
contrat d'adhésion, conditions générales,
soumission

Normalisation

745, 747, 892

Norme technique

744-746

Nullité

– Nullité absolue
439, 534, v. ordre public
– Nullité partielle
487-480, 494-496, 499-504, 507-510, v.
réputé non-écrit
– Nullité relative
439, 526, 528, 534, 579, v. ordre public
– Nullité totale
487, 494, 509-510

O

Objet

– Objet du contrat
80, 186, 239, 354, 402-408, 411, 586, 1212
(nbp), 1219 (nbp)
– Objet de l'obligation
211, 405-406, 408, 412
– Objet de la prestation
59, 362, 410, 569, 585, 599

Objectif

– Objectivité (définition)
6, 17, 23, 26, 5 (nbp), 6 (nbp), 7 (nbp), 8
(nbp)

Obligation essentielle

– Obligation objectivement essentielle
343-346, v. clause qui prive de sa
substance l'obligation essentielle du
débiteur
– Obligation subjectivement essentielle
347-349, v. clause qui prive de sa
substance l'obligation essentielle du
débiteur

Office du juge

518, 524-527, 529, 532, 578, 715, 718-
719, 727, 731, 895, v. réputé non-écrit,
clause abusive, caducité, nullité

Ordre public

– Ordre public de direction
28, 31, 90, 429-431, 434-436, 438, 440-
441, 467, 469, 472-473, 476, 531
– Ordre public de marché
797-813
– Ordre public de protection
28, 33, 90, 399, 417, 420-422, 430-431,
433-436, 438-443, 450, 457, 462-469, 472-
473, 476, 480, 528-531
– Ordre public économique
16, 27-28, 31, 400, 421, 428, 432-433,
435, 437-438, 440, 442, 451, 457-463,
466-469, 472, 474-477, 489, 497, 509-512,

514-515, 530-531, 540, 544, 556, 600,
729, 734, 743, 760, 779, 793, 828, 836,
838, 893, 899-900, 1358 (nbp), 1429 (nbp)

– Ordre public mondial
1325 (nbp)

Opérateur de plateforme

- *Airbnb*

742, 775, 784, 787, 790, 233 (nbp), 2333
(nbp)

- *Booking*

10, 230-231, 634, 760, 775, 27 (nbp), 645
(nbp)

– *Captain contrat*

2783 (nbp), 2786 (nbp)

– *Deliveroo*

108, 381 (nbp)

– *Expedia*

10, 218, 470, 531, 634, 760, 775, 793, 845,
851, v. clause de la dernière chambre
disponible, clause de parité tarifaire

– *Uber*

108, 381 (nbp)

P

Partenaire commercial

86, 185-188, 291, 294, 639, 837, 849, 907,
912, v. déséquilibre significatif art. L. 442-
6, I, 2° C. com.

Plateformes

– plateformes de réservation en ligne
v. opérateur de plateforme

– plateformisation du droit
777

Pouvoirs privés économiques

10, 24-25, 733, 825, 770-774, 779-781,
784, 792, 795, 814-815, 893, 896, 903,
911, 2412 (nbp), v. opérateur de
plateforme

Pratiques anticoncurrentielles

5, 12, 18, 86, 90, 92, 100, 193, 351, 418,
436-438, 469, 538, 797, 818-819, 841-842,
844-845, 847, 849-851, 854-855, 905, 907,
v. abus de dépendance économique (art. L.
420-2 C. com)

Pratiques restrictives de concurrences

– L. 442-2 C. com.

2406 (nbp)

– art. L. 442-6, I, 1° C. com.

317-318, 2406 (nbp), 2502 (nbp), 2544
(nbp), v. contrepartie convenue

– L. 442-6, I, 2° C. com.

v. déséquilibre significatif

– L. 442-6, I, 3° C. com.

874, 2406 (nbp), 2501 (nbp)

– L. 442-6, I, 4° C. com.

2406 (nbp), 2746 (nbp)

– L. 442-6, I, 5° C. com.

2544 (nbp), 2758 (nbp)

– L. 442-6, I, 6° C. com.

2406 (nbp)

– L. 442-6, I, 7° C. com.

608, 767, 1891 (nbp), 2406 (nbp), 2757

(nbp), v. clause de révision du prix

– L. 442-6, I, 8° C. com.

2500 (nbp)

– L. 442-6, I, 9°

2406 (nbp)

– L. 442-6, II, d)

470, 531, 633-634, 793, 798, 1964 (nbp),

v. clause de parité tarifaire, opérateur de
plateforme, *Booking*, *Expedia*

Pratiques commerciales déloyales

21, 198, 735, 796-813, 851, 852, 853, 890,

893, 905, 912, v. harmonisation

Prérogative (contractuelle)

215, 217, 230, 361, 428, 453, 602, 645,

649, 650, 652-654, 656, 659, 661-662, v.
motivation (obligation de)

Privatisation (du droit)

776

Proposition écrite préalable

860-862, 868, v. contrat agricole

Q

Qualité essentielle

v. Erreur

R

Règle de conflit

v. Antinomie (principe d')

Régulation

27, 94, 172, 272, 273, 300, 433, 437, 439,
440, 468, 734, 802, 816, 817-818, 836,
841, 856-858, 867, 871-872, 882, 889-891,
896, 906-907, 81 (nbp), 121 (nbp), 122
(nbp), 123 (nbp), 142 (nbp)

Réputé non-écrit

446, 486, 490, 492, 502-521, 530, 532-
536, 541, 554, 556, 600, 614, v.
inexistence, nullité partielle, ordre public

Requalification (obligation de)

426-527, 782-783, 786-790, 904

Restitutions

555, 577, v. nullité, réputé non-écrit,
caducité

Restriction

– Restriction par les effets

841-842, 854-856

– Restriction par objet

841-842, 847, 850-852, 854-855

Rupture brutale des relations commerciales établies

226, 291, 71 (nbp), 542 (nbp), 662 (nbp),
1477 (nbp), 2603 (nbp)

S

SCI (*supply chain initiative*)

808

Sécurité juridique

28, 35, 133, 138, 165, 233, 254, 276, 299, 332, 336, 338, 565, 590, 595, 646, 682, 685, 755, 758, 763, 831, 863, 877, v. Index de la sécurité juridique (ISJ)

Seuil de sensibilité

844-847, 851, 854-855, 325 (nbp), 2657 (nbp), restriction par les effets, restriction par objet

Solidarisme contractuel

15, 263-264, 268-269, 795 (nbp), 797 (nbp), 802 (nbp), 803 (nbp), 805 (nbp)

Soumission

– présomption de soumission
183, 205, 208, v. déséquilibre significatif (L. 442-6, I, 2° C. com.), négociations

Specialia generalibus derogant

– V. Antinomie (principe d')

Standard

– Standard du déséquilibre
765-766, 815, 891, v. déséquilibre significatif
– Standard juridique
780-784, 792, 892, 2388 (nbp), v. bonne foi, ordre public, dépendance économique, exécution excessivement onéreuse, contrepartie convenue, l'obligation essentielle

Standardisation

451, 482, 733, 735, 746-749, 752-758, 763-765, 770-771, 773, 776, 779, 791-792, 814, 851, 869, 892-893, 903, v. standard, privatisation (du droit), opérateur de plateforme

Substance de l'obligation

361-362, 366, v. obligation essentielle

T

Terré (avant-projet)

83, 237, 402, 430 (nbp), 908 (nbp), 1535 (nbp), 1750 (nbp), 1764 (nbp), 1805 (nbp), 1833 (nbp), 2272 (nbp)

Typologie

– typologie des clauses créant un déséquilibre significatif
220-224, 295
– typologie des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur
367-377

V

Vices du consentement

v. Dol, erreur, abus de dépendance (art. 1143 C. civ.)

Volonté (autonomie de la)

1, 16, 34, 93, 130, 417, 492, 605, 708, 817

BIBLIOGRAPHIE

1. MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLAND (D.), RIALS (S.) (sous la direction de), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.
- AMRANI MEKKI (S.), STRICKLER (Y.), Procédure civile, PUF, coll. Thémis, 1^{re} éd. 2014.
- ANATOMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 7^e éd. 2013.
- AUBERT (J.-L.), Le contrat : droit des obligations, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5^e éd. 2017.
- AUBRY (C.), RAU (C.), Cours de Droit Civil français, Tome 1, Paris, Librairie Techniques, 1964.
- AZEMA (J.), Le droit français de la concurrence, PUF, 2^e éd. 1989.
- BARBIERI (J.-J.), Contrats civils, contrats commerciaux, A. Colin, 1995.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G.), Les contrats de la distribution, LGDJ, coll. Traité des contrats, 1999.
- BÉNABENT (A.), Droit civil, Les obligations, 15^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 16^e éd. 2017.
- BLANC-JOUVAN (G.), Initiation au droit économique, L'Esprit Des Lois, coll. Les secrets de l'étudiant, 2008.
- BOY (L.), Droit économique, L'Hermès, coll. L'essentiel sur, 2002.
- BROS (S.), LARROUMET (Ch.), Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 8^e éd., 2016.
- BUY (F), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-Ch.), Droit de la distribution, LGDJ, 2017.
- CABRILLAC (R.):
 - Droit des obligations, Dalloz, coll. Cours, 12^e éd. 2016.
 - Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2^e éd. 2016.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), Théorie générale du procès, PUF coll. Thémis Droit privé, 2^e éd., 2013.
- CARBONNIER (J.), Droit civil, Tome 4, Les obligations, PUF coll. Thémis Droit privé, 6^e éd. 1969.

- CARBONNIER (J.), *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd. LGDJ, 1998.
- CHANTEPIE (G), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e éd. 2001.
- CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBEN (M.), *Droit administratif*, Sirey, 15^e éd. 2016.
- COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^e éd. 2015.
- CORNU (G.), *Regards sur le titre III du livre III du code civil «des contrats ou des obligations conventionnelles en général»*, (Essai de lecture d'un titre du Code.), *Les Cours de droit*, 1976.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^e éd. 2005.
- COURET (A.), LE NABASQUE (H.), COQUELET (M.-L.), GRANIER (T.), PORACCHIA (D.), RAYNOUARD (A.), REYGROBELLET (A.), ROBINE (D.), *Droit financier*, Dalloz, coll. Précis. 2^e éd. 2012.
- DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. 3, 1956.
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Droit administratif*, Economica, 11^e éd. 2014.
- DECOCQ (A.), DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd. 2016.
- DEMANTE (A.-M.), COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique du Code Napoléon, continué depuis l'article 980 t. V, art. 1101-1386 : Contrats ou obligations conventionnelles*, 2^e éd., E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, Paris, 1883.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales de droit privé*, A. Rousseau, 1911.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, 1923 – 1931.
- DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome 1, 1877, Paris Imprimerie générale.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Civil*, Paris, 1845, Tome I.
- DESHAYES (O.), GÉNICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016.
- DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition Héricourt 1777.

- DOUVILLE (Th.), (sous la direction de), La réforme du droit des contrats, commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, Gualino, 2016.
- DROSS (W.), Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit interne privé, Litec, 3^e éd. 2016.
- DURANTON (A.), Cours de droit français suivant le Code civil, t. X, Des contrats ou des obligations conventionnelles, Paris 1830.
- FABRE-MAGNAN (M.), Droit des obligations. Tome 1 : Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis Droit, 4^e éd. 2016.
- FAGES (B.), Droit des obligations, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd. 2017.
- FARJAT (G.):
 - Droit économique, PUF, coll. Thémis, 2^e éd. 1982.
 - Droit privé de l'économie, PUF, coll. Thémis, 1975.
 - Les pouvoirs privés économiques, *in* Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2001, p. 613.
 - Pour un droit économique, PUF, coll. Les voies du droit, 2004.
- FERRIER (D.), FERRIER (N.), Droit de la distribution, Litec, 8^e éd. 2017.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Sirey, 17^e éd. 2018.
- FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (C.), BENRAÏS (L.), GORCHS-GELZER (B.) et PAYAN (G.), Le guide des modes alternatifs de résolution des différends (MARD), Guides Dalloz, 2^e éd. 2016-2017.
- FRICERO (N.), JULIEN (P.), Procédure civile, 5^e éd. LGDJ, 2014.
- FRIER (P.-L.), PETIT (J.), Droit administratif, LGDJ, 11^e éd. 2017.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), PAYET (M.-S.), Droit de la concurrence, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd. 2010.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.) : Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 1 et 2, LGDJ, 4^e éd. 2013.
- GIRARD (P.-F.), Manuel élémentaire de droit romain, 8^e éd., 1929.
- GUESNERIE (R.), L'économie de marché, Le Pommier coll. Poche, 2013.
- GUINCHARD (S.) (sous la direction de), Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen, Dalloz Action, 9^e éd. 2017-2018.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne, Dalloz, Précis, 33^e éd. 2016.

- HUET (J.), DECOCQ (G.), LÉCUYER (H.), GRIMALDI (C.), Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 3^e éd. 2012.
- JAMIN (Ch.), Droit et économie des contrats, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008.
- JOSSERAND (L.), Cours de droit civil positif français, Tome II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, 3^e éd., Recueil Sirey, 1939.
- LE CORRE (P.-M.), Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz action, 2017-2018, 9^e éd.
- LEMENNICIER (B.), Économie du droit, Cujas, 1191.
- LEVASSEUR (A.), Le contrat en droit américain, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 1995.
- LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLÉANI (G.), Droit du marché, PUF Droit coll. Thémis droit privé, 2002.
- MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), Analyse économique du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd. 2008.
- MALAURIE (Ph), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), Les contrats spéciaux, Defrénois, 9^e éd. 2017.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), Les obligations, Lextenso, 9^e éd. 2017.
- MALAURIE-VIGNAL, Droit de la distribution, Sirey, 4^e éd. 2017.
- MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.), (M.) MEKKI, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd, 2017.
- MAZEAUD (J), MAZEAUD (H), MAZEAUD (F.), CHABAS (F.), Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale, Tome II, premier volume, Montchrestien, 1998.
- MESTRE (J.), RODA (J.-Ch.), Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso 2011.
- MIAILLE (M.), Une introduction critique au droit, François Maspéro, coll. Les Textes à l'appui, 1976.
- PÉDAMON (M.), Le contrat en droit allemand, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2^e éd. 2004.
- PÉROCHON (F.), Entreprises en difficulté, LGDJ coll. Manuel, 10^e éd., 2014.
- PETIT (N.), Droit européen de la concurrence, Montchrestien, 2013.
- PIÉDEVLIÈVRE (S.), Droit de la consommation, Economica, coll. Corpus droit privé, 2^e éd. 2014.
- PLANIOL (M.), Traité élémentaire de droit civil, 2^e éd., Tome 2, Paris, Librairie Cotillon, 1902.

- PORCHY-SIMON (S.), Les obligations, Dalloz, coll. Hypercours, 10^e éd. 2017.
- POTHIER (R.-J.), Traité des obligations, Tome 1.
- RACINE (J.-B.), Droit de l'arbitrage, PUF, 2016.
- RAMPERLBERG (R.-M.), Repères romains pour le droit européen des contrats, LGDJ, coll. Systèmes, 2005.
- RAYMOND (G.), Droit de la consommation, LexisNexis, 4^e éd., 2017.
- REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.), NOURISSAT (C.), Droit commercial, LexisNexis, 8^e éd., 2012.
- RENUCCI (J.-F.) :
 - Traité de droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2^e éd. 2012.
 - Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, LGDJ, 7^e éd. 2017.
- RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil (d'après le traité de Planiol), t. II, Obligations et droits réels, Paris, L.G.D.J, 1957.
- ROLAND (H.), BOYER (L.), Locutions latines du droit français, Litec, 1993.
- ROPPO (V.), *Il contratto*, Giuffrè Editore, 2011.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, Précis Domat, 10^e éd. 2016.
- SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.), Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2013.
- STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), Droit civil des obligations, T. 2 Contrat, Litec, 6^e éd. 1998.
- STRICKLER (Y.), Procédure civile, 7^e éd., Larcier, coll. Paradigme, 2017.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), Droit civil : Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd. 2013.
- TERRÉ (F.) (sous la direction de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.
- TRUCHET (D.), Droit administratif, PUF, 7^e éd. 2017.
- VOGEL (L.), Traité de droit des affaires. Droit de la concurrence. Droit européen et français, T. 1, Bruylant, 2015.
- VOGEL (L.), Traité de droit économique, droit européen des affaires, T. 4, Bruylant, 2^e éd. 2017.
- VOGEL (L.), Traité de droit économique, droit de la distribution, T. 2, Bruylant, 2^e éd. 2017.

- VOGEL (L.), *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, 20^e éd. LGDJ, 2016.
- WALINE (J.), *Droit administratif, Précis Dalloz*, 26^e éd. 2016.

2. MONOGRAPHIES, THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- ABITEBOUL (S.), DOWEK (G.), *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017.
- ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, Thèse, LGDJ coll. Bibl. de droit privé, 2000.
- AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Thèse, LGDJ coll. Bibl. de droit privé, 1998.
- ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Thèse, Paris 1, 2000.
- ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017.
- ANDRÉ (M.-E.), *Les contrats de la grande distribution*, Thèse, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1991.
- ANDRONESCO (D.), *L'inégalité des prestations dans le contrat*, Thèse, Economica, 2002.
- ATIAS (Ch.), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 2006.
- ANATOMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse, LGDJ, 1992.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduc. J. Tricot, Librairie J. Vrin, 1987.
- ARSAC – RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, Université Clermont I – Université d'Auvergne, 2005.
- AUBIN-BROUTÉ (R.-J.), *Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique*, Thèse, LGDJ, 2013.
- BABUSIAUX (Ch.), *L'évolution des conceptions de la concurrence et les pouvoirs publics*, *Rev. Conc. Cons.* n° 86, juill.-août 1995, p. 53 et s.
- BARBIERI (J.-J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981.
- BAUDRY (B.), *L'économie des relations interentreprises*, coll. Repères, n° 165, La Découverte, 1995.
- BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob coll. Corpus, 2015.
- BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, Thèse, LGDJ, 1973.

- BERENGER (F.), Le droit commun des contrats l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ? Thèse, PUAM, 2007.
- BERTHIAU, (D.), Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Thèse, LGDJ coll. Bibliothèque de droit privé, 1999.
- BIANCHI (D.), La politique agricole commune (PAC). Toute la PAC, rien d'autre que la PAC ! Bruylant, 2006.
- BILLEMONT (J.), La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, Université Lille 2, 2009.
- BOISMAIN (C.), Les contrats relationnels, Thèse, PUAM, 2005.
- BONNET (D.), Cause et condition dans les actes juridiques, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2005.
- BOURDEAU GUILBERT (M.), L'objectif économique du contrat : contribution à l'étude de l'intérêt commun, Thèse, Montpellier 1, 2010.
- BOURDIEU (P.):
 - Le sens pratique, Minuit, 1980.
 - La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales, 64, 1986.
 - Les structures sociales de l'économie, Points, 2000.
- BOURGEON (Ph.), De la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français, Thèse, Dijon, 1885.
- BOURRIER (Ch.), La faiblesse d'une partie au contrat, Thèse, Bruylant Academia, 2004.
- BOY (L.), RACINE (J.-B.) SIIRIAINEN (F.), (sous la coordination de), Sécurité juridique et droit économique, Larcier, 2008.
- BOY (L.), RACINE (J.-B.) SIIRIAINEN (F.), (sous la coordination de), Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, Larcier 2011.
- BOY (L.), MARTY (F.), REIS (P.), (sous la direction de), Les procédures négociées en droit de la concurrence, *Les Dossiers de la RIDE* n° 4, 2011.
- BOYER (L.), La notion de transaction ; contribution à l'étude des concepts de cause et d'actes déclaratifs, Thèse, Toulouse, 1947.
- BROS (S.), L'interdépendance contractuelle, Thèse, Paris II, 2001.
- BRUNEAU (L.), Contribution à l'étude des fondements de la protection des contractants, Thèse, Toulouse, 2005.
- BRUNET (Ch.), Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, Thèse, Paris II, 1973.

- BUFFELAN-LANORE (Y.), Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ, 1963.
- CARBILLAC (R.), Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2e éd. 2016.
- CALLON (M.), L'emprise des marchés. Comprendre leur fonctionnement pour pouvoir les changer, Éditions de la découverte, 2017.
- CAPITANT (H.), De la cause des obligations, Thèse, Dalloz, 1924.
- CARDON (D.), À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des Big Data, Seuil, 2015
- CARRÉ DE MALBERG (R.), Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Sirey, 1933
- CATHIARD (A.), L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat, Thèse, PUAM, 2006.
- CERMOLACCE (A.), Cause et exécution du contrat, Thèse, PUAM, 2001.
- CHAABAN (R.), La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil, LGDJ, 2006.
- CHABAS (C.), L'inexécution licite du contrat, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2002.
- CHAGNY (M.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Thèse, Dalloz coll. Nouv. Bibl. th. vol. 32, 2004.
- CHANTEPIE (G.), La lésion, Thèse, Paris 1, 2005.
- CHAZAL (J.-P.), De la puissance économique en droit des obligations, Thèse, Grenoble II, 1996.
- CHERIGNY (F.), La révision judiciaire des conventions en droit privé français, Thèse, Poitiers, 1994.
- CHEVALLIER (J.), L'État post-moderne, LGDJ, 3^e éd., 2008.
- COLLART-DUTILLEUL (F.), COULON (C.) (Dir), Le renouveau des sanctions contractuelles, Economica 2007.
- COMBALUZIER-VAUDE (A.), Contribution à la notion de partie faible dans les contrats, Thèse, Montpellier III, 2008.
- DALLOZ (D.), DALLOZ (A.), Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine, et de jurisprudence, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, tome XXXIII, 1860
- DARMAISIN (S.), Le contrat moral, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000.
- DE BOÜARD (F.), La dépendance économique née d'un contrat, Thèse, LGDJ, 2007.
- DE FONTMICHEL (M.), Le faible et l'arbitrage, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013.

- DE LA ASUNCION PLANES (K.), La réfaction du contrat, Thèse, LGDJ coll. Bibl. de droit privé, 2006.
- DELEBECQUE (Ph.), Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse, Université Aix-Marseille, 1981.
- DELMAS-MARTY (M.), Critique de l'intégration normative, PUF, coll. Les voies du droit, 2004.
- DEPREZ (J.), La rétroactivité dans les actes juridiques, Thèse, Rennes, 1953.
- DESGORCES (R.), AUBRY (H.), NAUDIN (E.), Les grandes décisions de la jurisprudence civile, PUF coll. Thémis droit, 2011.
- DORAT DES MONTS (R.), La cause immorale, Thèse, Paris, 1955.
- DOUCET (J.-P.), L'indexation, Thèse, LGDJ 1965.
- DUMAS (R.), Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires, note de Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2008.
- DUONG (L.), La notion du raisonnable en droit économique, Nice, 2004.
- DUPEYROUX (J.-J.), Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, Thèse, LGDJ, 1955.
- DURKHEIM (E.), De la division du travail social, PUF, 2007.
- EZRACHI (A.), STUCKE (M. E.), *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.
- FABRE-MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 1992.
- FARJAT (G.), L'ordre public économique, Thèse, LGDJ, 1963.
- FENOUILLET (D.), DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (dir.), La contractualisation de la famille, Economica, 2001.
- FILIPONNE (C.), La contractualisation des droits de la personnalité, PUAM, 2003.
- FIN-LANGER (L.), L'équilibre contractuel, Thèse, LGDJ, 2002.
- FOLSOM (R.), LEVASSEUR (A.A.), Pratique du droit des affaires aux États-Unis, Dalloz, 1994.
- FORIERS (P. A.), La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, Thèse, Bruylant, 1998.
- FORTUNATO (A.), Clauses et pratiques restrictives de concurrence, Thèse, Université de Lille 2, 2016.
- FOUCAULT (M.), « Sécurité, territoire et population » Cours au Collège de France, Hautes Études, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004.

- FOUILLÉE (A.):
- La propriété sociale et la démocratie, p. 129, Paris, 1884.
- Le socialisme et la sociologie réformiste, 2e éd. Paris, 1909.
- FOULON (M.), STRICKLER (Y.), Les référés en la forme, Dalloz, 2013.
- FRANÇOIS (G.), Consentement et objectivation : L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, Thèse, PUAM, 2007.
- GANDOLFI (G.) (sous la coordination de) Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, Milano Dott. A. Giuffrè editore, 2004.
- GANGUILHEM (G.), Le normal et le pathologique, Paris, PUF, 1966.
- GARRON (F.), La caducité du contrat : étude de droit privé, Thèse, PUAM, 2000.
- GATSI (J.), Le contrat cadre, Thèse, LGDJ, 1996.
- GAUDEMET (S.), La clause réputée non écrite, Thèse, Economica, 2006.
- GÉNICON (Th.), La résolution du contrat pour inexécution, Thèse, LGDJ, 2007.
- GÉNY (F.), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique, Paris : Libr. Marescq Aîné, 1899.
- GHESTIN (J.) :
- La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 2^e éd., Thèse, LGDJ, 1971.
- Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006.
- GHESTIN (J.), FONTAINE (M.) (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.), Les effets du contrat, Paris, LGDJ, 3^e éd. 2001.
- GICQUIAUD (E.), L'équivalence en droit de l'entreprise, Thèse, LGDJ, 2013.
- GOLDIE GÉNICON (Ch.), Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, Thèse, LGDJ, 2009.
- GOODMAN (J.), *Robots in Law: How Artificial Intelligence is Transforming Legal Services*, 2016.
- GOUNOT (E.), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, Université de Bourgogne, 1912.
- GOUT (O.), Le juge et l'annulation du contrat, Thèse, PUAM, 1999.
- GRAS (N.), Essai sur les clauses contractuelles, Thèse, Université d'Auvergne Clermont-Ferrand, 2014.
- GRILLET-PONTON (D.), Essai sur le contrat innommé, Thèse, Lyon III, 1982.

- GROSSER (P.), Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, Th. Paris I, 2000.
- GRYNBAUM (L.), Le contrat contingent l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, Thèse, LGDJ, 2004.
- GRYNBAUM (L.), NICOD (M.), Le solidarisme contractuel, Economica, coll. Études juridiques, 2004.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), Nullité, restitutions et responsabilités, Thèse, LGDJ, 1992.
- HAMEL (J.), La notion de cause dans les libéralités, Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition, 1920, thèse, Paris.
- HAUSER (J.), Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude de la théorie générale de l'acte juridique), Thèse, LGDJ, 1971.
- HELLERINGER (G.), Les clauses du contrat - Essai de typologie, Thèse, LGDJ, 2012.
- HILLAIRE (J.), Le Droit, les Affaires et l'Histoire, Economica, 1994, p. 34.
- HOUTCIEFF (D.), Le principe de cohérence en matière contractuelle, préf. H. MUIR WATT, P.U.A.M. 2001, tomes 1 et 2.
- IONASCO (T.), L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux, Thèse, Dijon, 1918.
- JABBOUR (R.), La bonne foi dans l'exécution du contrat, Thèse, LGDJ, 2016.
- JAMIN (C.):
 - Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.
 - Un droit européen des contrats ? *in* Le droit privé européen, Economica, 1998, p. 40.
- JAOUEN (M.), La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, Thèse, Economica, 2013.
- JAPIOT (R.), Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, Thèse, Dijon, 1909.
- JEAUNEAU (A.), L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation, Thèse, Paris I, 2015.
- JOUARY (Ph.), Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats, Thèse, Paris I, 2002.
- KELSEN (H.) :
 - Théorie pure du droit, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2010.
 - La théorie juridique de la convention, Arch. Phil. Dr., 1940.

- LABROT (E.), L'imprévision, Étude comparée de droit public-droit privé des contrats, Thèse, L'Harmattan, 2016.
- LARDEUX (G.), L'équilibre du contrat, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, 2012.
- LASBORDES (V.), Les contrats déséquilibrés, Thèse, PUAM, 2000.
- LATINA (M.), Essai sur la condition en droit des contrats, Thèse, LGDJ, 2009.
- LAUDE (A.), La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, Thèse Aix-Marseille, 1992.
- LE GAC-PECH (S.), La proportionnalité en droit privé des contrats, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2000.
- LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), Repenser le contrat, Dalloz coll. Méthodes du droit, 2009.
- LUCAS DE LEYSSAC (C.), PARLÉANI (G.), Droit du marché, PUF coll. Thémis, 2002.
- LUCAS-PUGET (A.-S.), Essai sur la notion d'objet du contrat, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2005.
- JOLOWICK (J.-A.), Droit anglais, 2^e éd. Dalloz, 1992.
- LAITHIER (Y.-M.), Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Thèse, LGDJ coll. Bibl. dr. privé, 2004.
- LAMOUREUX (M.), L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants, Thèse, PUAM, 2006.
- LATINA (M.), LE CORRE (P.-M.), L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du code de commerce, IFPPC, 2016.
- LAVEFVE LABORDERIE (A.), La pérennité contractuelle, Thèse LGDJ, 2005.
- LEQUESNE-ROTH (C.), L'évolution du régime contractuel de défaut des États débiteurs européens, Université libre de Bruxelles, Université de Toulon, 2015. (Thèse dactyl.)
- LEQUETTE (S.), Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat, Economica, 2012.
- LEVASSEUR (A.A.), Droit des États-Unis, 2^e éd., Dalloz, 1994.
- LEVENEUR-AZÉMAR (M.), Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, Thèse, Paris 2, 2016.
- LITTY (O.), Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels, Thèse, LGDJ, 1999
- LOQUIN (E.), L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, Thèse, 1980, Paris, Librairies techniques.

- LOUIS-LUCAS (P.), Volonté et cause : Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé, Thèse, Dijon, 1917.
- MALAURIE (Ph.), Les contrats contraires à l'ordre public : étude de droit comparé France Angleterre URSS, Thèse, Paris, 1951.
- MAURY (J.), Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français, Thèse, Toulouse, 1920.
- MARKESINIS (B.):
 - La notion de *consideration* dans la *Common Law* : vieux problèmes ; nouvelles théories, *RID comp.* 1983, p. 735 et s.
 - Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre. Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens, *RTD civ.* 2004, 45.
- MARMAYOU (J.-M.), L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction), Thèse, PUAM, 2002.
- MARTIN (A.-C.), L'imputation des risques entre contractants, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2009.
- MARTY (R.), De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, Thèse, Paris II, 1995.
- MAUME (F.), Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse, Université Evry-Val d'Essonne, 2015.
- MAURIN (L.), Contrat et droits fondamentaux, Thèse, LGDJ, 2013.
- MAZEAUD (D.), La notion de clause pénale, Thèse, LGDJ, 1992.
- MEKKI (M.), L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2004.
- MERCOLI (S.), La rétroactivité dans le droit des contrats, Thèse, PUAM, 2001.
- MEZAGUER (M.), L'approche transactionnelle en droit Antitrust de l'Union européenne : recherche sur un exercice transactionnel de l'autorité publique, Thèse, Bruylant, 2013.
- MIGNOT (M.) :
 - De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? *RRJ* 2004, n° 4, p. 2153.
 - Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV), *LPA* 2016, n° 58, p. 6.
- MLICZAK (T.), Le déséquilibre significatif entre droit américain et droit français des contrats, Mémoire de Master 2, Université Paris II, Institut de droit comparé, 2016.
- MOCKLE (D.), Mondialisation et État de droit, Bruylant, 2002.

- MOULY-GUILLEMAUD (C.), Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel, Thèse, LGDJ, 2006.
- MOUIAL-BASSILANA (E.), Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat, Thèse, Nice, 2003.
- NOBLOT (C.), La qualité de contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative, Thèse, LGDJ, 2002
- NOGLER (L.), REIFNER (U.), (sous la direction de), *Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, La Haye, 2014.
- NORMAND (J.), Le juge et le litige, Thèse, LGDJ, 1965.
- MOHAMED SALAH (M.), Les contradictions du droit mondialisé, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2002.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002.
- PAULIN (Ch.), La clause résolutoire, Thèse, LGDJ, Paris, 1996.
- PAYET (M.-S.), Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.
- PEDAMON (M.), Le contrat en droit allemand, LGDJ, 1993.
- PEGLION-ZIKA (C.-M.), La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Thèse, Paris Panthéon-Assas, 2013.
- PELLÉ (S.), La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats : Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2007.
- PELLETIER (C.), La caducité des actes juridiques en droit privé français, Thèse, L'Harmattan, 2004.
- PERELMAN (Ch.), (sous la direction de), Les antinomies en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1965.
- PERELMAN (C.), VAN ELST (R.), (dir.), Les notions à contenu variable en droit, Bruylant, Bruxelles, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984.
- PÉRÈS-DOURDOU (C.), La règle supplétive, LGDJ, 2004.
- PÉROT-MOREL (M.-A.), De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, 1956, Thèse, Grenoble.
- PIÉDELIÈVRE (J.), Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble, Thèse, Paris, 1911.

- PICHELARD (C.), L'ordre public européen. Droit communautaire et droit public européen des droits de l'homme. Thèse, Montpellier 1, 1999, Doc. fr., 2002.
- PICOD (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 1989.
- PIÉDELIÈVRE (J.), Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble, Thèse, Paris, 1911
- PIETTE (G.), La correction du contrat, Thèse, PUAM coll. Institut de Droit des Affaires, 2004.
- PIMONT (S.), L'économie du contrat, Thèse, PUAM, 2002.
- PUIG (P.), La qualification du contrat d'entreprise, Thèse, Éditions Panthéon, 2002.
- REIGNE (Ph.), La notion de cause efficiente en droit privé français, Thèse, Paris II, 1993.
- RIPERT (G.), La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949, 4^e éd.
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), Le raisonnable en droit des contrats, Thèse, Université de Poitiers, LGDJ Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, 2009.
- RANOUIL (V.), L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Thèse, Paris, 1980.
- RAY (J.), DESMOULIN-CANSELIER (S.), La loi comme fait social et comme système de représentations, Dalloz, coll. Tiré à part, 2015.
- RAY (J.), Essai sur la structure logique du Code civil français, 1926, Paris, Alcan.
- RBII (J.), L'obligation de motivation en droit des contrats, Thèse, Toulouse I Capitole, 2009.
- RIALS (S.), Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, Thèse, LGDJ, 1980.
- RIFKIN (J.), La société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme, Les liens qui libèrent, 2014.
- RIGALLE-DUMETZ (C.), La résolution partielle du contrat, Thèse, Dalloz, 2003.
- ROCHFELD (J.), Cause et type de contrat, Thèse, Paris 1, LGDJ, 1999.
- ROCHFELD (J.), Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011.
- ROMANO (S.), L'ordre juridique, traduction de la 2^e édition de l'« *Ordinamento giuridico* » par L. François et P. Gothot, introduction de Ph. Francescakis, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1975.
- ROUHETTE (G.), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse, Paris, 1965.

- ROVINSKI (J.), Le vice contractuel de violence dans le droit moderne des contrats, Thèse, Aix-en-Provence, 1987.
- SADIN (E.), La silicolonisation du monde. L'irrésistible expansion du libéralisme numérique, L'échappée, 2016
- SAVAUX (E.), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? Thèse, LGDJ, 1997.
- SALEILLES (R.), De la Déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144), Paris, LGDJ, 1929.
- SAUPHANOR (N.), L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 2000.
- SCHUMPETER (J.), Capitalisme, Socialisme et Démocratie, Broché, 1990.
- SÉFÉRIADÈS (S.), Étude critique sur la théorie de la cause, Thèse, Paris, 1897.
- SEFTON-GREEN (R.), La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise, LGDJ, 2000.
- SERLOOTEN (C.), La standardisation en droit des contrats, Thèse, Université de Toulouse 1, 2008.
- SEUBE (J.-B.), L'indivisibilité et les actes juridiques, Thèse, Litec, 1999.
- SIBONY (A.-L.), le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Thèse, LGDJ, 2008.
- SIMLER (Ph.), La nullité partielle des actes juridiques, Thèse, LGDJ, 1969.
- SIMON (A.), L'ordre public en droit privé, Thèse, Rennes, 1941.
- SIRI (A.), Le *mutuus dissensus* : notion, domaine, régime, Thèse, Aix-Marseille, 2011.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 2000.
- SUPIOT (A.), La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, 2015
- TANDOGAN (H.), La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats. Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques. Thèse, Genève, 1952.
- TERRÉ (F.), L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse, LGDJ, 1957.
- TEYSSIE (B.), Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, LGDJ, 1975.
- THIBIERGE (L.), Le contrat face à l'imprévu, thèse, droit privé, Paris I, Economica, 2009.
- THIBIERGE (C.) (sous la direction de), La force normative. Naissance d'un concept, LGDJ et Bruylant 2009.
- TISSEYRE (S.), Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse, PUAM, 2012.

- *VARII AUCTORES*, Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites, Commission pour le droit européen du contrat, La documentation française, 1997.
- *VARII AUCTORES*, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Éditions Frison-Roche, 1999.
- *VARII AUCTORES*, Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003.
- *VARII AUCTORES*, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, (sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet) Dalloz, 2003.
- *VARII AUCTORES*, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson, Société de Législation comparée, 2008.
- *VARII AUCTORES*, Terminologie contractuelle commune, Principes contractuels communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, sous la direction de Bénédicte Fauvarque-Cosson, Société de Législation comparée, 2008.
- *VARII AUCTORES*, Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats, Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen, *RTD civ.* 2005, p. 713.
- *VARII AUCTORES*, Les déséquilibres économiques et le droit économique, sous la direction scientifique de Laurence Boy, Larcier, 2015.
- *VARII AUCTORES*, Le Code civil 1804-1904 Livre du centenaire, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd. 2004.
- *VARII AUCTORES*, La concurrence, travaux de l'Association Henri Capitant, Journées internationales, Maroc, 2006, Société de législation comparée, 2010.
- VEDEL (G.), Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Thèse, Toulouse, 1934.
- VIDAL (L.), L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant, 2005.
- VILLEY (M.), Philosophie du droit, Dalloz, 2001.
- VIRASSAMY (G.):
 - Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Thèse, LGDJ, 1986.
 - L'entreprise face à l'éthique du profit, Travaux du CERJDA, Volume 7, L'Harmattan, 2008.
- VOGEL (L.) (sous la dir. de), La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité, coll. Droit global, Éd. Panthéon Assas, 2001/2.

3. ACTES DE COLLOQUES, CONGRÈS, TRAVAUX D'ASSOCIATION

- Les standards dans les divers systèmes juridiques, (sous la direction de J.-L. Bergel), Actes du 1er Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, sept. 1988, *RRJ* 1988/4.
- Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990.
- La morale et le droit des affaires : actes du colloque à l'Université des sciences sociales de Toulouse, le 12 mai 1995, Centre de droit des affaires, Toulouse, Montchrestien, 1996.
- L'ordre public à la fin du XXe siècle, (avec la coordination de Th. Revet), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996.
- La cessation des relations contractuelles d'affaires, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, PUAM, 1997.
- L'unilatéralisme et le droit des obligations, Christophe Jamin et Denis Mazeaud, actes du colloque 9 janvier 1998, Centre de recherche européen de droit des obligations, Créteil, Centre de droit des contrats Villeneuve-d'Ascq Nord, coll. Études juridiques.
- Droit du marché et droit commun des obligations, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, *RTD com.* 1998.
- Les clauses abusives entre professionnels, Christophe Jamin et Denis Mazeaud (sous la direction de), actes du colloque 23 mai 1997, Centre de recherche européen de droit des obligations, Créteil, Centre de droit des contrats Villeneuve-d'Ascq Nord, Economica, coll. Études juridiques, 1998.
- Existe-t-il un principe de proportionnalité ? Actes du colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion Université Paris Descartes, *LPA* 1998, n° 117, p. 58-63.
- L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Jamin et Denis Mazeaud (sous la direction de), actes du colloque, Centre de recherche européen de droit des obligations, Créteil, Centre de droit des contrats Villeneuve-d'Ascq Nord, Economica, coll. Études juridiques, 2001.
- L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Bruno Deffains, Université de Nancy 2, 28 et 29 juin 2000, Cujas 2002.
- L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation, Bénédicte Bury, Maison du Barreau 13 mai 2004, *Gaz. Pal.* 9 et 10 mars 2005, p. 3.

- Le contrat en Europe aujourd’hui et demain, colloque du 22 juin 2007, Rémy Cabrillac, Denis Mazeaud et André Prum, *RTD civ.* 2008 p. 741.
- Rapport de synthèse in colloque La loyauté en droit de la concurrence et de la consommation, Yves Picod, Paris le 29 mars 2011, *LPA* 24 nov. 2011, n° 234, p. 43.
- La loyauté dans la négociation du contrat, par Didier Malka, in Loyauté et impartialité en droit des affaires, Colloque organisé par l’Association droit et commerce à Deauville les 31 mars et 1^{er} avril 2012, *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 61.
- La cause dans le droit des obligations – Droit public, droit privé : à propos de la réimpression de l’ouvrage d’Henri Capitant, Table ronde organisée le 20 juin 2012 - Faculté de droit Jean Monnet, Université Paris-Sud : avec la participation de : Camille Broyelle, Yves Gaudemet, Alain Ghozi, Denis Mazeaud, Judith Rochfeld et Frédéric Rolin, *RDP* 2012, n° 4, p. 827.
- La protection de la partie faible dans la doctrine de Josserand, intervention du Professeur Jean-Pascal Chazal réalisée dans le cadre du Colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013.
- *Abuses of economic dependence, between competition and contract laws EU and Member States Law Perspectives*, 21 septembre 2015, *Research Group on Law, Economics, and Management* (GREDEG) CNRS – Nice Sophia Antipolis University (UMR CNRS 7321)
- La violence économique, Colloque du 1^{er} avril 2016 organisé par la Faculté de Perpignan.
- La réforme du droit des contrats en pratique, (sous la direction de M. Latina), issu des actes du colloque du 23 septembre 2016 à l’Université de Nice Sophia Antipolis, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2017.

4. ÉTUDES, ARTICLES ET CHRONIQUES

- ABBATUCCI (S.), SABLIER (B.), SABLIER (V.), Crise de l’acier : le retour de l’imprévision dans les marchés de travaux, *AJDA* 2004. 2192.
- AKYUREK (O.), [dir.], *Class actions* : la France comble enfin son retard, loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *LPA* 25 mars 2014.
- AL-SANHOURY (A.-A.), Le standard juridique, in *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 145 et s.
- AMARO (R.), Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d’une double filiation, *CCC* n° 8-9, Août 2014, étude 8.

– AMRANI MEKKI (S.):

– Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, *Rép. not.* 2002, 355.

– Action de groupe, mode d'emploi, *Procédures* 2014. Étude 16.

– ANCEL (F.), Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? *D.* 2017. 721.

– ANCEL (P.):

– Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* 1999, 771.

– Le référé-contrat, *D.* 2006. 2409.

– Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2008, p. 16.

– Un aperçu des évolutions récentes du droit suisse en matière de contrôle des clauses abusives, *RDC* 2010, n° 1, p. 307.

– Article 1142 : violence économique, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 747.

– Imprévision, *Rep. Civ.* 2017.

– Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, *AJCA* 2017, p.462

– ANSAULT (J.-J.), Réforme du droit des contrats et procédures collectives, *BJED* 2017, n° 2, p. 148

– ANTOINE (J.), La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, *RFDA* 2004. 80.

– ARCHAMBAULT (L.), Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, n° 18, p. 18.

– ARHEL (P.), Transparence tarifaire et pratiques restrictives, *Rép. com. Dalloz* 2016, n° 261.

– ATIAS (Ch.), LINOTTE (D.), Le mythe de l'adaptation du droit au fait, *D.* 1977, p. 251.

– ATIAS (Ch.), Qu'est-ce qu'un contrat ? in *Droit et économie des contrats*, *LGDJ, coll. Droit et économie*, 2008, p. 3.

– AUBERT (J.-L.):

– Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (Un aspect particulier de la théorie générale des nullités), *RTDciv.* 1969, 692.

– Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? note sous Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 24 sept. 2002, n° 00-21278 *Deffrénois*, 2003, n° 3, p. 185.

– AUBERT DE VINCELLES (C.):

– Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, *D.* 2006, 2629.

- Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles, *RDC* 2008, n° 3, p. 1034.
- La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi *Hamon*, *RDC* 1^{er} sept. 2014 n° 3, p. 456.
- AUBERT DE VINCELLES (C.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, *D.* 2014, p. 879.
- AUBIN-BROUTÉ (R.-J.):
 - La question du prix dans les relations commerciales agricoles, *Droit rural* n° 441, mars 2016, étude 11.
 - Le contentieux du paiement dans les contrats de commercialisation des produits agricoles : l'avènement d'une nouvelle trinité, *Droit rural* n° 451, mars 2017, étude 7.
 - Contrats de vente de produits agricoles et droit commun des contrats, *Droit rural*, n° 457, novembre 2017, étude 33.
- AUBY (J.-B.), La globalisation, le droit et l'État, coll. Clés Politique, Montchrestien, 2^e éd. 2010.
- AUBRY (M.-C.), Retour sur la caducité en matière contractuelle, *RTD civ.* 2012, p. 625.
- AUBRY (H.), Obligation pour le juge national d'examiner d'office si les mentions du contrat de crédit sont conformes à la directive du 23 avril 2008 relative au crédit à la consommation, *D.* 2016. 1744.
- AUCKENTHALER (F.), Instruments financiers à terme ou contrats financiers, *JurisClasseur Sociétés Traitée*, fasc. 2050, 2017.
- AUQUE (F.):
 - Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ? *AJDI* 2007, 736.
 - Bail commercial et contrôle du déséquilibre significatif, Actes du Colloque Lille du 24 juin 2016, *Loyers et Copropriété* n° 10, Octobre 2016, dossier 11.
- AVENA-ROBARDET (V.), Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé, *D.* 2009, p. 365.
- AYNÈS (L.):
 - Motivation et justification, *RDC* 2004, n° 2, p. 555.
 - La cause, inutile et dangereuse, *Dr. & patr.* 2014, n° 240, p. 40.
- BACACHE (M.) :
 - Introduction de l'action de groupe en droit français. À propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, *JCP* 31 mars 2014, n° 377, p. 595.
 - Indivisibilité, *Rép. civ. Dalloz*.

- Action de groupe et responsabilité, *RTD civ.* 2014. 450
- BAILLOD (R.), À propos des clauses réputées non écrites, *in* Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, pp. 15 à 38.
- BAKOUCHE (D.):
 - Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'abandon d'une subjectivisation ? *Lexbase*, 23 oct. 2014 n° 588.
 - La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence, *Contrats, conc. consom.*, 4 avr. 2004, chron. n° 5.
- BALAT (N.), Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? *D.* 2015. 699.
- BALATE (E.) MENÉTREY (S.), Des magistratures économiques à la régulation judiciaire, *RIDE* 2013/4 - t. XXVII pages 533 à 543.
- BARBUSSIAUX (C.), La conception de la régulation dans la réforme du droit de la concurrence par la loi NRE, *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 1.
- BARBIER (H.) :
 - La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ? *RTD civ.* 2014. 884.
 - L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats, *RTD civ.* 2016, 837.
 - Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD civ.* 2016, p. 247.
- BARTHÉLÉMY (J.), CETTE (G.), Vers un droit de l'activité professionnelle, *Dr. soc.* 2017, 188.
- BEAUDOIN (V.), Prosumer, *Communications*, 2011/1 (n° 88), pp. 131-139.
- BAUERREIS (J.), Le nouveau droit des conditions générales d'affaires, *RIDC*, 2002, vol. 54, n° 4, pp. 1013-1022.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.):
 - L'ordre concurrentiel et le droit des contrats, *in* L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éditions Frison-Roche, 2004, p. 235 à 250.
 - Bilan de l'activité récente de la Commission des clauses abusives, *RLDA* 2006/8 n° 462.
 - « Le choc des Titans » : Existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? *in* Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, *Dalloz* 2008, p. 53.

- Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? *RDC* 2009, n° 3 p. 1258.
- La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels, *RDC* 2009, n° 1 p. 202.
- Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une « machine à hacher le droit ? » *RLC* 2010/23, p. 43 et s.
- Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? Colloque Pratiques contractuelles et droit de la concurrence, *Concurrences* n° 1-2011, n° 5, p. 39.
- La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial, *RLC* juill.-sept. 2013. 54.
- La clause de *hardship* imposée sous peine d'amende administrative, *RDC* 2013. 143.
- Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3 p. 411.
- L'action de groupe en droit de la concurrence [ou la patience de Pénélope], in *L'action de groupe à la française, Banque et Droit*, hors-série, nov. 2014. 34.
- Un déséquilibre significatif à deux vitesses, *JCP G* n° 21, 25 mai 2015, doct. 603.
- Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements *Bruxelles I*, *Rome I* et *Rome II* ? *RDC* 1^{er} déc. 2015, n° 4, p. 889.
- Les clauses de parité tarifaire en péril dans la réservation hôtelière, *RDC* 1^{er} déc. 2015, n° 4, p. 931.
- Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif, *RDC* 2015, n° 3, p. 523.
- Le déséquilibre significatif dans le Code civil, *JCP* 2016. 391.
- L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? *LPA* 20 nov. 2002, p. 36, n° 5.
- Les nouveaux abus de l'article L. 442-6 issus de la loi Sapin II, *RDC* 2017, n° 2, p. 290.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), FAUVARQUE-COSSON (B.), JACQUEMIN (Z.), Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation, *RDC* 2012, n° 1 p. 191.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), GOUAHE (J.-B.), Les apports de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 en matière de distribution, *CCC* n° 6, juillet 2017, étude 7.

- BÉLANGER (L.), Un Code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe, *JCP G* 17 avr. 2017, n° 16, p. 790.
- BÉNABENT (A.), Autour de la méthode générale, ainsi que des nullités et autres sanctions, *RDC* 2006, n° 1, p. 33.
- BEN HADJ YAHIA (S.), Action de groupe, *Rep. pr. civ.*, 2015, n° 15.
- BENILLOUCHE (M.), La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? *PA* 2004, n° 151, p.6.
- BENZONI (L.), L'analyse économique des pratiques restrictives de concurrence : du pouvoir de négociation au pouvoir de marché..., Atelier de la DGCCRF « Pratiques restrictives et droit de la concurrence », 26 sept. 2013 https://video.finances.gouv.fr/lecteur_video/keypub/6e35511a7104d1547a58/id/1abfcf02fc1ca5a4596d24c5109a52/type/pr/lang/fr
- BERTRAND (P.), Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? *D.* 2016, p. 1156.
- BEYNEIX (I.), LEMMET (L.-C.), La négociation des contrats, *RTD com.* 2016. 1.
- BEYNEIX (I.), L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé, *PA*, 25 août 2006, n° 170, p.3.
- BINET (J.-R.), De la fausse cause, *RTD civ.* 2004, p. 655.
- BLAISE (J.-B.), Un dernier bastion ? A propos de la loi di 2 Août 2005 en faveur des PME, *Concurrences*, 3/2005, 1.
- BLATTER (J.-P.) :
 - Liberté contractuelle dans la rédaction des baux commerciaux et modes alternatifs de règlement des conflits, *AJDI* 2003, p. 921.
 - Sur l'indexation du loyer du bail commercial, *Gaz. Pal.* 5 mai 2009, p. 17.
- BLIN-FRANCHOMME (M.-P.), Pratiques commerciales : l'émergence juridique du commerce équitable, *RLDA* 2007, p. 12.
- BOCCARA (M.), L'introduction de l'action de groupe dans le paysage procédural français, in L'action de groupe à la française, *Banque et Droit*, hors-série, nov. 2014, 6
- BOFFA (R.):
 - Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel, *D.* 2006, p. 2656.
 - Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, *D.* 2015, p. 335.
 - La validité du contrat, *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n° 120, p. 18.

- BOISSON DE CHAZOURNES (L.), Standards, régulation internationale et organisations internationales, *in* B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014, pp. 69-92.
- BOIZARD (M.), La réception de la notion de violence économique en droit, *PA* 16 juin 2004 n° 120, p. 5.
- BONICCO-DONATO (C.), La question des normes chez Hume ou comment la convention devient valeur, *in* B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014, pp. 279-304.
- BONNECASE (J.), La notion de bonnes mœurs ; sa portée en droit civil français, *in* Études Capitane, Dalloz, 1939, p. 91.
- BONZY (Th.), L'adaptation des contrats aux nouvelles exigences de la vie des affaires, *Cahiers de l'arbitrage*, 2017, n° 4, p. 1067.
- BOUCARD (H.), Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause, *RDC* 1^{er} oct. 2013, n° 4, p. 1669.
- BOUCARON – NARDETTO (M.), Le contrôle par le juge étatique de l'ordre public concurrentiel, *AJCA* 2014, p. 208.
- BOULANGER (J.), Usage et abus de la notion d'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.* 1994, 225.
- BOUTHINON-DUMAS (H.), Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, *RIDE*, 2001, p. 339 à 373.
- BOUTHINON-DUMAS (H.), Existe-t-il un marché des systèmes juridiques, *in* L. Usunier, R. Sefton-Green, La concurrence normative. Mythes et réalités, Paris, SLC, 2013.
- BOUTONNET (M.):
 - L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre, *D.* 2008. 1120.
 - La bonne foi en droit de l'environnement, *RDA*, 2016/1, p. 75.
 - Le risque climatique en droit des contrats, *RDC* 1^{er} juin 2016, n° 2, p. 312.
- BOY (L.) :
 - Les « utilités » du contrat, *LPA*, n° 109, 10 sept. 1997, pp. 3-11.
 - Contrat agri-environnemental : une marchandisation de l'environnement (aide ou rémunération)? *in* Face au droit rural et à ses pratiques : une approche conjointe des économistes, des juristes et des sociologues (actes d'un colloque tenu les 25 et 26 novembre 1999 à l'Institut national agronomique Paris-Grignon). Paris, Montréal, Budapest : L'Harmattan 2001, p. 264.

- L’abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? *RIDE*, 2005, p. 27 à 50.
- Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? *Revue Lamy Concurrence*, mai/juin 2010, n° 23, p. 93.
- Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l’exemple de la France), *RIDE* 2010/3 t. XXIV, p. 271-296.
- L’interprétation en droit économique : facteur d’harmonisation ? in *Pluralisme juridique et efficacité du droit économique*, L. Boy, J.-B. Racine, J.-J. Sueur, Larcier coll. Droit/Économie international, 2011.
- BOY (L.), PIROVANO (A.), Ambiguïtés du droit économique. (Éléments d’une méthodologie), *Procès*, 1981, n° 7, pp. 7-36.
- BOYER (L.), Contrats et conventions, *Rép. civ.* 1993, n° 245 s.
- BRAUCHER (J.) *Contract versus contractarianism : The regulatory role of the contract law*, *Wash. And Lee L. rev.*, vol. 47, issue 4, art. 2, 1990.
- BROS (S.) :
 - La place de l’unilatéralisme : progrès ou danger ? *RDC* 2012, n° 4, p. 1452.
 - Article 1169 : le déséquilibre significatif, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 761.
 - L’interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats. *D.* 2016, p. 29.
- BROUILLARD (J.-P.), Plaidoyer pour une reconnaissance de l’amiable composition judiciaire, *D.* 1997, p. 234.
- BROUSSEAU (E.), La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique, *LPA* 19 mai 2005, n° 99, p. 43.
- BRUNET (A.), GHOZI (A.), La jurisprudence de l’Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat, *D.* 1998, chron. p. 1.
- BURGARD (M.), L’avènement de la notion d’obligation essentielle dans le contrat, *LPA* 2010, n° 189, p. 7.
- BUY (F.):
 - Entre droit spécial et droit commun : l’article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, *LPA* 17 déc. 2008, n° 252, p. 3.
 - La sanction de la lésion dans les relations commerciales. À propos de l’article L. 441-7 du code de commerce modifié par la loi *Hamon* du 17 mars 2014, *D.* 2014, 1333.
- CABRILLAC (M.):

- Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *in* Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université Toulouse I, sciences sociales, 1978. P. 235.
- Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, *JCP G* 2008.I.190.
- CADIET (L.):
 - Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, *PUAM*, 1990, p. 193 à 223.
 - Les jeux du contrat et du procès, *in* Mélanges offerts à Gérard Farjat, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23.
 - Une justice contractuelle, l'autre, *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 177 à 199.
- CALANDRI (L.), La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente, *RDP* 1^{er} juill. 2013, n° 4, p. 771.
- CANUT (F.), Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection, *D.* 2007. 2257.
- CAPITANT (H.), De la cause des obligations, Dalloz, 1927.
- CASTRE SAINT-MARTIN-DRUMMOND (F.), Le contrat comme instrument financier *in* L'avenir du droit, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, 1999, p. 661.
- CATALA (P.):
 - Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, *Deffrénois*, 15 déc. 2008, n° 21, p. 2365.
 - Des contrats déséquilibrés, *in* Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet, LexisNexis coll. Mélanges 2010, p. 77.
- CAYRON (J.), Les clauses d'indivisibilité, *Lamy droit du contrat*, Étude 340.
- CHAGNY (M.):
 - La notion de dommages-intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence, *JCP G* 2006. I. 149.
 - L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat, *RDC* 2004, n°3, p. 861.
 - Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence, *RDC* 2009, 1^{er} octobre 2009, n° 4, p. 1642.
 - CEPC, retour sur une institution singulière, *Le Bulletin de l'ILEC*, n° 417, févr. 2011, pp. 7-9.

- L’essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq après ? *RTD com.* 2013, p. 500.
- L’article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, *D.* 2011, p. 392.
- Quel droit français et européen de la distribution ? Approche prospective, *RLDA* juin 2013, supplément au n° 83, p. 55 s. spéc. n° 21, p. 58.
- Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit des contrats, *RTD com.* 2016, p. 451.
- Un texte pour la nullité ? Quand la réforme du droit commun des contrats appelle celle du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence, *RDC* 2018, n° 1, p. 137.
- CHANTEPIE (G.):
 - De la nature contractuelle des contrats-types, *RDC* 2009, n° 3, p. 1233.
 - L’efficacité attendue du contrat, *RDC* 2010, n° 1 p. 347.
 - Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des petits pas, *RTD com.* 2014, p. 571.
 - La réforme en pratique, Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats, *AJCA*, 2015, p. 121.
 - La notion d’équilibre du contrat, *Loyers et Copr.* n° 10, Octobre 2016, dossier 6.
 - Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? *Dalloz IP/IT*, 2017, 522.
 - La contractualisation en droit privé, *RFDA* 2018, p. 10.
- CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat, *Dalloz actualité*, 6 févr. 2018.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) :
 - Les droits fondamentaux à l’épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l’homme, *in* Libre droit, Mélanges en l’honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 225.
 - Vocabulaire, *RDC* 1^{er} sept. 2016, n° 3, p. 581.
- CHAUVEL (P.), Violence, *Rép. civ.* 2013.
- CHAVANCE (E.), Le nouveau régime des clauses d’indexation, *Loyers et Copropriété* n° 2, février 2014, étude 2, n° 49.
- CHAZAL (J.-P.):
 - Théorie de la cause et justice contractuelle, *JCP* 1998, I. 152.
 - La contrainte économique : violence ou lésion ? *D.* 2000, 879.

- Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? *in* La nouvelle crise du contrat, Colloque organisé par le Centre René Demogue de l'Université de Lille II les 14 et 15 mai 2001, (dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud) Dalloz, 2003, p.99.
- CHAZAL (J.-P.), JAMIN (Ch.), PIGNARRE (G.), PIMONT (S.), Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats, *Cah. dr. entr.*, n° 5, Sept. 2015, entretien 5.
- CHÉNEDÉ (F.):
 - Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion, *RDC* 2012, n° 3 p. 1017.
 - La cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, *CCC* n° 10, oct. 2008, étude 11.
 - Napoléon Bonaparte, lésion et violence, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3 p. 527.
 - L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 655.
 - Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, *D.* 2015, 1126.
 - Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, *JCP G* 2016, 776.
- CHEVREAU (E.), La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain, *RDC* 2013, n° 1, p. 11.
- CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), RASCHEL (L.), L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! *RCA* 2014, Étude n° 4.
- CLAUDEL (E.) :
 - Les injonctions, *in* Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, *LPA*, n° 14, 20 janv. 2005, p. 23.
 - Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier, *RTD com.* 2014. 339.
- CLÉMENT (M.), Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle ? *D.* 2017 p. 104.
- CLOUZOT (L.), La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude, *RFDA*, 2010, 937.
- COHET-CORDEY (F.), Aléa et rente viagère, *AJDI* 2001, 171.
- CONFINO (A.):
 - Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel, *AJDI* 2015. 407.
 - L'article 1195 nouveau du code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? *AJDI* 2016. 345.
- CORNU (G.) :

- Le juge-arbitre, *in* Cornu G., *L'art du droit en quête de sagesse*, 1998, PUF, *Doctrine juridique*, p. 155.
- Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, *chron.* 351.
- COTTEREAU (V.), La clause réputée non écrite, *JCP* 1993, I, 3691.
- COURET (A.), REYGROBELLET (A.), Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, *BJS*, 31 mai 2015, n° 5, p. 245
- COUSIN (M.), La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? *JCP E* 2008, 2288.
- COUTURIER (G.), L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *in* Études offertes à Jacques Flour, LGDJ, 2014, pp. 95-115.
- CRAMIER (P.), Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence), *LPA*, 12 juin 2000, n° 116, p. 4 ; 13 juin 2000, n° 117, p. 4 ; 14 juin 2000, n° 118, p.7.
- CROZE (H.), Référé-Procédure en la forme des référés, *J.Cl. Procédures Formulaire*, fasc. 30, 2016.
- CROZE (H.), POISSONIER (G.), Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue, *D.* 2008, *chron.* p. 1285.
- DADOUN (A.), Le spectre de l'adage « pas de nullité sans texte » en droit des contrats, *RDC* 2018, n°1, p. 139.
- DARRIBEAUDE (F.), Organisation professionnelle de l'agriculture, *J.Cl. admin.* Fasc. 351, 2011.
- DAVID (R.) :
 - Cause et *consideration*, *in* Mélanges offerts à Jacques Maury, éd. Dalloz et Sirey 1960, t. II, p. 111.
 - L'imprévision dans le droit européen *in* Mélanges Jauffret, LGDJ 1974, p. 211 s.
- DEBET (A.), Le Code européen des contrats. Avant-projet, *RDC* 1^{er} décembre 2003, n° 1, p. 217.
- DEFFAINS (B.), FEREY (S.), Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD civ.* 2010, p. 719.
- DEFFAINS (B.), Les relations commerciales à l'heure du numérique, Colloque de la CEPC du 13 oct. 2016, la CEPC fête ses 15 ans https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/cepc-13-10-2016-Table-ronde-numero2.pdf

- DEL MARMOL (Ch.), Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial, *in* Liber Amicorum Baron Fredericq 1966, t. I, p. 307.
- DE MUIZON (G.), Réflexions économiques sur l'intérêt et l'efficacité des règles de minimis, *Concurrences*, n° 1-2013, p. 9.
- DE LA ASUNCION PLANES (K.) La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? *LPA* 3 mars 2010, n° 44, p. 3.
- DEPINCE (M.), MAINGUY (D.), Actualité : l'introduction de l'action de groupe en droit français, *Jurisclasseur concurrence consommation*, fasc. 15, 2014, n° 4.
- DESBARATS (I.), Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi, *Dr. soc.*, 2017, 971.
- DIETSCH (M.), L'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs. Le cas des marchés de produits de grande consommation, Rapport pour la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, 22 janvier 2007.
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/rapport_equilibre_relation_fournisseursdistributeurs.pdf
- DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), VEVER (F.), Force du contrat et ordre public économique, *Gaz. Pal.* 2015, n° 353, p. 12.
- DREYER (E.):
 - L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? *JCP E* n° 25, 22 Juin 2017, 1344.
 - La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, *D.* 2017, p. 1136.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), Baux, *Rép. Com.* 2009.
- DUPICHOT (P.), MERLY (E.), SÉNÉCHAL (M.), KOPF (F.), Réforme des contrats et difficultés des entreprises, *BJED* sept. 2016, n° 5, p. 352 et s.
- DUPICHOT (P.) :
 - La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision, *in* Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. P. Stoffel-Munck, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73 et s.
 - Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, *Dr. & patr.* 2015, n° 247, p. 32.
- DUPUIS (J.), Quelques aspects généraux de l'économie contractuelle dans une perspective d'expansion, *Économie rurale*, n° 60, 1964. Groupements et contrats de commercialisation. pp. 85-89.
- ECQUE (Ph.):

- Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, *LPA* 5 mai 2000, n° 90, p. 22.
- Les renonciations à recours, *in* Études offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz Litec, 2006, p. 563 à 575.
- Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 759.
- DE FONTBRESSIN (P.), Les clauses de prix, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, p. 30.
- DEFROMONT (J.-A.), MENÉTREY (S.), Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? *RIDE* 2014, pp. 499-515.
- DELEBECQUE (Ph.):
 - Les clauses de responsabilité, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, p. 177 à 192.
 - Prérogative contractuelle et obligation essentielle, *RDC* 2011, n° 2, p. 681.
- DELMAS-MARTY (M.), La mondialisation du droit : chances et risques, *D.* 1999, p. 43.
- DELPECH (X.), Vers une meilleure indemnisation des victimes des pratiques anticoncurrentielles, *AJCA* 2014, p. 100.
- DEPINCÉ (M.), MAINGUY (D.), Actualité : l'introduction de l'action de groupe en droit français, *Jurisclasseur concurrence consommation*, fasc. 15, 2014.
- DEREUX (G.), La nature juridique des « contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, pp. 503 à 541.
- DESBARATS (I.), De la normalisation en matière sociale, *LPA* 15 juillet 2003, n° 140, p. 4.
- DESGORCES (R.), La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur, *Mélanges D. Tallon, Société de législation comparée*, Paris 1999, p. 243.
- DESHAYES (O.), GÉNICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *Étude, JCP G*, n° 18, 30 Avril 2018, doctr. 529.
- DESHAYES (O.), Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution, *RDC* 2008, n° 3, p. 1008.
- DIDIER (P.), Brèves notes sur le contrat-organisation, *in* L'avenir du droit, *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz-PUF 1999, p. 635 et s.
- DISSAUX (N.) :

- L’obligation d’information mise à la charge du fournisseur, *RDC* 2012, n° 3, p. 1072.
- Les mystères du contrat cadre, *AJCA* 2017, p. 104.
- DORSNER-DOLIVET (A.), BONNEAU (Th.), L’ordre public, les moyens d’ordre public en procédure, *D.* 1986, p. 65.
- DRAND (C.), L’équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVI^e au XVIII^e siècle, *RDC* 1^{er} sept. 2015, n° 3, p. 611.
- DREIFFUS-NETTER (F.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, *RTD Civ.* 1990, p. 369.
- DUMUR (J.-P.), Clauses d’indexation du loyer « encadrée », *AJDI* 2016. 157.
- DUPICHIT (P.), MERLY (E.), SÉNÉCHAL (M.), KOPF (F.), Réforme des contrats et difficultés des entreprises, *BJED* sept. 2016, n° 5, p. 352 et s.
- EDELMAN (B.), De la liberté et de la violence économique, *D.* 2001, p. 2315.
- EENMAA-DIMITRIEVA (H.), JOSÉ SCHMIDT-KESSEN (M.), *Regulation through code as a safeguard for implementing smart contracts in no-trust environments*, EUI Working papers, 2017/13
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47545/LAW_2017_13.pdf?sequence=1
- EL-HAKIM (J.), Les modes alternatifs de règlements des conflits dans le droit des contrats, *RID comp.* 1997/2, p. 347-357.
- ERESEO (N.), L’encadrement par la loi Hamon des relations entre fournisseurs et distributeurs, *Gaz. Pal.* 24 avr. 2014, p. 114.
- ESTOUP (P.), L’amiable composition, *D.* 1986, chron. 221.
- ETIENNEY (A.), Extinction du contrat. Les causes, *Jurisclasseur Contrats Distribution*, 2012, fasc. 175.
- FABRE-MAGNAN (M.), Critique de la notion de contenu du contrat, *RDC* 2015, n° 3, p. 639.
- FAGES (B.):
 - Autour de l’objet et de la cause, *RDC* 2006, p. 37.
 - L’obligation précontractuelle d’information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux, *BJS*, 2016, n° 9, p. 529.
- FAGES (B.), MESTRE (J.), L’emprise du droit de la concurrence sur le contrat, *in* L’influence du droit du marché sur le droit commun des obligations, *RTD com.* 1998, p. 11.
- FARJAT (G.), L’importance d’une analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 1986, n° 0, p. 9.

– FAUVARQUE-COSSON (B.):

- Faut-il un Code civil européen ? *RTD civ.* 2002 p. 463.
- Le changement de circonstances, *RDC* 2004, n° 1 p. 67.
- Heurs et malheurs de l'unification du droit des contrats en Europe, in *Mélanges P. tercier, Schulthess*, 2008
- UNIDROIT, la CNUDCI et le droit international des contrats, *RDC* 2012, n° 4 p. 1355.
- Les arrêts « Paragon Finance » et « Rice v. Great Yarmouth Borough Council » : où l'on voit le droit anglais recourir à diverses techniques d'interprétation des contrats afin de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels, *RDC* 2004, n° 2, p. 483.
- Le droit québécois et le phénomène des contrats interdépendants, *RDC* 2013, n° 3, p. 1108.
- Les ensembles contractuels à la lumière de la théorie de la « cause concrète » (« *causa in concreto* ») en droit italien, *RDC* 2013, n° 3, p. 1096.

– FENOUILLET (D.) :

- L'action des associations de consommateurs, *RDC* 2007, n° 2 p. 355.
- Actions en justice des associations agréées de consommateurs, *RDC* 2006, n° 3, p. 743.
- Le juge et les clauses abusives, *RDC* 2016, n° 2, p. 358.

– FERRIER (D.):

- Les critères d'appréciation de l'état de dépendance économique, *D.* 1992, 388.
- Une obligation de motiver ? *RDC* 2004, n° 2, p. 558.
- Les pratiques restrictives de concurrence, Pour quelle finalité ? in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, 189.
- FÉVROT (O.), Honneur pour une oubliée : la cause dans les contrats administratifs, *Rev. Lamy collectivités territoriales*, n° 35, mai 2008, p. 19.
- FONTAINE (M.), Les contrats internationaux à long terme, in *Études R. Houin*, Dalloz 1985, p. 263.
- FORIERS (P. A.), Groupe de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations de droit positif, LGDJ, De Boeck et Larcier, coll. Contrats et Patrimoine, 2006.
- FORTI (V.), L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, *LPA* 2014, n° 218, p. 6.
- FORTIER (V.), La fonction normative des notions floues, *RRJ* 1991-3, p. 755 s.
- FOUCAULT (J.), La loi *Hamon*, un instrument imparfait de rééquilibrage des relations entre fournisseurs et distributeurs, *AJCA* 2014, p. 192.

- FOUCHARD (P.), L'arbitrage judiciaire, *in* Études offertes à Pierre Bellet, 1991, Litec, p. 163.
- FOURGOUX (J.-L.):
 - Inutilité du droit interne de la concurrence, *RJ com.* 1989, p. 145.
 - Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse, mais ténébreuse, *Gaz. Pal.* 16 sept. 2008, n° 260, p. 2.
 - Clauses de révision de prix dans les contrats d'affaires, *AJCA*, 2014, n° 1 p. 24.
 - La Cour d'appel de Paris passe au crible du déséquilibre significatif les conditions d'achat de Carrefour, *AJCA*, 2014, p. 373.
- FOURGOUX (J.-L.), DJAVADI (L.), Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence, *JCP E*, n° 50, 12 décembre 2013, 1691.
- FOURGOUX (J.-L.), CHAGNY (M.), RIFFAULT-SILK (J.), PECNARD (Ch.), TRICOT (D.), Approches plurielles du déséquilibre significatif, *Concurrences*, n° 2-2011.
- FRISON-ROCHE (M.-A.):
 - Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* 1995, p. 573.
 - De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix, *RJDA* 1996, p. 5, n° 9.
 - Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? Revue de la concurrence et de la consommation, Cahiers spéciaux, DGCCRF, supplément juillet-août 1996
 - Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique, *RTD civ.* 1998, 49.
 - Contrat, concurrence, régulation, *RTD civ.* 2004. 451.
 - Définition du droit de la régulation économique, *D.* 2004, n° 2.
 - Proposition pour une notion : l'opérateur crucial, *D.* 2006, p. 1895 s.
 - Réguler les « entreprises cruciales », *D.* 2014, p. 1556 s.
 - L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution, *D.* 2014, p. 2184 s.
 - Les différentes natures de l'ordre public économique, *in* L'ordre public, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, Tome 58, 2015, p. 105.
 - Quelle est la nature du « contrat de régulation économique » ouvert à consultation le 17 février 2015 par l'entreprise privatisée « aéroports de Paris (ADP) » ? <http://thejournalofregulation.com/fr/article/quelle-est-la-nature-du-contrat-de-regulation-ouve/>

– FRYDMAN (B.) :

– Prendre les standards et les indicateurs au sérieux, *in* B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014, pp. 12-32.

– La concurrence normative européenne et globale, *Working paper* 2016/3 <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>

– GALLOUX (J.-C.), L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires, *RTD Com.* 2017 p. 59.

– GARAPON (A.), Les enjeux de la justice prédictive *JCP G* n° 1-2 du 9 janvier 2017 p. 47-52.

– GARNIER (F.), Notes pour une possible histoire de la construction de la norme, *in* Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous la dir. de), Economica, 2011, p. 26.

– GAUDEMET (A.), Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? *BJS*, 31 déc. 2016, n° 12, p. 685.

– GAUDEMET (S.), Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, *in* Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *CCC* 2016. Dossier 5.

– GAUDEMET (Y.), Les contrats au pays de la régulation, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3, p. 325.

– GÉNICON (Th.):

– Les traitements légaux : mesures préventives, *RDC* 2010, n° 1 p.456.

– De la nullité partielle à la clause réputée « partiellement » non écrite, *RDC* 2010, n° 4 p.1199.

– Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse, *RDC* 2013, n° 4 p. 1321.

– Dialogue entre la cause et la considération : à propos de la promesse rémunérée d'exécuter une prestation déjà due *in* Mélanges Jauffret-Spinozi, Dalloz 2013, p. 447.

– Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté, *RDC* 2014, n° 2, p. 176.

– Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots, *RDC* 2015, n° 3.

– Caducité pour disparition de la cause : requiem pour une immortelle, *RDC* 2016, n° 1, p. 11.

– La grammaire dans la réforme du droit des contrats, *RDC* 2016, n° 4, p. 751.

- GÉNY (F.), La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, *RTD civ.* 1926, 630.
- GERADIN (D.), *Patent assertion entities and EU competition law*, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series 16-08*, ssrn.com/abstract=2728686.
- GHESTIN (J.) :
 - L'utile et le juste dans les contrats, *Arch. Philo. Droit*, 1981, t. 26, p. 35.
 - L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982, chron. pp. 1 à 10.
 - Normalisation et contrat, *in* *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985, p. 485 s.
 - Le contrat en tant qu'échange économique, *REI*, 2000, vol. 92, n° 1, pp. 81-100.
 - Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui, *RDC* 2004, 1152.
 - Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ? *European Review of contract law*, 4/2005, p. 403.
 - L'absence de cause de l'engagement : absence et contrepartie convenue, *JCP* 2006, I. 177.
 - Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause, *JCP* 2006, I. 194.
 - Sanction de la contrepartie dérisoire : exclusion de la révision du contrat, *RDC* 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 74.
 - Défense et illustration de la cause en droit des contrats, *D.* 2015, 1551.
- GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.), Erreur, *Rép. civ.* 2006.
- GHOZI (A.), LEQUETTE (L.), La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, *D.* 2008, p. 2609.
- GHOZI (A.), La location financière : des relations dangereuses ? *D.* 2012, 2254.
- GICQUIAUD (E.), Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif, *RTD com.* 2014, p. 267.
- GINESTIÉ (P.), La robotisation des contrats — par les juristes eux-mêmes — sera leur prochain eldorado, *Dalloz IP/IT* 2017. 527.
- GODEFROY DUONG (L.) :
 - Le pluralisme des sources du droit de l'internet, *in* *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, L. Boy, J.-B. Racine, et J.-J. Sueur, Larcier 2011.
 - Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers, *D.* 2015, p. 2513.
 - Le code algorithmique au service du droit, *D.* 2018, 734.

- GOETZ (C.), SCOTT (R.), « *Principles of Relational Contracts* », *Virginia Law Review*, 1981, vol. 67, p. 1089.
- GOUBEAUX (G.), À propos de l'erreur sur la valeur, *in* Études en l'honneur de J. Ghestin, LGDJ, 2015, p. 389.
- GOUBINAT (M.), L'édiction des principes généraux, quel intérêt ? *LPA* 2013, n° 256 p. 23.
- GRALL (J.-C.), BELONNE (C.), Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du Code de commerce, *RLC*, n° 53, sept. 2016, pp. 25-31.
- GRANDO (S.), GOUBET (J.), Convention annuelle ou convention perpétuelle ? *RLC* mars 2016. 47.
- GRATTON (L.), Les clauses abusives en droit commun des contrats, *D.* 2016, 22.
- GRIMALDI (C.):
 - Les clauses portant sur une obligation essentielle, *RDC* 2008, n° 4 p. 1095.
 - Retour sur l'erreur sur les motifs (de la nécessité de bien distinguer les fausses représentations des prévisions non réalisées), *D.* 2012, 2822.
 - Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, *D.* 2015, 814.
- GRIMALDI (C.), MAZEAUD (D.), Variations à quatre mains sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *in* Mélanges Jauffret-Spinosi, Dalloz 2013, p. 527.
- GRIMONPREZ (B.):
 - L'entreprise en difficultés insurmontables *RLDA* 2007, n° 21, p. 18.
 - Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation. À propos de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture, *JCP E*, n° 36, 9 septembre 2010, 1771.
 - Production et marché. Contrats de vente de produits agricoles, *J. cl. Rur.* Fasc. 20, 2015.
- GROSSER (P.), La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *AJCA* 2016, 270.
- GRYNBAUM (L.):
 - Toujours plus de proportionnalité, *RDC* 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 529.
 - Le juge et les tensions dans les relations contractuelles, *RDC* 2003, n° 1 p. 290.
- GRYNBAUM (L.), NICOD (M) (sous la direction de), Le solidarisme contractuel, Collections études juridiques, Economica, 2004.

- GUÉRIN-SEYSEN (D.), Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause, *LPA* 19 sept. 2011, n° 186, p.8.
- GUYON (Y.), Droit du marché et droit commun des obligations, *RTD com.* 1998, p. 121.
- HANNOUN (Ch.), Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, *Rev. sociétés* 1991. 45.
- HARNAY (S.), BERGÉ (J.-S.), Concurrence entre règles juridiques et construction européenne, in *Mélanges M. Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 15.
- HAURIOU (M.), Police juridique et fond du droit, *RTD civ.* 1923, p. 265.
- HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), Ordre public et bonnes mœurs, *Rép. civ. Dalloz*.
- HAUSER (J.), L'ordre public et les bonnes mœurs, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrat*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 105.
- HÉBRAUD (P.):
 - Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, *Mélanges Maury*, t. II, Dalloz, 1960, pp. 419 à 476.
 - Observations sur l'arbitrage judiciaire (art. 12, 5^e al. Nouveau Code de Procédure civile), in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, Presses universitaires de Toulouse, p. 635-664.
 - Observations sur la notion de temps dans le droit civil, in *Études P. Kayser*, PUF, Aix Marseille, 1979, tome 2, p. 1, n° 27.
- HEINICH (J.), Le défi : la confiance dans les relations d'affaires, *Gaz. Pal.* n° hors-série 3, p. 66.
- HERVIEU (M.), Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction, in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, pp. 317 à 341.
- HIEZ (D.), À propos des *life time contracts*, *RTD civ.* 2014, p. 817.
- HOMOBONO (N.), Les nouveaux pouvoirs de la DGCCRF issus de la loi Hamon, *AJCA* 2014, 114.
- HONTEBEYRIE (A.):
 - Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 757.
 - 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, *D.* 2016, 2180.
- HOUSSARD (E.), L'économie du contrat, *Rev. jur. de l'Ouest*, 2002/1, p. 7 à 65.

- HOUTCIEFF (D.), Le contenu du contrat, *in* Pour une réforme du droit des contrats, Terré Fr. (sous la dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, spéc. p. 198.
- HUET (J.):
 - La problématique juridique du commerce électronique, *RJ com.* 2001, 1^{er} janv. (n° spéc.), p. 19.
 - Influence sur les contrats informatiques ou électroniques exercée par la réforme du droit général des obligations par l’ordonnance du 10 février 2016, *RDC* 2016, n° 4, p. 663
- IDOT (L.):
 - Les conflits de lois en droit de la concurrence, *JDI*, 1995, n° 2, p. 321.
 - La protection par le droit de la concurrence *in* Les clauses abusives entre professionnels, (dir.), D. Mazeaud et C. Jamin, Economica, 1998, p. 55.
 - L’empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats, *RDC* 2004, p. 882.
 - De la difficulté d’établir des abus de dépendance économique devant le Conseil de la concurrence, *RDC* 2006, n° 4 p. 1109.
 - La Cour de cassation interroge la Cour de justice sur la théorie du « seuil de sensibilité », *RDC* 1^{er} oct. 2011, n° 4, p. 1208.
- ISAMBERT (F.-A.), Durkheim et la sociologie des normes, *in* Normes juridiques et régulation sociale, (sous la dir. de F. Chazel et J. Commaille), LGDJ, 1991, pp. 5-64.
- IVAINER (T.), Le contrat moderne face à la prolifération des statuts des personnes, *J.C.P.* 1977, I, 2876, n° 44.
- JACQUEMIN (A.), Le droit économique, serviteur de l’économie ? *RTD com.* 1972, p. 283.
- JACQUIN (A.), Clauses d’indexation : variations autour de l’article L. 112-1 du Code monétaire et financier, *Gaz. Pal.* 3 août 2013, n° 215.
- JAMBU MERLIN (R.), Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, *RTD civ.* 1948, p. 271, n° 18.
- JAMIN (Ch.):
 - Réseaux intégrés de distribution : de l’abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *JCP* 1996, I, 3959.
 - La détermination du prix : les apports au droit des contrats-cadre, *RTD com.* 1997, p. 19.
 - Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés, *D.* 2005, p. 2342.
 - Le droit des contrats saisis par les droits fondamentaux, *in* Repenser le contrat, Dalloz coll. Méthodes du droit, 2009, pp. 175 à 220.

- JEAMMAUD (A.) Conflit, Différend, Litige, *Droits*, n° 34, Mots de la justice, 2001, pp.15-20.
- JEANNIN (M.-V.), Le déséquilibre significatif ou une atteinte significative à la liberté contractuelle ? *LPA* 6 oct. 2011, n° 199, p. 15.
- JESTAZ (Ph.), L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, *in* Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz Sirey 1985, p. 273.
- JOLIET (R.), La légalité des clauses de fidélité d'approvisionnement au regard de l'article 85 du Traité de Rome, *Revue critique de jurisprudence belge* 1968, p. 146 s.
- JOSSERAND (L.):
 - L'essor moderne du concept contractuel, *in* Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 333 et s.
 - La publicisation du contrat *in* Études en l'honneur d'Édouard Lambert, t. III Paris 1938, p. 143 et s.
 - La protection des faibles par le droit *in* Evolutions et Actualités, conférences de droit civil, Sirey 1936, p.159.
 - Tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTD civ.* 1937, p. 1.
 - Sur la reconstitution d'un droit de classe, *1937 DH*, n° 1, chron. 1.
 - Un ordre juridique nouveau, *1937 DH*, n° 21, chron. 9.
- JOURDAIN (P.), Le devoir de « se » renseigner, *D.* 1983, Chron. 139.
- JOURDAIN-FORTIER (C.), Hommage à l'école niçoise du droit économique, *RIDE* 2013/4 t. XXVII pages 407 à 408.
- KAHN (Ph.), Ph. Kahn, Les réactions des milieux économiques, *in* L'illicite dans le commerce international, sous la direction de Ph. Kahn, C. Kessedjian, Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 1996, p. 477.
- KENNEDY (D.), *Form and substance in private law adjudication*, 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, p. 1688.
- KERNALEGUEN (F.), La solution conventionnelle des litiges civils, *in* Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Travaux et Recherches de la Faculté de Rennes, Économica, 1987, pp.65-87.
- KIRILLOV (A.), Les clauses de hardship en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, *LPA*, 23 sept. 2011, n° 190, p.5.
- KLEIN (G.), Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager, *RTD civ.* 1979, p. 13.

- KRONMAN (A.), *Mistake, disclosure, information and the law of contracts*, 7 *Journal of Legal Studies* 1 1978.
- KULLMANN (J.), Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993, p. 59.
- KUTSCHER-PUIS (F.), Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux, *CCC* 2015, n° 6 étude 7.
- LABARTHE (F.), NOBLOT (C.), Le contrat d'entreprise, fasc.302, *Jurisclasseur commercial*, 2011.
- LABARTHE (F.), La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil, *JCP G* n° 23, 6 Juin 2016, 642.
- LABRUSSE RIOU (C.), La relativité du contrat : les personnes, *in* La relativité du contrat, Trav. Ass. Henri Capitant, Journées nationales, t. IV, Nantes, 1999, LGDJ 2000, p. 13.
- LAFOND (J.) :
 - Bail commercial — Bail initial — Clauses permises et clauses nulles ou réputées non écrites, fasc. 1270 *JCP E* 15 avr. 2016.
 - Bail commercial, fasc. 110 *JurisClasseur Notarial Formulaire*, 2016.
- LAGARDE (X.):
 - Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement, *Dr. soc.*, 1998, 890.
 - La motivation des actes juridiques, *in* La motivation, Journées nationales Association Henri Capitant. 1998. 3, LGDJ, 2000, pp. 73-84.
 - Office du juge et ordre public de protection, *JCP G* 2001, I, 312.
 - Marchés financiers – Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? *JCP G* n° 44-45, 2 novembre 2005, doct. 182.
 - Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D.* 2007, p. 240.
 - L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, *LPA*, 6 avr. 2007, n° 70, p.6.
 - Contrats et obligations - Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats, *JCP G* n° 48, 2013, doct. 1255.
 - Questions autour de l'article 1171 du Code civil, *D.* 2016, p. 2174.
- LAITHIER (Y.-M.):
 - L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *RDC* 2010, n° 3, p. 1091.

- Remarques sur les conditions de la violence économique, *LPA* 22 nov. 2004, n° 233, p.6 ; 23 nov. 2004, n° 234, p.5.
- L’analyse économique du contrat par le juge civil, in L’analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d’harmonisation, *Gaz. Pal.* 9 et 10 mars 2005, p. 14.
- Remarques sur les conditions de la violence économique, *LPA* 22 nov. 2004 n° 233, p.6.
- LAJNEF (N.), Le déséquilibre significatif dans les contrats d’affaires : cinq ans après. Bilan de l’application judiciaire de l’article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, *RLC* 2014 n° 39.
- LARDEUX (G.), *Specialia generalibus derogant*, ou la simplicité apparente des fausses évidences, *RDC* 2008. 1251.
- LARDEUX (G.), Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, *D.* 2016. 1659.
- LARROUMET (Ch.), De la cause de l’obligation à l’intérêt au contrat. À propos du projet de réforme du droit des contrats, *D.* 2008, p. 2441.
- LATINA (M.) :
 - Contrat (généralités), *Rép. civ.* 2013.
 - Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat dans les projets de droit européen du contrat, *RDC* 2013, n° 4 p. 1613.
 - L’égalité dans les projets de droit européen des contrats, in *L’Égalité en Droit des obligations*, M. Latina et P. Oudot (sous la dir. de), Chemins de pensée juridique, éd. Ovadia, 2015, p. 167.
 - Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion in *Le contrat d’adhésion : Perspectives franco-québécoises*, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître.
- LAVABRE (C.), Éléments de la problématique du contrat cadre, *RJDA* 2002. 603.
- LAUDE (A.), La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap, *Dalloz Affaires*, 1996, n° 1, p. 6.
- LE GAC-PECH (S.), Vers un droit des remèdes, *LPA* 4 déc. 2007, n° 242, p. 7.
- LE NABASQUE (H.), L’imprévision et les cessions de droits sociaux, *BJS*, 1^{er} sept. 2016, n° 9, p. 538
- LÉAUTÉ (J.), Les contrats-types, *RTD civ.* 1953, p. 429, n° 1.
- LECLERC (P.), *Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats*, Fasc. Unique, *JurisClasseur*, 2011.

- LECOURT (A.), L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques, *RTD com.* 2016. 767.
- LÉCUYER (H.), La modification unilatérale du contrat, *in* L'unilatéralisme et le droit des obligations sous direction de C. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 1999, p. 47 s.
- LE GAC-PECH (S.) :
 - Vers un droit des remèdes, *LPA* 4 déc. 2007, n° 242, p. 7.
 - Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil, *LPA* 16 Août 2016, n° 162-163, p. 7.
- LE GOFF (D.), Le contentieux de l'article L. 442-6 du code de commerce : Premier bilan, *LPA* 6 oct. 2011, n° 199, p. 8.
- LE MESLE (L.), L'interdépendance des contrats, *RDC* 1^{er} juill. 2013, n° 3, p. 849.
- LEQUETTE (Y.), Bilan des solidarismes contractuels, *in* Mélanges offerts à Paul Didier, *Economica*, 2008, p. 247.
- LESUEUR (R.), PINEAU (F.), L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : nouvelle boîte de Pandore ? *JCP E* n° 51-52, 19 Décembre 2013, 921.
- LE TOURNEAU (Ph.) :
 - Les professionnels ont-ils du cœur ? *D.* 1990, p. 21 et s.
 - Parasitisme. Régime juridique, *J.-Cl. Conc. Consum.*, fasc. n° 228.
- LE TOURNEAU (Ph.), POUMARÈDE (M), Bonne foi, *Rép. civ.* 2009.
- LIBCHABER (R.):
 - Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes, *RTD civ.* 1997, p. 792 s.
 - Réflexions sur les effets du contrat, *in* Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz 2005, p. 211.
- LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.), (sous la dir. de) La mondialisation du droit, coll. Travaux du CREDIMI, vol. 19, Litec 2000.
- LOISEAU (G.) :
 - L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique, *Dr. & patr.*, septembre 2002, n° 107, p. 26.
 - Le traitement différencié des clauses abusives : un pas vers le désordre, *CCE* juill. 2016, n° 7-8, comm. 60
 - Le contrat électronique, l'indigent du droit des contrats, *CCE* sept. 2016, étude 15.
- LOKIEC (P.), Le droit des contrats et la protection des attentes, *D.* 2007, p. 321.
- LUC (I.), L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaire,

AJCA 2014, p. 109.

– LUCAS DE LEYSSAC (C.), Du caractère collectif du « contrat de marché », *RDC* 1^{er} oct. 2006, n° 4 p. 1317.

– LUCAS DE LEYSSAC (C.), PARLÉANI (G.), L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, *in* Études en l'honneur de J. Ghestin, LGDJ, 2015, p. 601.

– LUCAS DE LEYSSAC (C.), CHAGNY (M.), Le droit des contrats, instruments d'une forme nouvelle de régulation économique ? *RDC* 2009, 1268.

– MACAULAY (S.), « *Non contractual relations in business : a preliminary study* », *Amercan Sociological Review*, vol. 28, 1963, p. 55 et.

– MACKAAY (E.), Les nouveaux environnements informatiques et leur droit, *in* Les autoroutes de l'information : Enjeux et défis (actes des huitièmes entretiens Rhône-Alpes), Centre Jacques Cartier, 5-8 décembre 1995, *LPA* 3 janv. 1997, n° 2, p. 16.

– MACNEIL (I.):

- « *Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law* », *Northwestern University Law Review*, 1978, vol. 72, p. 854.

– « *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation* », *60 Virginia Law Review* 1974, p. 589.

The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations, New Haven, Yale University Press, 1980.

– MAGAR (F.), Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation, *D.* 2010. 1959.

- MAINGUY (D.) :

– Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, *RDC* 2008, n° 3, p. 1030.

– Conditions générales de vente et contrats-types, *J.-Cl. Contr. Distr.* Fasc. 60, 2001.

– La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre, *D.* 2011, p. 1495

– Premières vues sur le « droit français nouveau des réseaux de distribution commerciale », *JCP E*, n° 48, 26 novembre 2015, 1579.

– MALAURIE-VIGNAL (M.):

– Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? *CCC*, 2008, 1^{er} déc.

– Les apports de la loi *Macron* en droit de la distribution, *CCC*, nov. 2015, comm. 256.

- MALEZIEUX (R.), L'économie contractuelle en agriculture, *Gaz. Pal.* 1964, pp. 69 à 75.
- MALINVAUD (Ph.):
 - La protection des consommateurs, *D.* 1981, p. 49.
 - De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité, *in* L'avenir du droit, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, 1999, p. 689 à 699.
- MARÉCHAL (C.) :
 - Les grandes étapes du droit de la concurrence, *JurisClasseur Concurrence Consommation*, fasc. 25, 2014, n° 1.
 - L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur, *CCE*, juin 2016, étude 11.
- MARMAYOU (J.-M.), Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats, *RJ com.* 1999, 292.
- MARTIEL-BRAZ (N.), Propos introductifs, *in* Les mutations de la norme, Le Renouveau des sources du droit dir. N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais, Economica 2011.
- MARTIN (G.), RACINE (J.-B.), Gérard Farjat et la doctrine, *RIDE* 2013/4, pp. 409-418.
- MARTIN-SERF (A.), Entreprises en difficulté (Nullités de la période suspecte), *Rép. Com. Dalloz*, n° 82 et s.
- MARTINON (A.), Le contrat de travail, laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? *LPA* 28 nov. 2012, n° 238 p. 16.
- MARTY (F.) :
 - Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain, *RIDE* 2014, pp. 471-497.
 - Régulation par contrat GREDEG *Working Papers Series*, n° 2015-10, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2015-10.pdf>
 - Du virage économique au virage technologique en matière de décision concurrentielle, GREDEG Working Paper, n° 2017-41. <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2017-41.pdf>
- MARTY (F.) REIS (P.), Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique, *RIDE* 2013/4 - t. XXVII pages 579 à 588.
- MATHEY (N.), Du déséquilibre significatif, *CCC* n° 11, nov. 2011. Repère 10.
- MATRINGE (J.), Sur la composition du droit, *RDP*, 20 nov. 2011 n° 1, p. 245

- MAURY (J.), Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, *RID comp.* 1951, 485.
- MAYMONT (A.), La violence économique : une réalité consacrée ? *RLDC* 2014 n° 120.
- MAZEAUD (D.), GÉNICON (Th.):
 - Protection des professionnels contre les clauses abusives, *RDC* 2012, n° 1, p. 276.
 - L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? *RDC* 2012, n° 4, p. 1469.
- MAZEAUD (D.):
 - L'attraction du droit de la consommation, *RTD com.* 1998, 95.
 - Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *In* Mélanges F. Terré, Dalloz, Juris-classeur, PUF, 1999, p. 603.
 - De l'influence de l'indivisibilité de contrats de distribution sur le régime de leur rupture, *D.* 2000, p. 362.
 - Du nouveau sur l'obligation de renégocier, *D.* 2004, 1754.
 - Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? *in* *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 697
 - La révision du contrat, *PA* 2005, n° 129, p.4.
 - renégocier ne rime pas avec réviser ! *D.* 2007, p. 765.
 - Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! *D.* 2008. 2675.
 - La lésion, *Rép. civ.* 2012.
 - Droit des contrats : réforme à l'horizon ! *D.* 2014, p. 291.
- MÉADEL (J.), Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? *LPA* 17 avr. 2007, n77, p. 6.
- MEKKI (M.):
 - Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie), *RDC* 2006, n° 4 p. 1051.
 - Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{de} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* 2007, n° 2 p. 239.
 - Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, *in* La contractualisation de la production normative, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2008, n° 13, p. 235.
 - Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *RDC* 2010, n° 1, p. 383.
 - *Hardship* et révision du contrat, *JCP G* 2010, doctr. 1219.
 - Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, *D.* 2015, p. 816.

- Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, n° 17, p. 11.
- Contrats et obligations — Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170), *JCP N.* n° 46, 18 nov. 2016, act. 1227.
- Réforme du droit des obligations : le droit des nullités, *JCP N.* n° 1, 6 Janvier 2017, act. 101.
- Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170), *JCP N.* n° 46, 18 Novembre 2016, act. 1227.
- Fiche pratique : la nullité, entre tradition et modernité, *Gaz. Pal.* 2017, n° 1, p. 21.
- Contrats et obligations — Réforme du droit des contrats : la caducité — Aperçu rapide, *JCP N.* n° 2, 13 Janvier 2017, act. 126.
- Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision, *JCP N.* n° 3, 20 Janvier 2017, act. 155, n° 2.
- Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut... *Gaz. Pal.* 7 févr. 2017, n° 6, p. 12.
- Contrats et obligations — Réforme du droit des contrats : la caducité — Aperçu rapide, *JCP N.* n° 2, 13 Janvier 2017, act. 126.
- MÉNARD (C.), Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute des juristes, *in Études en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 661.
- MERCADAL (B.), Réforme du droit des contrats, Dossier pratique : *Francis Lefebvre*, 2016, n° 521 s.
- MESTRE (J.), FAGES (B.) :
 - Droit du marché et droit commun des obligations, *RTD Com.* 1998, p. 71.
 - Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances économiques », *RTD civ.* 2004, p. 290.
 - Cause : toujours plus ! *RTD civ.* 2007, p. 105.
- MESTRE (J.) :
 - Abus de dépendance économique et lien contractuel, *RTD civ.* 1989, p. 534.
 - L'économie du contrat, *RTD civ.* 1996, 901.
 - Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, *in L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, PUF, éd. du juris-classeur, 1999, p. 677 à 687.
- MEVEL (O.), Les relations entre la production et la distribution : le cas du partage de la valeur ajoutée dans la filière laitière française, *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, 2010/3, n° 101, p. 40.

- MÉZEN (C.), La vente de produits agricoles : un contrat nommé de distribution en matière agricole, *RTD com.* 2012. 693.
- MITCHELL (M.-C.), FOURNIER (Ph.), Les pratiques restrictives dans la loi Hamon-Clarification et simplification ou complexification et aggravation des sanctions ? *CCC* 5 mai 2015, dossier 6.
- MODERNE (F.), La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? *RFDA* 2006. 2.
- MOHAMED SALAH (M.):
 - La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires, *RJ Com.* 1997, pp. 297-307.
 - Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? *in* Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261.
 - La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, *RIDE* 2001, p. 251.
 - Le pouvoir économique et le droit. Variation sur un thème très niçois, *RIDE* 2013/4 - t. XXVII pages 475 à 490.
- MOLFESSIS (N.):
 - Les exigences relatives au prix en droit des contrats, *LPA* 5 mai 2000, p. 41, n° 14.
 - Droit des contrats - Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G* n° 52, 21 décembre 2015, 1415.
- MOLINIE (L.), RUE (R.), Déséquilibre significatif : derniers enseignements de la jurisprudence, *JCP G* n° 16, 20 avr. 2015, 488.
- MONÉGER (J.) :
 - Repère, *in Loyers et copr.*, juin 2014.
 - La modification des indices de référence, *Loyers et copr.*, n° 9, septembre 2014, dossier 6.
- MONTELS (B.), La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, *RTD com.* 2002, 417.
- MOORE (B.), Le contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation et d'adhésion : perspectives de droit québécois, *in* L'amorce d'un droit européen du contrat, *SLC*, 2010, pp. 109 à 123.
- MORAND (C.-A.), La contractualisation du droit dans l'État providence, *in* Normes juridiques et régulation sociale, (sous la dir. de F. Chazel et J. Commaille), LGDJ, 1991, p. 155.

- MORTIER (R.), Cession de droits sociaux - Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *Droit des sociétés* n° 4, avril 2016, comm. 52.
- MOTULSKY (H.), Prolégomènes, *D.* 1972, Chron. 91, n° 46.
- MOTULSKY (H.), La cause de la demande, *D.* 1964, Chron. 243, n° 24.
- MOUIAL BASSILANA (E.), JACOMINO (F.), L'économie collaborative : les bouleversements en droit des contrats, in *Quelles régulations pour l'économie collaborative ? Un défi pour le droit économique*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2017, pp. 69-88.
- MOUIAL BASSILANA (E.), Déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, *JurisClasseur Concurrence-consommation*, fascicule 730, juill. 2015.
- MOURY (J.), FRANÇOIS (B.), De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *D.* 2016, p. 2225.
- MOURY (J.) :
 - Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000, p. 382.
 - La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre, *AJCA* 2016, p.123.
- MOUSSERON (J.-M.), La gestion des risques par le contrat, *RTD civ.* 1998, p. 481.
- MULLER (P.), La politique agricole française : l'État et les organisations professionnelles, *Économie rurale*, 2000 Volume 255, n° 1, pp. 33-39.
- NAJJAR (I.), Les libéralités, *Rép. civ.* 2011.
- NATHALIE (B.), Le juge et les standards juridiques, *RDC* 1^{er} juin 2016, n° 2, p. 394.
- NÉRON (S.), Le standard, un instrument juridique complexe, *JCP G* n° 38, 19 septembre 2011, doct. 1003.
- NGUIHE KANTE (P.), La fongibilité des vices du consentement en droit privé des contrats, *LPA* 19 nov. 2015, n° 231 p.4.
- NOURISSAT (C.):
 - Droit du contrat et droit du marché intérieur, *RDC* 2006, n° 4 p. 1355.
 - Rupture d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action, *RLDA* 2007, n° 19, p. 67.
- PACLOT (Y.), Secret et relations d'affaires. Les diverses facettes du secret des affaires, *Droit et patrimoine*, n° 102, 1^{er} mars 2002.
- PAGNERRE (Y.), Rupture du contrat par annulation, *J.-Cl. Contr. Distr.* Fasc. 172, 1^{er} mai 2010.
- PAINCHAUX (M.), La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? *RRJ* 2004-3, pp. 1567-1581.
- PARLÉANI (G.):

- Le devenir du déséquilibre significatif, *AJCA* 2014, p. 104.
- Petit vent frais sur le titre IV, *AJCA* 2014, p. 251
- Loi *Macron* : toujours plus en « pratiques restrictives », *AJCA* 2015, p. 407.
- PAYET (M.-S.), Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats, *RDC* 1^{er} oct. 2006, n° 4 p. 1338.
- PELLIER (J.-D.), Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du Projet de réforme) *LPA* 16 nov. 2015, n° 128, p. 8.
- PENA (M.), Les origines historiques de l'article 6 du Code civil, *RRJ* 1992, p. 499.
- PENNEAU (A.), La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique (critique de l'article L. 442-6, III, du code de commerce et propositions), *D.* 2003, p. 1278.
- PÉRÈS (C.) :
 - Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, *JCP G*, n° 16, 18 avr. 2016, 454.
 - Du contrat public en général et du « rescrit contractuel » en particulier, *RDC* 2009, 1, 17.
- PETIT (F.), La commission d'examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs, *RRJ*, n° 1-2002, p. 339-364
- PETIT (N.), La rationalisation au long cours de la restriction de concurrence « par objet » dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, *AJCA* oct. 2015, p. 423.
- PEZ (Th.), L'ordre public économique, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 49 (dossier : l'entreprise), oct. 2015, p. 44 à 57.
- PIERRE-MAURICE (S.), Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices, in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation*, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross, Presses Universitaires de Nancy, pp. 241 à 272.
- PIETRANCOSTA (A.) « *Introduction of the hardship doctrine* ("théorie de l'imprévision") *into French contract law : A mere revolution on the books ?* », *RTDF*, 2016/3, p. 1.
- PICOD (Y.), Droit des contrats et droit du marché : entre harmonie et turbulences, *RDC* 2006, n° 4, p. 1330.
- PIGASSOU (P.), La distribution intégrée, *RTD com.* 1980, p. 473.
- PIGNARRE (G.):

- Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 1^{er} oct. 2005, n° 4, p. 1290.
- Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? *RDC* 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 251.
- PLANKENSTEINER (M.) et CRÉQUER (E.), Les relations commerciales après la Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *LPA* 2015, n° 220, p. 4.
- POLLAUD-DULIAN (F.) et RONZANO (A.), Le contrat cadre, par-delà les paradoxes, *RTD com.* 1996, 179.
- POLIN (R.) (sous la dir. de) L'ordre public, Actes du colloque, *PUF*, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1996.
- POSEZ (A.), De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite, *D.* 2014. 2119.
- PRIETO (C.), L'Autorité de la concurrence rappelle l'intérêt de la contractualisation pour les agriculteurs, note sous Aut. conc., 12 juill. 2011, avis n° 11-A-11, relatif aux modalités de négociation des contrats dans les filières de l'élevage dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles, *RDC* 1^{er} oct. 2011, n° 4, p. 1217.
- PROGENT (S.), Bail rural, *Rép. Civ.* 2013.
- PUIG (P.), Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative, *in* La contractualisation de la production normative, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, oct. 2008, p. 286.
- RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 2007, t. XXI, 3.
- RACINE (J.-B.) :
 - Normalisation, certification et droit de la concurrence, *RIDE*, 1998, p. 147.
 - Droit économique et lois de police, *RIDE* 2010, 1, p. 142.
 - Vers un ordre public mondial, *in* Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, Sous la direction de L. Boy, J.-B. Racine et J.-J. Sueur, éd. Larcier, 2011, pp. 419-436.
- RAIMOND (S.), Brèves réflexions sur la qualification de professionnel à partir de la jurisprudence récente en droit de la consommation, *LPA* 15 déc. 2015, 6.
- RAYNOUARD (A.), La concurrence normative dans l'Union européenne, *in* S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 88-105.

- REIFEGERSTE (S.), WEISZBERG (G.), Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international, *RD aff. int.* 2004, p. 181.
- REIGNÉ (Ph.), La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats, *In La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997, p. 151 s.
- REIS (P.) :
 - Marques de distributeurs et accès au marché des fournisseurs de la grande distribution, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00759845>.
 - L'intervention du ministre de l'Économie dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement : entre défense des intérêts privés et protection de l'ordre public économique, *in Le droit économique entre intérêt privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, pp. 161-175.
 - Économie collaborative, plateformes d'intermédiation numériques et droit de la concurrence, *in Quelles régulations pour l'économie collaborative ? Un défi pour le droit économique*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2017, pp. 145-158.
- REMICHE (B.), Droit économique, marché et intérêt général, *in Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 253-260.
- RÉMY (P.), Droit des contrats : questions, positions, propositions, *in L. Cadiet (dir.), Le droit contemporain du contrat*, préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 277.
- RETTERER (S.), La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution, *D.* 2003, 1210.
- REVET (Th.) :
 - Les apports au droit des relations de dépendance, *in La détermination du prix : nouveaux enjeux*, *RTD com.* 1997, p. 37
 - L'éthique des contrats en droit interne, *in Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997.
 - La détermination de l'objet dans le contrat, *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, pp. 36-45.
 - Objectivation et subjectivation du contrat : quelle valeur juridique ? *in La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 83 et s.
 - L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* 2004, n° 2, p. 579.
 - L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion, *RDC* 2015, n° 1, p. 199.

- Une philosophie générale ? *in* La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? (Paris, 16 février 2016) *RDC* Hors-série 2016, p. 5.
- Le juge et la révision du contrat, *RDC* 1^{er} juin 2016, n° 2, p. 373.
- Les critères du contrat d'adhésion, *D.* 2016, 1771.
- L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, *D.* 2018, 124.
- Le temps d'après, *RDC* 2018, n°1, p. 114.
- REYGROBELLET (A.), Les conventions de *management fees* : où en est-on ? *BJS*, 2018, n° 117, p. 120.
- RICHARD (D.), La location Airbnb ou la « disruption » rattrapée par la réglementation de la République numérique, *AJDI*, 2017, 336.
- RICHER (L.), La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques, *AJDA*, 2003, 973.
- RIEM (F.), Ordre public de protection : vers un ordre privé organisationnel du travail ? *in* Les déséquilibres économiques et le droit économique, sous la direction scientifique de Laurence Boy, *Larcier*, 2015, pp. 17 à 32.
- RIERA-THIEBAULT (K.), COVILLARD (A.), La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? *Gaz. Pal.* 14 févr. 2013, n° 45, p.6.
- RIFFARD (J.-F.), La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits, *in* Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous la dir. de), *Economica*, 2011, p. 103.
- RIPERT (G.) :
 - L'ordre économique et la liberté contractuelle, *in* Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. 2, Les sources générales des systèmes actuels, Sirey, 1935, p. 347 s.
 - Le régime démocratique et le droit civil moderne, *LGDJ*, 1936, p. 265.
- ROBIN-OLIVIER (S.), BERGER (J.-S.), La généalogie des rapports entre le droit communautaire et le droit privé, *LPA* 19 avr. 2007, n° 79, p. 46.
- ROCHFELD (J.) :
 - Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats, *RTD civ.* 2001, 671.
 - Les modes temporels d'exécution du contrat, *RDC* 1^{er} janv. 2004, n° 1 p. 47.

- Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la « relation » contractuelle ? *RDC* 2006, n° 4 p. 1033.
- Du statut du droit contractuel « de protection de partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme, *in* Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ, 2008, p. 835.
- Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. *D.* 2009, p. 2047.
- De la « confiance » du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché, Conférences du CEJEC, Approche critique du vocabulaire du droit européen : la confiance, Oct 2008, France. pp. 7-11, 2009.
- La cause, *Rép. civ.* 2012.
- Les techniques de prise en considération des motifs en droit français, *RDC* 2013, n° 4 p. 1601.
- Existe-t-il un ordre public « renforcé » de « régulation » en droit transitoire ? *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3 p. 499.
- ROCHFELD (J.), ZOLYNSKI (C.), La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520.
- RODA (J.-Ch.), Réflexions « pratiques » sur l'imprévision, *in* La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 74.
- ROUHETTE (G.), La révision conventionnelle du contrat, *RID comp.* 1986, n° 22, p. 395.
- ROULAND (M.), La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi), <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf> n° 28, p. 14
- ROUVROY (A.), STIEGLER (B.), Le régime de vérité numérique. De la gouvernementalité algorithmique à un nouvel État de droit, *Socio*, 4 | 2015, pp. 113-140 <http://journals.openedition.org/socio/1251>
- SAINT ESTEBAN (R.):
 - Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs, *LPA* 20 janv. 2005, n° 14, p. 53.
 - L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation, *RDC* 2009, 1275.
- SAKHO (A.), Analyse substantielle et relation de pouvoir, *RIDE* 2013/4 - t. XXVII pages 545 à 555.
- SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), La responsabilité contractuelle en droit international privé, *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 25-20, 2016.
- SAUPANOR-BROUILLAUD (N.), Les clauses abusives, *Rép. com.* 2014.

- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français, *RDC* 2013, n° 4 p. 1643.
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), WICKER, (G.), La validité des conventions de management : la cause sans la cause, mais mieux que la cause, *RDC* 2016, n° 4, p. 691.
- SAVAUX (E.) :
 - La dilution des catégories, *in* Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil, sous la dir. de G. Pignarre, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005.
 - L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, *RDC* 2010, p. 105.
 - Le contenu du contrat, *JCP* 2015, suppl. au n° 21, p. 20 et s.
- SÉNÉCHAL (J.), La diversité des services fournis par les plateformes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats, *AJCA* 2016, p. 79 (1^{re} partie) et p. 141 (2^e partie).
- SENN (J.), Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, *in* Études Gény, tome 1, Sirey, 1934, p. 53.
- SERINET (Y.-M.) :
 - Le juge et l'illicéité du contrat, *in* Le renouveau des sanctions contractuelles, *Économica* 2007, n° 3, p. 87.
 - Observations d'Yves-Marie Serinet, *LPA* 4 sept. 2015, n° 177, p. 59.
 - La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité, *JCP G* n° 29, 18 juillet 2016, 845.
- SEUBE (A.), Les conditions générales des contrats, *in* Études offertes à A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, p. 621.
- SEUBE (J.-B.) :
 - L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial, *RDC* 2006, n° 3, p. 761.
 - Caducité et ensembles contractuels indivisibles, *Mélanges Foyer Economica*, 2008, p. 928.
 - L'article 1186 du projet : la caducité, *RDC* 2015, 769.
 - Contrat-caducité du contrat, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, fasc. 121-1, 2017.
- SIMLER (Ph.):
 - La sanction de l'absence de cause, *in* Mélanges Y. Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, 2006, 409-430.

- Contrats et obligations — Cause — Illicéité ou immoralité de la cause, *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, mars 2010.
- Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire — Absence de cause (C. civ., art. 1131 et 1132 anciens), *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 40, déc. 2016.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.):
 - Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives, *RDC* 2009, n° 4, p. 1629.
 - La confiance dans les contrats de consommation, *in* La confiance en droit privé des contrats, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, spéc. p. 53.
 - L’incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, *RDC* 1^{er} mars 2016, n° 1, p. 97.
 - La refonte du droit contractuel général de la consommation par l’ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *RDC* 2016, n° 3, p. 492.
- SÉLINSKY (V.), CHOLET (S.), Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle, *in* Le droit économique entre intérêt privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, pp. 127-159.
- SIMON (F. – L.), Secret des affaires : adoption de la directive par le Parlement européen, *JCP E* 2016, act. 399.
- SLAWSON (W. D.), *Standard form contracts and democratic control of lawmaking power*, 84, *Harv. L. Rev.*, 529, 1971.
- SMORTO (G.), *Protecting the weaker parties in the platform economy*, *Cambridge Handbook on law and regulation of the sharing economy*, 2018.
- SPITZ (J.-F.), « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007. 281.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.):
 - L’abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant ? *D.* 2002, 1979.
 - Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle, *RDC* 2003, chron. p. 59.
 - Autour du consentement et de la violence économique, *RDC* 2006 n° 1, p. 45.
 - Les répliques contractuelles, *RDC* 2010, n° 1 p.430.
 - L’autonomie du droit contractuel de la consommation : d’une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD com.* 2012, 705.
 - L’imprévision et la réforme des effets du contrat, numéro hors série *in* La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? *RDC* (Paris, 16 février 2016), n° hors-série p. 30.

- SUPIOT (A.), La contractualisation de la société, Université de tous les savoirs, Conférence du 22 févr. 2000 https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/la_contractualisation_de_la_societe.878
- SUSSKIND (R.), SUSSKIND (D.), Technology will replace many doctors, lawyers and other professionals, *Harvard Business Review*, 11 oct. 2016 <https://hbr.org/2016/10/robots-will-replace-doctors-lawyers-and-other-professionals>
- TEFFO (F.), La réforme des baux commerciaux par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises du 18 juin 2014, *LPA* 7oct. 2014, n° 2000, p. 4.
- TERRÉ (F.), La cause est entendue, *JCP G* 2007, act. 609.
- TESTU (F.-X.) :
 - Qualité du consentement, *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010.
 - Éléments de détermination du prix contractuel, *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010, n° 42.09.
- THÉVENOT (L.), Équilibre et rationalité dans un univers complexe, in *L'économie des conventions*, *Revue économique*, 1989, vol. 40, n° 2, pp.147-198.
- THIBIERGE (C.), Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, p. 357.
- TIEBOUT (C. M.), *A Pure Theory of Local Expenditures*, *Journal of Political Economy*, 1956, vol. 64, p. 416.
- TISSEYRE (S.), Paradoxes autour de la notion de non-professionnel, *D.* 2011, p. 2245.
- TOMASI (M.), L'introduction en droit allemand d'une procédure modèle pour les investisseurs en produits financiers : un pas timide vers la « securities class action », *D.* 2006. 1594.
- TOURNAFOND (O.):
 - L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat, *D.* 1999, 238.
 - Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, *D.* 2008, p. 2607.
- TRICOT (D.), Quels rôle et place de la CEPC dans les relations commerciales, Colloque de la CEPC du 13 oct. 2016 : la CEPC fête ses 15 ans https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/cepc-13-10-2016-Table-ronde-numero1.pdf
- UTZSCHNEIDER (Y.), RIVOLLIÉ (M.), La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif : Quelles difficultés ? Quels conseils ? *AJCA* 2014, p. 113.

- VAN DE KERCHOVE (M.), OST (F.), Le système juridique entre ordre et désordre, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1988.
- VAN WAEYENBERGE (A.), Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric-à-brac ou système pour l'Union européenne ? in B. Frydman et A. Van Waeyenberge, (sous la direction de), Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings, Bruylant, 2014, pp. 93-115.
- *VARII AUCTORES* Étude par LE GROUPE « CONTRATS » DE L'ÉCOLE DU DROIT DE L'ENTREPRISE DE MONTPELLIER, *JCP E* n° 11, 11 mars 2004, 384, n° 38.
- VATINET (R.) :
 - L'ordre public, in Les notions fondamentales du droit du travail, B. Teyssié (dir.), Éd. Panthéon-Assas Paris II, coll. Colloques, 2009, p. 89.
 - Le *mutuus dissensus*, *RTD civ.* 1987, 252.
- VARLET-ANGOVE (C.), La loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt : aspects de droit des contrats, *AJCA* 2014, p. 323.
- VASSEUR (M.), Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD Civ.* 1964, pp. 5 à 49
- VIALFONT (A.), Les procédures négociées et le droit de la concurrence, *RIDE* 2007/2, pp. 157-184.
- VIGNAL (N.), La durée du lien contractuel, *Lamy droit des contrats*, 1999, étude n° 405.
- VINCENT-LEGOUX (M.-C.), L'ordre public et le contrat, in L'ordre public, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, Tome 58, 2015, p. 215.
- VIVIEN (G.), De l'erreur déterminante et substantielle, *RTD civ.* 1992, 305.
- VOGEL (L.):
 - L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence, *RCC* 2000, n° 155, p. 7.
 - La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre, *JCP E* n° 11, 15 mars 2012, 1182.
 - Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet, *CCC* n° 5, mai 2015, Dossier 2.
- VOGEL (L.), VOGEL (J.), Loi *Macron* : un nouveau régime des contrats de distribution inutile, coûteux et inadapté, *AJCA*, 2015, p. 512.
- VOIRIN (P.), Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament, in *Études à la mémoire de H. Capitant*, 1939, pp. 895.

- WAGNER (P.), WAGNER (M.), L’essor de la legaltech française : l’exemple de Captain Contrat, *Dalloz IP/IT*, 2017, 327.
- WALTON (J. – P.), Cause et « *consideration* » dans le droit anglais des obligations, *RTD civ.* 1919, p. 469.
- WASMER (E.), Le prix Nobel 2010 : les marchés frictionnels, *Revue d’économie politique*, 2011/5, pp. 637-666.
- WESTER-OUISSE (V.), La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, *JCP* 2001, I, 290.
- WICKER (G.):
 - Force obligatoire et contenu du contrat, *in* Les concepts contractuels français à l’heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, coll. Thémis et commentaires, p. 169.
 - La suppression de la cause par le projet d’ordonnance : la chose sans le mot ? *D.* 2015, p. 1557.
 - L’auteur du contrat, *in* Le contrat d’adhésion : Perspectives franco-québécoises, Colloque du 19 octobre 2017, Université de Montréal, à paraître.
- WITTMANN (V.), La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d’un équilibre contractuel, *D.* 2012, 301.
- WITZ (C.), L’obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l’exemple de la convention de Vienne sur la vente internationale, *LPA* 2002, n° 232, p. 50.
- ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), La notion d’économie du contrat en droit privé : *JCP G* 2001, I, 300.

5. NOTES, CONCLUSIONS, RAPPORTS ET OBSERVATIONS SOUS JURISPRUDENCE

ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE :

- **Art. L. 420-2 C. consom.**
 - Com. 12 octobre 1993, B. IV n° 337.
 - Com. 16 déc. 1997 Bull. civ. IV, n° 337.
 - CA Paris, 4 juin 2002 n° *JurisData* 2002-246492.

- Com. 3 mars 2004, *LPA* 27 juin 2005, n° 126, p. 5, obs. BACCICHETTI (E.), DOM (J.-Ph.).
- Com. 16 déc. 2008, n° 08-13.423, Inédit.
- Com. 12 févr. 2013, *RDC* 2013, n° 3, p. 988, obs. GRIMALDI (C.).
- CA Paris, Pôle 5, ch 4, 18 mars 2015, n° 12/21497, Inédit.
- CA Paris, Pôle 5, ch 4, 6 mai 2015, n° 13/01886, Inédit.
- Com. 6 oct. 2015, n° 14-13.176, Inédit.
- CA Paris, 14 oct. 2015, n° 2014/14035, numéro JurisData 2015-024366.
- Com. 8 mars 2016, n° 14-25.718, 232, Inédit, numéro JurisData 2016-004269.
- CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 12 mai 2016, n° 14/22005, Inédit.

- **Art. L. 442-6, I, 2 ° b) C. com. Anc. :**
 - Com. 23 oct. 2007 n° 06-14981 Inédit.
 - Com. 29 janv. 2008 n° 07-13778, Publié au bulletin.
 - Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008 n° 07-15823 Publié au bulletin.
 - Com. 2 déc. 2008 n° 08-10731 Publié au bulletin.
 - Com. 16 déc. 2008 n° 08-13423 Inédit.

- **Art. 1143 C. civ. — Art. 1113 C. civ. Anc.**
 - Req., 27 avril 1887, *DP* 1888, 1, 263.
 - CA Paris 27 sept. 1977, *D.* 1978, p. 690, note SOULEAU (H.).
 - Com. 20 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 212, *RTDciv.* 1984, p. 709, obs. MESTRE (J.).
 - Com. 21 févr. 1995, *RTD civ.* 1996, 391, note MESTRE (J.).
 - CA Paris, 12 janv. 2000, *D.* 2001, p. 2067, note FADEUILHE (P.).
 - Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *LPA* 22 nov. 2000, n° 233, p. 18, note SZAMES (S.).
 - Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, 1862, obs. CHAZAL (J.-P.).
 - Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, *D.* 2015, 432, obs. BARBIER (H.).
 - Civ. 3^e 8 oct. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n° 1, p. 11, obs. GÉNICON (Th.).
 - CA Versailles 16 déc. 2014, *Cahiers sociaux*, 1^{er} mars 2015, n° 272, p. 153, obs. LOISEAU (G.).
 - Civ. 1^{ère} 4 févr. 2015, n° 14-10.920, *CCE* 2015, comm. 33, obs. LOISEAU (G.).
 - Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, *RDC* 2015, n° 3 p. 445, obs. SAVAUX (E.).
 - CA Aix en Pce, Ch. 2, 16 juillet 2015, n° 2015/241, numéro JurisData 2015-017521.

- Civ. 3^e 4 mai 2016, n° 15-12454, *LPA*, 19 oct. 2016, n° 209, p. 6, note LEQUETTE (S.).

CADUCITÉ :

- Com. 27 avr. 1971, n° 69-10843 Publié au Bulletin.
- Com. 5 nov. 1971, *D.* 1972, 353, obs. GHESTIN (J.).
- Com. 20 oct. 1975, n° 74-12.238, Bull. civ. IV, n° 233.
- Com. 30 juin 1980, n° 79-10.632 : Bull. civ. IV, n° 281.
- Com. 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 371, *CCC* 1994, n° 22, obs. LEVENEUR (L.).
- Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1994, n° 92-18.633.
- Cass. 1^{re} civ. 21 mars 1995, n° 93-12.375.
- Civ. 1^{ère}, 23 janv. 1996, *LPA* 9 sept. 1996, p. 7, n° 14, note SCOLASTIQUE (E.).
- Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13972 Bull. civ. I, n° 54.
- Civ. 3^e, 13 oct. 1999, n° 97-21.682, *JCP* 2000. I. 237, obs. ROCHFELD (J.).
- Com. 12 juin 2001, *RTD civ.* 2002, p. 96, obs. MESTRE (J.), FAGES (B.).
- Com. 15 nov. 2005, pourvoi n° 04-16.416, n° 1436 F-P+B, Bull. civ. IV, n° 227, *RTD com.* 2006, p. 204, obs. MARTIN-SERF (A.).
- Com. 15 nov. 2005, pourvoi n° 04-16.41, n° 1436 F-P+B, Bull. civ. IV, n° 227, *D.* 2005, AJ p. 3012, obs. LIENHARD (A.).
- Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2006, n° 04-13204, Bull. civ. I, n° 393, *RDC* 2007, p. 253, obs. LAITHIER (Y.-M.).
- Civ. 3^e, 22 nov. 2006, Bull. Civ. III, n° 229, Numéro JurisData : 2006-036047.
- Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, *Defrénois* 2009, art. 38 916, n° 11, obs. LIBCHABER (R.).
- Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, *RDC* 2009/1, 49, obs. MAZEAUD (D.).
- Civ. 3^e 25 janv. 2011, pourvoi n° 09-17454, Inédit.
- Com. 1^{er} févr. 2011, n° 09-73.000, *D.* 2011. 509, obs. DELPECH (X.).
- Civ. 1^{re} 7 juin 2011, n° 10-17772 Numéro JurisData : 2011-011184.
- Civ. 3^e, 12 févr. 2013, n° 11-22453 et n° 11-23972.
- Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, JurisData n° 2014-005362, *JCP G* 2014, 1116, obs. GHESTIN (J.).
- Civ. 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-20498, Inédit, *RDC* 2016, n° 1, p. 11, obs. GÉNICON (Th.).
- Com. 8 Mars 2016, n° 14-18.609, Inédit, Numéro JurisData : 2016-004373.

CAUSE :

- **Cause (existence de la contrepartie) :**
 - Civ. 3^e, 8 mai 1974, n° 73-10.820, Bull. civ. III, n° 188, *D.* 1975, p. 305, obs. LARROUMET (Ch.).
 - Civ. 3^e 16 nov. 1977, Bull. civ. III, n° 391, p. 298.
 - Com. 5 oct. 1981, Bull. civ. IV, n° 340, p. 270 ; *Gaz. Pal.*, 1982, pan. p. 68.
 - Civ. 1^{ère} 22 juill. 1986, Bull. civ., I, n° 213, p. 204.
 - Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1986, n° 85-11396 : Bull. civ. I, n° 301, *RTD civ.* 1987, p. 750, obs. MESTRE (J.).
 - Com. 30 juin 1987 Bull. civ. IV, n° 163, p. 122.
 - Civ. 1^{ère} 6 déc. 1989, n° 88-10.197.
 - Com. 17 mai 1988, pourvoi n° 87-10.115.
 - Civ. 3^e 31 janv. 1990, n° 88-16.104.
 - Civ. 3^e, 3 mars 1993, *JCP* 1994. I. 3744, obs. FABRE-MAGNAN (M.).
 - T. com. Basse-Terre, 17 mars 1993, *D.* 1993. 449, note DIENIER (P.).
 - Soc. 8 avr. 1993, n° 1371, P+F.
 - Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, n° 92-21193 : Bull. civ. I, n° 29.
 - Com. 27 juin 1995, n° 93-18.698.
 - Com. 5 janv. 1966, Bull. civ., IV, n° 6, p. 6.
 - Civ. 1^{ère} 16 avr. 1996, *D.* 1996 p. 584, obs. DAGORNE-LABBE (Y.).
 - Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n° 94-14800, *D.* 1997. 500, obs. REIGNÉ (Ph.).
 - Com. 14 oct. 1997, *Defrénois*, 1998, n° 17, p. 1040, obs. MAZEAUD (D.).
 - Com. 11 janv. 2000, n° 96-18.594.
 - Civ. 1^{ère} 7 mars 2000, n° 97-18.095.
 - Com. 24 sept. 2002, n° 00-16245, n° 00-17503 et n° 00-16-16408.
 - Civ. 1^{ère} 3 déc. 2002, n° 00-11264.
 - Com. 8 févr. 2005, *RDC* 2005, n° 3, p. 684, obs. MAZEAUD (D.).
 - Com. 28 mars 2006, n° 04-14260.
 - Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2006, n° 04-13204, Bull. civ. I, n° 393, *RDC* 2007, p. 253, obs. LAITHIER (Y.-M.).
 - Com. 27 mars 2007, *RTD civ.* 2009, 719, obs. FAGES (B.).
 - Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *RTD civ.* 2009, 118, obs. FAGES (B.).
 - Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *Defrénois* 2009, art. 38 916, n° 11, obs. LIBCHABER (R.).

- Com. 9 juin 2009, n° 08-11.420 : JurisData n° 2009-048750, *RDC* 2009, p. 1345, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 9 juin 2009, n° 08-11.420 : JurisData n° 2009-048750, *RTD civ.* 2009, p. 719, obs. FAGES (B.).
- Com. 14 sept. 2010, *BJS*, 2010, n° 12, p. 960, obs. LE CANNU (P.).
- Civ. 1^{re} 15 déc. 2010, *RTD civ.* 2011, 165, GRIMALDI (M.).
- Com. 28 janv. 2014 n° 12-28913 non publié au bulletin.
- Com. 23 oct. 2012, *D.* 2013, p. 686, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 23 oct. 2012, *Dr. et patr.* 2013, n° 226, obs. AYNÈS (L.), STOFFEL MUNCK (P.).
- Com. 23 oct. 2012, *RTD civ.* 2013, n° 1 p. 112, obs. FAGES (B.).
- Soc. 10 avr. 2013, *JCP S* 2013, act. 197, obs. DAUXERRE (L.).
- Civ. 1^{re}, 29 janv. 2014, *RTD civ.* 2014, 426, obs. GRIMALDI (M.).
- Com. 18 mars 2014, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3, p. 345, obs. LAITHIER (Y.-M.).
- Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, JurisData n° 2014-005362, *JCP G* 2014, 1116, obs. GHESTIN (J.).
- Com. 24 juin 2014, *AJCA* 2014, 280, obs. DUBARRY (J.).
- Civ. 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-20498, Inédit, *RDC* 2016, n° 1, p. 11, obs. GÉNICON (Th.).
- Com. 24 nov. 2015, n° 14-19685, *Gaz. Pal.* 2016, n° 5, p. 59, obs. MOULIN (J.-M.).
- Com. 24 nov. 2015, n° 14-19685, *BJS* mars 2016, n° 114t0, p. 137, note LE CANU (P.).
- T. com. Paris, 19^e ch., 4 oct. 2017, n° 2017025630, SARL SL Bois-Colombes et a c/SAS PSD, *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, n° 1, p. 32, obs. HOUTCIEFF (D.).

• **Cause (illicite) :**

- Civ. 1^{re}, 4 déc. 1956, *JCP* 1957, II, 10 008, obs. MAZEAUD (J.).
- Civ. 1^{re} 7 oct. 1998, *D.* 1999, p. 110, obs. DELEBECQUE (Ph.).
- Civ. 1^{re} 12 juill. 1989, *D.* 1991, p. 320, obs. AUBERT (J.-L.).
- Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359 P, *D.* 1998. 563, obs. SAINTE ROSE (J.).
- Civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 1^{er} déc. 2014, n° 11, p. 1, obs. SABARD (O.).

- **Ensemble contractuel indivisible et cause :**

- Civ. 1^{re} civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *D.* 2006, pan., p. 2642, obs. AMRANI-MEKKI (S.).

CLAUSE COMPROMISSOIRE :

- Civ. 1^{re}, 7 mai 1963, Gosset, *JCP* 1963, II, 13 405, obs. GOLDMAN (B.).

CLAUSE D'ARBITRAGE :

- Civ. 2^e 4. Avr. 2002, *Barbot c/Bouygues Bâtiment*, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (1^{ère} esp.), obs. DIDIER (P.).
- Com. 9 avr. 2002, *Toulousy c/Philan*, *Rev. arb.* 2003, p. 103 (2^e esp.), obs. DIDIER (P.).

CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ :

- Civ. 3^e, 4 mai 2006, *D.* 2006. AJ. 1454, obs. ROUQUET (Y.).

CLAUSE DE « LEASE-BACK » :

- Civ. 3^e, 24 sept. 2002, *AJDI* 2002. 851, obs. BEAUGENDRE (S.).

CLAUSE D'INDEXATION :

- Civ. 3^e, 15 févr. 1972, *D.* 1973. 417, obs. GHESTIN (J.).
- Cass. 3^e civ., 15 févr. 1972, n° 70-13.280 : *Bull. civ.* 1972, III n° 100 ; *JCP G* 1972, II, 17 094, obs. LÉVY (J.-Ph.).
- Civ. 3^e, 17 juill. 1972, *D.* 1973. 238, obs. MALAURIE (Ph.).
- Cass. 1^{ère} civ., 18 juin 1980 : *Defrénois* 1981, art. 32 599, obs. BRAULT (J.-L.).
- Civ. 1^{ère}, 7 mars 1984 : *Bull. civ.* I, n° 91, *RTD civ.* 1985. 174, obs. MESTRE (J.).
- Cass. 3^e civ., 18 déc. 1985, n° 84-15.827, *Schmidt c/Miler* : *JurisData* n° 1985-703450 ; *Bull. civ.* 1985, III, n° 168 ; *Rev. loyers* 1986, p. 381.
- TGI Paris, 5 janv. 2010, *AJDI* 2010. 460, obs. DUMONT-LEFRAND (M.-P.).
- TGI Paris, 27 mai 2010, *AJDI* 2010, 930, obs. BLATTER (J.-P.).
- TGI Paris, 13 janv. 2011, *Gaz. Pal.* 2011, p. 1981, obs. BARBIER (J.-D.), DE PEYRONNET (T.).
- CA Aix-en-Provence, 11^e ch. A, 15 mars 2013, n° 11/06632, *Sté Hermès International c/Sté EK Boutique*.

- CA Versailles, 12e ch., 10 mars 2015, n° 13/08116, SAS Septam Protection c/SCI ABCM, SA Centre de documentation et SA ICM (appel TGI Nanterre, 17 oct. 2013, 8e ch.) : JurisData n° 2015-006847, *Loyers et Copropriété* n° 11, novembre 2015, comm. 225, obs. BRAULT (P.-H.).
- TGI Saint-Denis de la Réunion, 18 mars 2011, *Loyers et copr.* obs. BRAULT (P.-H.).
- TGI Paris, 8 nov. 2011, RG n° 09/03794, *Administrer* févr. 2012, p. 31, obs. BARBIER (J.-D.).
- TGI Paris, 1er déc. 2011, *AJDI* 2011. chron. 910, obs. BLATTER (J.-P.).
- Paris, 4 avr. 2012, n° 10/23391, *AJDI* 2012. 424, obs. LOREAU (N.), BONNEMAY-ISRAËL (J.).
- CA Paris 3 avr. 2013, n° 11/14299, *AJDI* 2013. 51, obs. PLANCKEEL (F.).
- Cass. ch. mixte 17 mai 2013, *D.* 2013, 1658, obs. MAZEAUD (D.).
- Cass. 3e civ., 3 déc. 2014, n° 13-25034, *Gaz. Pal.* 12 avr. 2015, n° 104, p. 20, obs. BRAULT (C. E.).
- CAA Paris, 10 juill. 2015, *Contrats Marchés publi.* 2015, n° 10, comm. 239, obs. HOEPFFNER (H.).
- Cass. 3e civ., 14 janv. 2016, n° 14-24681, PB, *RDC* 2016, n° 2, p. 258, obs. BOFFA (R.).
- CA Paris, 20 janv. 2016, RG n° 13/17680, *AJDI* 2016. 360, obs. PLANCKEEL (F.), obs. ANTONIUTTI (A.).
- Cass. 3e civ., 9 févr. 2017, no 15-28691 *Gaz. Pal.* 14 mars 2017, n° 11, p. 65, obs. BRAULT (C. E.).

• **Clause de capage :**

- Paris, 20 janv. 2016, RG n° 13/17680, 1^{re} espèce.

CLAUSE LIMITATIVE DE RESPONSABILITÉ :

- Civ. 3e, 12 juill. 2000, Bull. civ. III, n° 137, *D.* 2000. AJ. 337, obs. ROUQUET (Y.).
- Civ. 3e, 13 juin 2001, Bull. civ. III, n° 78, *D.* 2001. Somm. 3524, obs. ROZÈS (L.).
- Com. 30 mai 2006, *RTD com.* 2007, p. 224, note BOULOC (B.).
- Com. 13 juin 2006, *D.* 2006, 1680, obs. DELPECH (X.).
- Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007, 654, obs. DELPECH (X.).
- Com. 5 juin 2007 *JCP G* 2007, 11, 10 145, obs. HOUTCIEFF (D.).

- Com. com. 18 déc. 2007, *D.* 2007, p. 154, obs. DELPECH (X.).
- Com. 4 mars 2008, n° 07-11790, *RDC* 2008, n° 3, p. 750, note VINEY (G.).
- Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009 : *RDC* 2009, n° 4, p. 1426, obs. FENOUILLET (D.).
- Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2481, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 29 juin 2010, *RDC* 2011, n° 1 p. 34, obs. SAVAUX (E.).
- Com. 29 juin 2010, *D.* 2010, 2485, obs. GÉNICON (Th.).
- Civ. 3^e, 23 mai 2013, *D.* 2013, p. 2142, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 3 déc. 2013, *RDC* 2014, p. 176, obs. GÉNICON (Th.).
- CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453.
- CA Angers, Ch. commercial, Section A, 2 déc. 2014, n° 13/00373 Numéro JurisData : 2014-032694.
- Com. 8 avr. 2015, n° 13-28001.
- **Clause de non-recours :**
 - Cass. Req. 19 janv. 1863, *D.P.* 1863, 1 p. 248
 - Com. 24 mai 1994, n° 92-18953, *CCC* 1994, com. 192, obs. LEVENEUR (L.).

CLAUSE PÉNALE :

- Civ. 3^e 21 mai 2008, pourvoi n° 07-12848, *RDC* 2008, n° 4, p. 1257, obs. SEUBE (J.-B.).

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTES (Art. L. 442-6 C. coom.) :

- Com. 3 mars 2009 n° 07-16527, *Gaz. Pal.* 2009, n° 206, p. 11, obs. MORDEFROY (L.).

CONTRAT-CADRE :

- Com. 26 mars 1996, *D.* n° 93-16849, *CCC* 1996, n° 136, obs. LEVENEUR (L.).
- Com. 11 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n° 165, p. 142, *CCC* nov. 1996, p. 9, obs. LEVENEUR (L.).
- Com. 22 oct. 1996, *CCC* 1997, comm. n° 24, obs. LEVENEUR (L.).
- Com. 19 nov. 1996, n° 1705D, *RJDA* 3/97, n° 306, p. 201
- Com. 3 déc. 1996, n° 1912D, *RJDA* 3/97, n° 304 à 306, p. 201
- Com. 21 janv. 1997, *D.* n° 94-2034, *D.* 1997, p. 415, obs. JAMIN (Ch.).

- Com. 18 nov. 1997, *LPA* 6 juill. 1998, p. 19, obs. MAULAURIE-VIGNAL (M.).
- Com. 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71, p. 55, pourvoi n° 95-21906

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX :

- Civ. 3^{ème} 6 mars 1996, *JCP G* 1996, I, 3958, n° 1, obs. JAMIN (Ch.).
- Soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, p. 645, note MARGUÉNAUD (J.-P.).
- Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, *RTD civ.* 2005, p. 133, n° 1, obs. MESTRE (J.), FAGES (B.).
- Civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 05-14.774 ; Bull. civ. III, n° 140, *D.* 2006, 2887, note ATIAS (C.).
- CEDH, 1^{er} déc. 2009, *Velcéa et Mazare c. Roumanie*, *RDC* 2010, p. 981, note MARGUÉNAUD (J.-P.).

DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF :

• **Art. L. 212-1 C. consom. :**

- Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, pourvoi n° 07-15226, *LEDC*, janvier 2009, p. 2, obs. DESHAYES (O.).
- Civ. 1^{ère}, 8 janv. 2009, pourvoi n° 06-17630, *LEDC* mars 2009, p. 7, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.).
- CJUE 14 mars 2013 aff. C—415/11, *Aziz c/Catalunyacaixa*, *RTD eur.* 2013. 559, note AUBERT DE VINCELLES (C.).
- Civ. 3^{ème} 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *RDI* 2016, 290, note BOUBLI (B.).

• **Art. L. 442-6, I, 2° C. com. :**

- Com. 8 juill. 2008, *D.* 2008 p. 3046, obs. BANDRAC (M.).
- T. com. Lille, 6 janv. 2010, *RDC* 2010, n° 3, p. 928, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- Nîmes, 25 février 2010.
- Nîmes, 2^e ch. B, 25 févr. 2010, *Min. écon. c/SAS Carrefour France*.
- Cons. const., 13 janv. 2011, *LPA* 13 avr. 2011, n° 73, p. 17, obs. DADOUN (A.).
- Paris, Pôle 5 Chambre 5, 24 mars 2011.
- Cons. constit. 13 mai 2011, *Dalloz actualité*, 24 mai 2011, obs. CHEVRIER (E.).
- T. com. Lille, 7 sept. 2011, *D.* 2012, 577, obs. FERRIER (D.).

- CEDH 17 janv. 2012, *GALEC c. France*, *RDC* 2012, n° 3 p. 963, note MARGÉNAUD (J.-P.).
- T. com. Meaux, 24 janv. 2012, *D.* 2014, 893, obs. FERRIER (D.).
- Lyon, ch. civ. 1^{re}, A, 10 mai 2012, n° 10/08302.
- Nancy, 2^e ch. civ, 31 mai 2012, n° 09/2012.
- T. com Paris, 7 juin 2012, n° 10/1024
- Douai, ch. 2, section 1, 13 sept. 2012 n° 12/02832.
- Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 octobre 2012.
- Rouen, Chambre civile 1, 12 décembre 2012, n° 12/01200.
- T. com. Évry, 7 févr. 2013, *RDC* 2013, n° 3, p. 979, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- Lyon, ch. civ. 1^{ère}, A, 16 mai 2013, n° 11/07152.
- Paris, 23 mai 2013, *CCC* 2013, n° 208, obs. MATHEY (N.).
- Paris, Pôle 5, Chambre 11, 7 juin 2013, n° 11/08674, obs. FOURGOUX (J.-L.).
- CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12/07651, *EMC Distribution c/Min. Économie* : *JurisData* n° 2013-015022.
- Com. 10 sept. 2013, *Rev. Lamy de la concurrence* 2014, t. 38, p. 48 et s. obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- CA Paris 11 sept. 2013, *RDC* 2014, n° 2, p. 231, note BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- Paris, 11 sept. 2013, *D.* 2014, 893, note FERRIER (D.).
- Paris, Pôle 5 ch. 4, 18 déc. 2013, *CCC*, n° 3, mars 2014, p. 6 4, obs. MATHEY (N.).
- Com. 21 janv. 2014, *RDC* 1^{er} sept. 2014, n° 3 p. 415, note BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- CA Aix-en-Provence, 13 février 2014, n° 12/21625.
- CA Lyon, 13 mars 2014, n° 12/06585.
- CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453.
- CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427.
- T. com. Paris 20 mai 2014, *RDC* 1^{er} déc. 2014, n° 4 p. 672, note BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- T. com. Paris 20 mai 2014, *AJCA* 2014, p. 243, obs. CONSTANTIN (L.).
- CA Grenoble 3 juill. 2014, *AJCA* 2014, 288, obs. LECOURT (A.).
- CA Paris 1^{er} oct. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n° 1, p. 67, note BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- Com. 3 mars 2015 n° 13-27525, *RDC* 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 523, note BEHAR-TOUCHAIS (M.).

- Com. 3 mars 2015, *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 3 avr. 2015, n° 4, p. 1, obs. LEBLOND (N.).
- Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, et Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *CCC* 5 mai 2015, comm. 15, obs. MATHEY (N.).
- Com. 3 mars 2015, *D.* 2015, p. 1021, note BUY (F.).
- Com. 3 mars 2015, *Lettre de la distribution* avr. 2015, obs. ERÉSÉO (N.).
- CA Paris, pôle 2, ch. 2, 6 mars 2015, n° 13/20879, Laurent X c/Sté Parfip France, *CCE* 2015, comm. 41, obs. LOISEAU (G.).
- T. com Paris, 7^e ch. 7 mai 2015, n° j2015000040, Expedia. T. com. Paris 29 nov. 2016, RG n° 2 014 027 403.
- Com. 27 mai 2015, 14-11387, ministre de l'Économie C/Le GALEC.
- CA Aix-en-Provence, 11^e ch. B, 10 mars 2016, n° 2016/140 : JurisData n° 2016-008150, *CCC* n° 6, Juin 2016, comm. 141, obs. MALAURIE-VIGNAL (M.).
- T. com. Paris, 7 mai 2015, Min. de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique c/Expedia Inc et a. *CCE* n° 7, juill. 2015, comm. 58, obs. LOISEAU (G.).
- CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786.
- Cass. 1^{re} civ. 6 juill. 2016, *Gaz. Pal.* 2016, n° 40, p. 34, obs. BENSAUDE (D.).
- CA Paris, 6 sept. 2016, n° 15/21026, *RDC* 1^{er} mars 2017, n° 1, p. 86, obs. GRIMALDI (C.).
- Com. 18 oct. 2016, *L'Essentiel Droit des contrats*, 2017, n° 1, p. 3, obs. CAFFIN-MOI (M.).
- Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/Min. Éco. : JurisData n° 2017-000899, *JCP G*, n° 10, 6 mars 2017, doctr. 255, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Galec SAC c/Min. Éco. : JurisData n° 2017-000899, *JCP E* n° 10, 9 mars 2017, 1135, obs. LE GAC-PECH (S.).
- Com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050, JurisData n° 2017-001815, *BJS* mai 2017, n° 5, p. 324, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- CA Paris, 22 févr. 2017, n° 16/17924.
- Com. 29 mars 2017, n° 15-17.659, 15-24.241 et 15-27.811, *RTD civ.* 2017. 722, obs. THÉRY (P.).
- Com. 11 mai 2017, n° 14-29717, FS-PBRI, *BJS*, 1^{er} juill. 2017, n° 7-8, p. 455, obs. GRIMALDI (C.).
- CA Paris Pôle 5 - Chambre 3, 17 mai 2017, n° 16/18042.
- Com. 24 mai 2017, n° 15-18484.

Bibliographie

- CA Paris 21 juin 2017, 15/18784, *Gaz. Pal.* 2017, n° 30, p. 21, obs. JACOMINO (F.).
- CA Paris, pôle 5, ch. 4, 27 sept. 2017, n° 16/00671, *AJCA* 2017, p. 535, obs. ERÉSÉO (N.).
- CA Paris, 11 octobre 2017, n° 15/03313, *La lettre des réseaux*, 7 nov. 2017, obs. DOISY (M.).
- Com. 18 oct. 2017, 16-18864, Publié au bulletin, obs. G. Parléani, *AJ contrat* 2018, p. 31, obs. PARLÉANI (G.).
- Civ. 3^e 15 févr. 2018 17-11.329 (n° 171 FS-P+B+I).
- Com. 21 mars 2018, FS-P+B+I, n° 16-28.412, *Dalloz actualité*, 4 avr. 2018, obs. MÉLIN (F.).

DOL :

- Soc. 30 mai 1947, S. 1949. 1. 24.
- Civ. 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 198.
- Com. 8 mars 1965, Bull. civ. n° 173, p. 147.
- Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1969, n° 67-11387, *D.* 1969, p. 601, obs. MAZEAUD (J.).
- Cass. 1^{re} civ. 22 oct. 1975, n° 74-13217, Bull. civ. I, n° 290, *D.* 1976, p. 151, obs. MAZEAUD (J.).
- Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, *JCP* 2003, I, n° 170, obs. LOISEAU (G.).
- Com. 8 févr. 2005, pourvoi n° 01-17.097.
- Civ. 3^e, 22 juin 2005, *LPA* 17 oct. 2006, n° 207, p. 16, obs. CHARDEAUX (M.-A.).
- Civ. 3^e 6 juin 2012, *RDC* 2012, p. 1180, obs. GÉNICON (Th.).
- CA Paris, 11 mars 2014, n° 13/11938.
- CA Douai, 3 juillet 2014, n° 13/04060.
- CA Paris, 11 septembre 2014, n° 12/19041.
- Com. 12 mai 2015, *Bull. Joly* 1^{er} juill. 2015, n° 7-08, p. 333, BRIGNON (B.).
- Com. 30 mars 2016, n° 14-23866, *RDC* 2016, n° 4, p. 652, GÉNICON (Th.).

ERREUR :

- **Erreur sur la cause :**
- Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *JCP* 1996, I, 3914, n° 1, obs. FABRE-MAGNAN (M.).

- **Erreur sur la rentabilité économique :**

- CA Paris 11 sept. 1990, *D.* 1991, p. 161, obs. TOURNAFOND (O.).
- Civ. 1^{re}, 13 févr. 2001, Lucas c/Villa, *RTD Civ.* 2001 p. 352, obs. MESTRE (J.).
- Civ. 2^e, 8 oct. 2009, *RDC* 2010, 39, obs. GÉNICON (Th.).
- Com. 4 oct. 2011, *D.* 2011, 3052, obs. DISSAUX (N.).
- Com. 12 juin 2012, *D.* 2013, 391, obs. AMRANI-MEKKI (S.).
- Com. 12 juin 2012, *D.* 2012, 2079, obs. DISSAUX (N.).

- **Erreur sur les motifs :**

- Civ. 3 août 1942, 1943, 18 DA.
- Com. 4 juill. 1973, Bull. civ. IV, n° 238, *D.* 1974 538, obs. GHESTIN (J.).
- Com. 6 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 182.
- CA Versailles, 26 mai 2000, 1^{er} ch. 2^e section, *D.* 2000. 197.
- Civ. 3^e, 24 avr. 2003, *D.* 2004, p. 450, note CHASSAGNARD (S.).
- Com. 30 mai 2006, n° 04-15.356, F-D, Berthe c/Gozet, *Juris-Data* n° 2006-033836, *CCC* n° 11, nov. 2006, comm. 24, obs. LEVENEUR (L.).
- Com. 11 avr. 2012, n° 11-15429, Mme X c/Sté Lixxbail, PB, *EDCO*, 01/06/2012, n° 6, p. 5, obs. CAFFIN-MOI (M.).
- Cass. Civ. 2^e 18 avr. 2013, n° 12-20269, *EDAS* 03/06/2013, n° 06, p. 6, obs. LEROY (M.).

- **Erreur sur les qualités essentielles :**

- Cass. com 1^{er} oct. 1991, *D.* 1992, 190, obs. VIRASSAMY (G.).
- Com. 10 nov. 2015, n° 14-11370, *LPA* 18 juin 2016, n° 114, p. 16, obs. JACOMINO (F.).

ENSEMBLE CONTRACTUEL INDIVISIBLE :

- Com. 3 oct. 1977, *Rép. Defrénois*, 1978, p. 862.
- Ch. mixte., 23 novembre 1990, pourvois n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, Bull. 1990, Ch. mixte, n° 1 et 2, *RTD com.* 1991, 441, obs. BOULOC (B.).
- Com. 22 mai 1991, pourvoi n° 89-21.578, Bull. 1991, IV, n° 169.
- Com. 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.621, Bull. 1993, IV, n° 327.
- Civ. 3^e 11 mars 1992, Bull. civ. III, n° 79.

- Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1994, *JCP G* 1994, I, 3809, obs. VINEY (G.).
- Com. 4 avr. 1995, *D.* 1995, somm., p. 231, obs. AYNÈS (L.).
- Com. 28 mai 1996, n° 94-11.766.
- Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998. 32, obs. AYNÈS (L.).
- CA Aix-en-Provence, 13 févr. 1998, *JCP E* 1999, p. 216, n° 10, obs. SEUBE (J.-B.).
- Com. 15 juin 1999, n° 97-12.093.
- Com. 15 févr. 2000, *Defrénois*, 2000, p. 1118, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 15 févr. 2000, *LPA*, 29 déc. 2000, n° 260, p. 12, obs. MEILAHIC-REDON (G.), MARMOZ (F.).
- Com. 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-17.822.
- Com. 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-19.679.
- Cass. Civ. 1^{re} 3 avr. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 96.
- Com. 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.330.
- Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2005, p. 1864, obs. TOSI (J.-P.).
- Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, *Defrénois* 2006, art. 38 431, obs. AUBERT (J.-L.).
- Com. 24 avr. 2007, *RDC* 2008, p. 276, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 5 juin 2007, *D.* 2007.1723, obs. DELPECH (X.).
- Com. 5 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 156, CP 2007, II, 10 184, obs. SERINET (Y.-M.).
- Com. 18 déc. 2007, *JCP* 2008, I, 136, obs. MEKKI (M.).
- Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, n° 06-19.339, Publié au Bulletin, Numéro JurisData : 2008-043126.
- Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, n° 07-10.786 Numéro JurisData : 2008-044144.
- Civ. 1^{re}, 28 oct. 2010, *D.* 2011, p. 566, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-15.992.
- Civ. 1^{re}, 3 avr. 2011, n° 98-18.476, *Bull. civ.* I, n° 94 ; *RTD civ.* 2002. 96, obs. MESTRE (J.), FAGES (B.).
- Civ. 3^e 6 déc. 2011, *RDC* 2012, n° 2, p. 518, obs. SEUBE (J.-B.).
- Cass. ch. mixte 17 mai 2013, *RDC* 1^{er} oct. 2013, n° 4, p. 1331, obs. LAITHIER (Y.-M.).
- Cass. ch. mixte 17 mai 2013, *RTD com.* 2013, 569, obs. LEGAIS (D.).
- CA Douai, 2e Chambre, 1re section, 24 Octobre 2013, n° 11/07358.
- Com. 4 nov. 2014 n° 13-24270, PB, obs. SEUBE (J.-B.).
- Com. 16 sept. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n° 1, p. 58, obs. SEUBE (J.-B.).
- Com. 23 sept. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n° 1, p. 36, obs. LATINA (M.).

- Com. 21 oct. 2014, *RDC* 31 mars 2015, n° 1, p. 40, obs. HUET (J.).
- Com. 4 nov. 2014, n° 13-24.270 : JurisData n° 2014-026529, *D.* 2015, p. 529, obs. AMRANI-MEKKI (S.), MEKKI (M.).
- Com. 9 déc. 2014, n° 13-24807, *RDC* 15 juin 2015, n° 2, p. 268.
- Cass. 1^{re} civ. 10 sept. 2015 (n° 14-13658 et n° 14-17772), *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 6 octobre 2015 n° 9, p. 1, obs. LATINA (M.).
- Civ. 1^{re}, 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *Dalloz IP/IT* 2016. 36, obs. DALEAU (J.).
- Civ. 1^{re}, 28 oct. 2015, *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 7 déc. 2015, n° 11, p. 4, obs. GUERLIN (G.).
- CA Douai 16 févr. 2017 15/06647.
- CA Bastia 22 févr. 2017 14/00878, ch. civile A.
- CA Bourges 23 février 2017, n° 16/00429.
- CA Versailles 2 mars 2017 14/06139.
- Com. 12 juill. 2017, n° 15-27.703 — n° 15-23.552, *RDC* 2017, n° 4, p. 11, obs. GÉNICON (Th.).
- Cass. ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21345.
- **Art. L. 341-1 C. com. :**
- Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *AJDA* 2015. 1570.

ENTENTE :

- Com. 26 mai et 18 févr. 1992, *D.* 1993, 57, note HANNOUN (C.).
- Com. 4 nov. 2014, n° 12-25419.

ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ ET DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL :

- **Difficultés insurmontables :**
- Versailles, 15 juin 2006 : BICC 2006, no 2175, *Gaz. Pal.* 9-11 juill. 2006, p. 17 ; *RJDA* 2006, n° 1152.
- Colmar, 26 sept. 2006 : *Gaz. Pal.* 20-21 juill. 2007, p. 24, obs. Lebel.
- Com. 26 juin 2007 Fraimout, *Rev. proc. coll.* 2006. 225.

• **Période suspecte :**

- Versailles, 30 sept. 1993 : *Dr. sociétés* 1994, n° 29, obs. Chaput.
- Com. 10 déc. 2002 : *RJDA* 2003, n° 521 ; *Rev. proc. coll.* 2004. 71, obs. Blanc.
- Orléans, 28 avr. 2005 : *RJDA* 2005, n° 1132.
- Soc. 22 sept. 2011, *Cahiers sociaux*, 1^{er} nov. 2011, n° 235, p. 281, obs. PANSIER (F.-J.).
- Com. 27 mai 2014, n° 13-15.540, F-D, Sté Le Kangourou, *BJS* 2014. 522, note Mouial-Bassilana (E.).

FIXATION UNILATÉRALE DU PRIX :

- Civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-21.161, Bull. civ. I, n° 313 ; *D.* 1997. 263 ; *RTD civ.* 1998. 372, obs. MESTRE (J.).
- Com. 12 mai 2004, *RDC* 2004, n° 4 p. 943, STOFFEL-MUNCK (Ph.).

• **Abus :**

- Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *D.* 1995, 122, obs. AYNÈS (L.).
- Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *JCP* 1995, II, 22 371, obs. GHESTIN (J.).
- Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, *RTD civ.* 1995, 358, MESTRE (J.).
- Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, (4 arrêts), *JCP* 1996, II, 22 565, concl. Jéol., obs. GHESTIN (J.).
- CA Versailles, 27 janv. 2000, *BRDA* 10/00, p. 7.
- Paris, 25e ch. A, 19 mai 2000, SA Alcatel Réseaux d'entreprises Île-de-France c/SARL Fryma, inédit, note J. Mestre et B. Fages, *RTD civ.* 2000. 570, obs. MESTRE (J.), FAGES (B).
- Com. 15 janv. 2002, France Motors c/Nodée ; M. Dumas, prés. ; Mme Mouillard, conseiller réf. Rapporteur ; Me Choucroy et SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez av., *CCE* n° 4, avril 2002, comm. 61, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.).
- Com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026, F-D, Sté française de gastronomie (FdG) et Sté Camargo c/Sté Larzul, *RDC* 15 juin 2015, n° 2 p. 233, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.).

IMPRÉVISION :

- Civ. 6 mars 1876, *De Galiffet c. Commune de Pélissanne* : *D.* 1876. 193, obs. GIBOULOT (A.).

- CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Leb.* 1916, p. 125.
- CE, 31 oct. 1944, Delagueau, *Leb.* P. 643.
- Com. 18 déc. 1979, *RTD civ.* 1980, 780, obs. CORNU (G.).
- Civ. 1^{re} 25 mai 1983, Bull. civ. I, n° 158.
- Civ. 1^{re} 18 mai 1989, Bull. civ. I, n° 250.
- Com. 3 nov. 1992, *D.* 1995, 85, obs. FERRIER (D.).
- Com. 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993, 124, obs. MESTRE (J.).
- Civ. 1^{re} 9 mars 1994, Bull. civ. I, n° 91, *JCP* 1994, I, 3771, note sous VINEY (G.).
- Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, Bull. civ., I, n° 54, *D.* 1995, p. 327, obs. PAISANT (G.).
- Civ. 1^{re} 10 février 1998, *D.* 1998, p. 539, obs. MAZEAUD (D.).
- Com. 24 nov. 1998, *RTD civ.* 1999, 98, obs. MESTRE (J.).
- Com. 24 nov. 1998, *JCP* 1999, II, 12 210, obs. PICOD (Y.).
- CA Pau 1^{er} ch. 26 juin 2002, *JurisData* n° 2002-184822.
- Civ. 1^{re} 6 nov. 2002, *CCC* 2003, n° 53, obs. LEVENEUR (L.).
- Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *RDC* 2004/3, 642, obs. MAZEAUD (D.).
- CA Nancy, 26 sept. 2007 n° 2073/07. *RTD civ.* 2008. 295, FAGES (B.).
- Civ. belge, 1^{ère} ch., 19 juin 2009, *RDC* 2011, n° 3 p. 963, obs. PHILIPPE (D.).
- Com. 29 juin 2010, *PA* 2010, n° 256 p. 7, obs. CHONÉ (A.-S.).
- CAA Paris, 10 juill. 2015, *Contrats Marchés publi.* 2015, n° 10, comm. 239, obs. HOEPFFNER (H.).
- Com. 21 juin 2016, n° 15-10.029, inédit, *RTD civ.* 2016, 611, obs. BARBIER (H.).

Clause de renégociation :

- Com. 3 oct. 2006, n° 04-13.214 n° 1143 FS-D, *D.* 2007, 765, obs. D. MAZEAUD.
- CA Angers 27 janv. 2004, *CCE* nov. 2004, comm. 145, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.).

INTERDICTION DE REVENTE HORS RÉSEAU :

- Com. 13 sept. 2017, n° 16-15.067, F-D, *Dalloz IP/IT* 2017, 665, obs. LEMAY (P.).
- CJUE 6 déc. 2017, aff. C 230/16, *AJCA* 2018, p. 34, note BUY (F.), RODA (J.-Ch.).

MOTIVATION :

• **Contrôle de la motivation :**

- Com. juill. 2002, no 01-12685, Sté Opel France c/SARL Automobile France Finance et a., *RDC* 2003, n° 1, p. 152, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- Com. nov. 2004, n° 02-17919, Société Manitou c/CMG, *RDC* 2005, n° 4, p. 1130, obs. BEHAR-TOUCHAIS (M.).
- CA Colmar, 29 mars 2017, n° 15/04156 : JurisData n° 2017-006738.

MUTUUS DISSENSUS :

- Cass. Civ. 27 juill. 1892, DP 1892, 1, 462.
- Cass. Civ. 3^e, 9 déc. 1981, *Gaz. Pal.* 1983, 1, doc., p. 215, obs. DUPICHOT (J.).
- Cass. Com. 30 nov. 1983, Bull. civ. IV, n° 337, p. 291, *RTD civ.* 1985, p. 166, obs. MESTRE (J.).
- Cass. Soc. 16 oct. 1997, Bull. Civ. V, n° 321, p. 232.
- Cass. Soc. 31 mars 1998, Bull. civ., V, n° 189, p. 138 et 139.
- Cass. Soc. 6 janv. 1999, pourvoir n° 96-44.278.
- Cass. Soc. 21 janv. 2003, Bull. civ., V, n° 11, pp.10-11, *Dr. Soc.* 2003, p. 547 et 548, obs. COUTURIER (G.).
- Cass. Soc. 2 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 308, pp. 309-311.

NULLITÉ :

• **Nullité amiable :**

- Cass. 3e civ., 17 févr. 1999, n° 97-13.683 et n° 97-15.703, inédit.
- Cass. 3e civ., 13 avr. 2005, n° 04-10.774, JurisData n° 2005-028073.

• **Nullité partielle :**

- Civ. 3 mai 1863, *S.* 1864, I, 269.
- Civ. 7 juill. 1868, *S.* 1868.I.435, DP 1868. I. 446.

• **Restitutions :**

- Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Defrénois*, 2003, n° 3, p. 185, note AUBERT (J.-L.).
- Com. 10 sept. 2013, *Rev. Lamy de la concurrence* 2014, t. 38, p. 48 et s., note BEHAR-TOUCHAIS (M.).

• **Absence de révision judiciaire de la clause annulée :**

- CJUE, 30 mai 2013, aff. C—488/11, Dirk Frederik : *JurisData* n° 2013-012577.

OBLIGATION DE BONNE FOI ET ÉQUILIBRE DU CONTRAT :

- Com. 19 déc. 1989, *RTD civ.* 1990, p. 649, obs. MESTRE (J.).
- Com. 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993, 124, obs. MESTRE (J.).
- Com. 17 juin 1997, *RTD com.* 1997, 662, obs. CABRILLAC (M.).
- Com. 8 oct. 2002, *LPA* 18 juill. 2003, n° 143, p. 12, obs. BRENNER (C.).
- Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007 p. 2839, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.).
- Civ. 3^e, 21 mars 2012, *RDC* 1^{er} juill. 2012, n° 3 p. 763, obs. LAITHIER (Y.-M.).
- Civ. 3^e, 26 mars 2013, *RDC* 1^{er} juill. 2013, n° 3, p. 888, obs. LAITHIER (Y.-M.).
- Cass. 3e civ., 15 déc. 2016, n° 15-22844 obs. J.-B. Seube, *RDC* 1^{er} mars 2017, n° 1, p. 69, obs. SEUBE (J.-B.).
- Cass. com., 15 mars 2017, no 15-16406, F-D, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.).

OBLIGATION D'INFORMATION :

- **Obligation de conseil :**

- Civ. 1^{re} 28 oct. 2010, *D.* 2010, 2580, obs. DELPECH (X.).
- Civ. 1^{re}, 11 déc. 2013, n° 12-23.372.
- Civ. 1^{re} 3 déc. 2014, *CCC* 2015, n° 56, obs. LEVENEUR (L.).

OBLIGATION ESSENTIELLE :

- Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203, FS-P+B, *Gaz. Pal.* 12 janv. 2012, p. 17, obs. HOUTCIEFF (D.).

OFFICE DU JUGE :

- Civ. 2^e 4 nov. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, Somm. 464, obs. CROZE et MOREL.
- Civ. 1^{re} 22 avr. 1997, *JCP* 1997, II, 22 944, obs. BOLARD (G.).
- Civ. 1^{re} 15 févr. 2000, *Bull. I*, n° 4.
- Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 2003, *Bull. I*, n° 367.
- Cass. ass. plén. 21 déc. 2007, *JCP* 2008 II, 10 006, *D.* 2008, chron. p. 1102, obs. WEILLER (L.).

ORDRE PUBLIC DE DIRECTION — ORDRE PUBLIC DE DIRECTION :

- Civ. 3^e 1^{er} oct. 2008, *RDC* 2009, n° 1, p. 165, obs. SEUBE (J.-B.).
- Cass. Ch. Mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, P + B + R + I. *JurisData* n° 2017-003187, *Constr.-urb.* n° 4, Avril 2017, repère 4, obs. PÉRINET-MARQUET (H.).
- Cass. Ch. Mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, P + B + R + I, *D.* 2017, 793, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.).
- Cass. Ch. Mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, P + B + R + I, *RTD civ.* 2017, 377, obs. BARBIER (H.).

RÉFÉRÉ :

- **Poursuite contrainte du contrat :**
- Com. 21 mars 1984, n° 82-12347 : *Bull. civ. IV*, n° 115.
- Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 99-18576 *Bull. civ. I*, n° 286.
- Com. 28 nov. 2006, n° 04-20734 : *Bull. civ. IV*, n° 234.

RÉPUTÉ NON ÉCRIT :

- **Droit des assurances :**
- Civ. 1^{re} 20 mars 1984, *RGAT* 1984, 420, note BIGOT (J.).
- Civ. 1^{re} 19 déc. 1990, *JCP* 1991·I, 3778, note VINEY (G.).
- Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990 (7 arrêts), *RTD civ.* 1991, p. 325, obs. MESTRE (J.).
- Civ. 3^e, 17 juin 1992, *RGAT* 1992. 568, note PÉRINET-MARQUET (H.).
- Civ. 1^{re} 13 juin 1995, *RGDA* 1996, p. 158, BIGOT (J.).
- Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1997, n° 94-17.061, n° 94-20.060 : *JurisData* n° 1997-005773 ; *JCP G* 1998, II, 10 018, obs. SARGOS (P.).
- CA Amiens, Chambre civile 1, 30 oct. 2015, n° 14/01525.
- Cass. 3^e civ., 26 nov. 2015, n° 14-25.761, P+B : *JurisData* n° 2015-026362.
- **Effets :**
- Cass. 3^e civ. 30 janvier 2008, *D.* 2008. 486, obs. ROUQUET (Y.).
- Civ. 3^e 10 juill. 2013, n° 12-14.569 (n° 907 FS-P+B+I), *D.* 2013, 1897 obs. ROUQUET (Y.).
- **Imprescriptibilité :**
- Civ. 3^e 11 janv. 1983, *Bull. civ. III*, n° 10, *D.* 1983, IR, 465, obs. GIVERDON (C.).

- Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, Bull. civ. III, n° 69, *JCP* 1988, II, 21 028, note BLAISSE (A.).
- Civ. 3^e, 9 mars 1988, Bull. civ. III, n° 54, *D.* 1989, 143, note ATIAS (C.).
- Civ. 3^e, 23 janv. 2008, n° 06-19.129, Bull. civ. III, n° 11, *RTD civ.* 2008, p. 292, note FAGES (B.).
- Civ. 3^e 7 mai 2008, *D.* 2008. 1413, obs. ROUQUET (Y.).
- **Office du juge :**
- Civ. 1^{re} 14 mai 1991, *D.* 1991, 449, obs. GHESTIN (J.).
- CA Paris 4 mars 1997, *Loyers et copro*, 1997, comm. 138, obs. VIAL-PEDROLETTI (B.).
- CJCE, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98 ; *Océano Grupo Editorial SA c/Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/José M. Sanchez Alcon Prades et a. JCP G*, n° 15, 11 avr. 2001, II, 10 513, obs. CARBALO, FIDALGO (M.), PAISANT (G.).
- Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002, *D.* 2003. Jur. 549, note GOUT (O.).
- Civ. 3^e, 21 juin 2006, *D.* 2006. *Pan.* 2764, obs. CAPOULADE (P.).
- CJCE 4 oct. 2007, *Rampion*, *JCP G* 2008. II. 10 031, note PAISANT (G.).
- CJCE 4 juin 2009 n° C -243/08, *Pannon*, *RDC* 2009, p. 1467, obs. AUBERT DE VINCELLES (C.).
- CJCE 26 oct. 2009 n° C -168/05, *Mostaza Claro*, *RTDciv.* 2007 p. 633, obs. THÉRY (P.).
- Civ. 3e, 28 avr. 2011, FS-P+B, n° 10-14.298, *Actu Dalloz*. 27 mai 2011, obs. CHENU (P.).
- CJUE 14 juin 2012, aff. n° C -618/10.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698, F-P+B, *CCC* juill. 2016, comm. 176, note BERNHEIM-DESVAUX (S.).
- Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2016, no 15-20621, *Gaz. Pal.* 3 avr. 2017, n° 14, p. 22, obs. PIÉDEVLIÈVRE (S.).
- Civ. 1^{ère} civ. 3 novembre 2016, n° 15-20.621 (n° 1227 F-P+B), *RTD Civ.* 2017 p. 129, obs. BARBIER (H.).
- Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, FS-P+B+R+I, n° 16-13.050, Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, FS-P+B+I, n° 15-27.231, *AJCA*, 2017, p. 278, obs. BRIGNON (B.).
- **Déséquilibre significatif :**
- Paris, pôle 5, ch. 4, 18 mai 2016, n° 14/12584, SARL Lylou c/SAS Opti'mom, *Juris-Data* n° 2016-011263, *RTD civ.* 2016, 852, BARBIER (H.).

RÉSILIATION :

- Com. 3 mars 2004, n° 02-12.905 : *JurisData* n° 2004-022751 ; Bull. civ. IV, n° 42, *RTD. civ.* 2004, p. 525, obs. GAUTIER (P.-Y.).

RÉSOLUTION :

- Civ. 1^{re} 13 oct. 1998, n° 96-21485, *D.* 1999, 197, obs. JAMIN (Ch.).
- **Clause résolutoire :**
- CA Paris, 14 déc. 2016, n° 14/14207, *RDC*, 1^{er} juin 2017, n° 2, p. 292, obs. GRIMALDI (C.).

RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES (Art. L. 442-6 I 5° C. com.) :

- Com. 10 novembre 2009, Sociétés Carrefour hypermarchés et Interdis, pourvoi n° 08-18337, *LPA* 16 mars 2010, n° 53, p. 13, obs. DUMONT-LEFRAND (M.-P.).
- CA Paris 4 oct. 2012 RG n° 11/17783.
- CA Grenoble, ch. com. 4 oct. 2012 n° 12/02110.
- T. com. Pontoise, 2 février 2012, n° 2009F00281.
- Com. 3 avr. 2013 n° 11-13.527 : *JurisData* n° 2012-006422.
- Com. 16 déc. 2014, *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 5 février 2015, n° 2, p.1, obs. LEBLOND (N.).

SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT :

- CA Versailles, 1^{er} ch., 2^e sect. 8 juill. 1994, *RTD civ.* 1995, 97, obs. MESTRE (J.).
- Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n° 15-27580, PBRI, *RDC* 1^{er} juin 2017, n° 2, p. 724, obs. SEUBE (J.-B.).

Décision et Avis de l'Autorité de la concurrence

- Cons. conc. n° 93-D-21 du 8 juin 1993.
- Cons. conc. n° 06-D-44 du 18 juin 1996.
- Cons. conc. n° 01-D-49 du 31 août 2001.

- Cons. conc. n° 03-D-11, 21 févr. 2003, *CCC* 2003, comm. 108, obs. G. Decocq.
- Cons. conc. n° 03-D-42 du 18 août 2003, *BOCCRF* 17 déc. 2003, point 46.
- Cons. conc. n° 06-D-10 du 12 mai 2006.
- Cons. conc. n° 06-D-17 du 22 juin 2006.
- Cons. conc. 20 janv. 2009, n° 09-D-02.
- Aut. conc. n° 10-D-08 du 3 mars 2010.
- Aut. conc., n° 10-A-26 du 7 déc. 2010.
- Aut. conc. n° 12-D-11 du 6 avr. 2011.
- Aut. conc. n° 14-D-08 du 24 juill. 2014, *AJD* 1^{er} août 2014, note Constantin (L).
- Aut. conc. n° 15-D-02 du 26 févr. 2015 relative au respect, par le GIE « *Les Indépendants* », des engagements pris dans la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-29 du 6 octobre 2006.
- Aut. conc. n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.
- Décision n° 16 – DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

Avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales

- Avis n° 04-06 relatif à certaines pratiques dans le secteur de la distribution alimentaire.
- Avis n° 14-02, 23 janv. 2014 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive.
- Avis n° 15-03, 22 janvier 2015 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création de site internet.
- Avis n° 15-01, 23 févr. 2015 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité avec l'article. L442-6-I 1° et 2° du code de commerce.
- Avis n° 15-08, 26 mars 2015, relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la place des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat.

- Avis n° 15-21, 21 mai 2015, relatif à une demande d’avis d’un professionnel concernant l’application de l’article L442-6 du code de commerce au secteur d’activité du conseil aux entreprises.
- Avis n° 16-3 du 14 janvier 2016, relatif à une demande d’avis portant sur les pratiques contractuelles de deux sociétés en matière d’équipement de publipostage.
- Avis n° 16-4 du 14 janv. 2016 relatif à une demande d’avis d’une société sur l’existence d’un délai légal de transmission de nouveaux tarifs à ses clients.
- Avis n° 16-10, 12 mai 2016, relatif à une demande d’avis d’un professionnel sur l’emploi de la langue française dans les documents.
- Avis n° 16-17 du 22 sept. 2016, relatif à une demande d’avis d’une fédération professionnelle sur l’application de la clause de renégociation tarifaire.
- Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l’initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales année par année du 1^{er} janvier 2013 au mois de décembre 2016. Documents établis par la Faculté de droit de Montpellier et disponibles sur le site internet du ministre de l’Économie. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2016_dgccrf.pdf

Indicateurs internationaux

- Index de sécurité juridique, Travail réalisé sous la direction de Bruno Deffains et Catherine Kessedjian. <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/Rapport-ISJ-Juin-2015.pdf>
- Classement *Doing Business* réalisé par la Banque Mondiale. <http://français.doingbusiness.org>

Rapports

- Rapport *Vautrin et Gaubert* AN n° 3322, déposé en application de l’article 145-7 du règlement par la Commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie, 6 avr. 2011. <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3322.asp>
- Rapport intitulé « La prudence et l’autorité — L’office du juge au XXI^e siècle » de la mission confiée par Mme la garde des Sceaux à l’Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) — avr. 2013.
- Rapport au président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février

2016 : JO 11 févr. 2016.

– Rapport d'étape du Haut comité juridique de la place financière de Paris, mars 2017 : « Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats ».

Propositions de directives, résolutions, rapports, communications et documents de travail de la Commission européenne

- Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « *Think small first* » : Priorité aux PME, Un « *Small Business Act* » pour l'Europe, 25 juin 2008, COM (2008) 394 final, qui mentionne la nécessité pour les PME de se défendre contre les pratiques commerciales déloyales (VII).
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, une chaîne d'approvisionnement plus performante en Europe, 28 oct. 2009, COM (2009) 591 final.
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exercice de surveillance du commerce et de la distribution « Vers un marché intérieur plus efficace et plus équitable du commerce et de la distribution à l'horizon 2020 », 5 juill. 2010, COM (2010) 355 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « *Small Business Act* » pour l'Europe, 23 février 2011, COM (2011) 78 final, n° 3.1.1.
- Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, « ensemble pour une nouvelle croissance », 13 avr. 2011, COM (2011) 206 final, n° 2.
- Rapport du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable (2010/2109 (INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, 5 juill. 2011, n° 35.
- Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, 15 juill. 2014, p. 13.

Bibliographie

- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janv. 2016.
- Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065 [INI]).
- *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain*, 2018/0082 (COD), 12 avr. 2018

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION OBJECTIVE DES DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS	28
TITRE 1 : L'OBJECTIVATION DES CRITÈRES D'IDENTIFICATION DES DÉSÉQUILIBRES.....	30
Chapitre 1 : Le recul de la volonté subjective des parties au profit de l'économie générale du contrat	31
Section 1 : L'objectivation des vices du consentement	33
§ 1. L'erreur sur la rentabilité économique.....	33
I. L'erreur sur la valeur	34
A. L'erreur sur la valeur appréciée sous le prisme de la contrepartie illusoire ou dérisoire.....	35
B. L'erreur sur les qualités essentielles à l'origine d'une erreur sur la valeur.	39
II. L'erreur substantielle sur la rentabilité économique.....	43
A. L'erreur substantielle sur la rentabilité économique spontanée.....	43
1. Une notion prometteuse et utile.....	43
2. La consécration de l'erreur objective dans l'ordonnance du 10 février 2016.....	46
a. L'approche européenne objective de l'erreur sur les qualités essentielles	46
b. Le maintien de la jurisprudence relative à l'erreur sur la rentabilité économique sous l'empire du nouveau Code civil	48
β. L'identification impossible d'une catégorie de conventions destinées à réaliser un gain.....	51
χ. Une erreur objective caractérisée par un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties	52
B. L'erreur provoquée	55
1. L'appréciation souple du caractère déterminant de la réticence dolosive	55
2. L'appréciation objective de l'intention dolosive.....	57
a. L'obligation d'information précontractuelle	57

α. Le traitement jurisprudentiel de l'obligation d'information précontractuelle.....	58
β. Le traitement de l'obligation précontractuelle d'information par l'ordonnance du 10 février 2016.....	59
b. L'intention objectivée.....	63
§ 2. La violence économique	65
I. Un vice du consentement entre pratique anticoncurrentielle et pratique restrictive de concurrence	66
A. L'abus de dépendance économique en droit de la concurrence.....	66
1. L'abus de dépendance économique en droit des pratiques restrictives de concurrence.....	66
2. L'abus de dépendance économique : une pratique anticoncurrentielle qui peine à être caractérisée.....	68
a. L'abus d'une situation de dépendance économique	69
b. L'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence 74	
B. L'apposition des critères concurrentiels au vice de violence	76
II. Un vice du consentement de nature atypique.....	80
A. Les conditions relatives à la victime de la violence.....	80
1. L'état de dépendance.....	80
a. L'abus de dépendance économique dans les relations de travail	81
b. L'abus de dépendance économique dans les contrats passés entre professionnels	85
α. La caractérisation d'un état de dépendance à l'échelle du marché	86
β. Le nouvel essor de l'état de dépendance des travailleurs indépendants	87
χ. L'abus de dépendance économique d'une entreprise en difficulté.....	89
2. Le caractère déterminant	91
B. Les conditions relatives à l'auteur de la violence	92
1. L'abus de l'état de dépendance	92
2. L'avantage manifestement excessif.....	95
a. L'avantage manifestement excessif tiré de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique.....	96

b. L'avantage manifestement excessif tiré de la menace de l'exercice d'une voie de droit	97
Section 2 : L'objectivation des ensembles contractuels indivisibles	101
§1. La contrepartie convenue et les ensembles contractuels indivisibles	101
I. Le critère objectif.....	102
II. Le critère subjectif.....	104
§2. L'interdépendance contractuelle objective	105
I. Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière	106
A. La reconnaissance affirmée de l'indivisibilité conventionnelle des ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière.....	106
1. Les incertitudes jurisprudentielles.....	106
2. Les critères objectifs de l'indivisibilité conventionnelle posés par la Cour de cassation.....	107
a. Les critères issus des arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013	107
b. Des critères objectifs rigides favorisant un équilibre contractuel désincarné	110
α. L'absence de prise en compte du devoir de coopération entre les parties	110
β. L'anéantissement de la liberté des parties d'aménager les effets de la caducité produite par suite de la résiliation d'un contrat appartenant à l'opération d'ensemble.....	114
B. La reconnaissance de l'indivisibilité conventionnelle en dehors des ensembles contractuels qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière.....	118
1. L'indivisibilité conventionnelle des opérations incluant un crédit affecté	118
2. L'indivisibilité conventionnelle des contrats de ventes financés par un crédit-bail mobilier	120
II. L'indivisibilité contractuelle dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.....	123
A. Les éléments caractéristiques objectifs de l'indivisibilité contractuelle...	123

1. L'exécution impossible	124
2. Le caractère déterminant du consentement de l'exécution du contrat disparu	125
B. La nécessaire connaissance de l'opération d'ensemble	127
1. Un critère subjectif inadapté.....	128
2. L'indivisibilité contractuelle légale objective des réseaux de distribution commerciale.....	130
CONCLUSION DU CHAPITRE	133
Chapitre 2 : La généralisation du déséquilibre significatif.....	134
Section 1 : Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce).....	135
§1. La filiation consumériste affichée du déséquilibre significatif.....	135
§2. L'identité distinctive du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.....	139
I. Le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce	139
A. Le champ d'application <i>ratione personae</i>	139
B. Le champ d'application <i>ratione materiae</i>	143
II. Les conditions de mise en œuvre du déséquilibre significatif.....	149
A. La mise en œuvre du déséquilibre significatif dans le domaine de la grande distribution	149
1. La soumission ou tentative de soumission analysée sous le prisme du pouvoir de négociation	150
a. L'analyse préalable de la structure du marché	150
b. L'anéantissement de la négociation	152
α. L'analyse de la convention récapitulative	153
β. L'inversion de la charge de la preuve de la négociation effective dans les rapports commerciaux caricaturalement déséquilibrés	155
2. L'absence de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie.....	157
a. Le défaut de réciprocité ou de commutativité quantitative ou qualitative de l'obligation mise à la charge d'une partie	157

α. Les clauses qui mettent à la charge du fournisseur une obligation dépourvue de contrepartie.....	158
β. Les clauses par lesquelles une partie s’octroie une prérogative contractuelle dépourvue de réciprocité	160
b. L’appréciation du déséquilibre significatif à l’échelle du contrat...	161
α. L’appréciation globale <i>in concreto</i> du déséquilibre	162
β. L’ébauche d’une typologie des clauses caractérisant la présence d’un déséquilibre significatif.....	163
B. Le déséquilibre significatif en dehors de la grande distribution	167
1. L’exclusion majoritaire de l’article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en dehors de la grande distribution	167
2. L’application du déséquilibre significatif dans les contrats faisant intervenir des plateformes de réservation en ligne.....	170
Section 2 : Le déséquilibre significatif de droit commun	172
§1. L’unité formelle des déséquilibres significatifs	173
I. Les inspirations textuelles	173
A. La genèse du texte.....	173
1. Les origines du texte en droit interne	173
2. Les origines du texte en droit européen.....	176
B. Le champ d’application du déséquilibre significatif de droit commun : le contrat d’adhésion.....	178
1. La renonciation à la référence aux conditions générales par la loi portant ratification de l’ordonnance du 10 février 2016.....	179
2. La définition du contrat d’adhésion issue de la loi portant ratification de l’ordonnance du 10 février 2016	183
α. Un ensemble de clauses déterminées à l’avance par l’une des parties	183
β. Le caractère non négociable de l’ensemble de clauses.....	186
II. Les objectifs poursuivis par l’article 1171	189
A. La convergence des dispositifs de droit spécial vers un principe général de droit commun de protection des cocontractants.....	190
1. L’exemple du droit des assurances.....	190
2. L’exemple des baux commerciaux.....	193

B. Le renouvellement du débat théorique sur la protection du faible	194
1. Une protection justifiée par la moralité contractuelle	194
a. La justification morale de la protection	194
b. La justice sociale et la protection de la partie faible	196
c. Le solidarisme contractuel : synthèse des fondements moraux et sociaux de la protection de la partie faible.....	198
2. La justification économique de la protection de la partie faible	200
a. L'exemple du droit des pratiques restrictives de concurrence	200
b. La protection objective de la partie faible par le droit des contrats	202
§2. Le risque de perte de lisibilité du dispositif de protection	205
I. Le morcellement des déséquilibres significatifs	206
A. Les divergences de lecture de la notion en droit des pratiques restrictives et en droit commun	206
B. La difficulté de combler le vide juridique laissé par la suppression de la cause.....	208
II. Les conflits d'application du droit commun et spécial des contrats en matière de déséquilibre significatif.....	210
A. L'incomplétude de la règle de conflit proposée.....	210
B. Le principe d'antinomie des règles spéciales et générales appliqué au déséquilibre significatif.....	213
CONCLUSION DU CHAPITRE	220
Conclusion du Titre 1.....	223
TITRE 2 : LE SPECTRE DE LA « CAUSE ».....	225
Chapitre 1 : Le contrôle de l'existence de la contrepartie	227
Section 1 : La contrepartie illusoire ou dérisoire	229
§1. La contrepartie convenue dans les contrats à titre onéreux	229
I. Les contrats synallagmatiques	229
A. Les contrats commutatifs	229
1. L'équilibre subjectivement déterminé.....	230
a. De la cause objective à la cause subjective	230
b. Une contrepartie convenue objectivement identifiée	232
2. L'équilibre objectivement contrôlé	233
a. La contrepartie dérisoire	234

b. La contrepartie illusoire.....	237
c. L'économie du contrat entendue comme la fonction économique de la convention.....	240
B. Les contrats aléatoires	242
II. Les contrats unilatéraux à titre onéreux	244
§2. La contrepartie convenue dans les contrats à titre gratuit.....	245
I. L'inadaptation de la contrepartie convenue.....	245
II. L'erreur sur les motifs.....	247
Section 2 : L'obligation essentielle du débiteur.....	251
§1. L'obligation essentielle du débiteur et la contrepartie convenue.....	252
I. Une notion plurielle	252
A. L'obligation objectivement essentielle	253
B. L'obligation subjectivement essentielle	255
II. La proximité fonctionnelle avec la contrepartie convenue	257
A. Contrats typiques et contrats atypiques.....	257
B. L'identification objective de l'obligation subjectivement essentielle.....	261
§2. L'obligation essentielle : un outil ciblé de contrôle de l'équilibre contractuel	264
I. Les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur .	264
A. Le manquement à l'obligation essentielle.....	265
B. La clause ayant pour effet de priver de sa substance l'obligation essentielle	267
1. La substance de l'obligation essentielle	268
2. Les effets produits par la clause	269
a. Les critères objectifs retenus par les juges dans l'analyse des effets	269
b. La typologie des clauses susceptibles de vider de leur substance l'obligation essentielle du débiteur	273
II. La pertinence du dispositif.....	282
A. La cohabitation des articles 1170 et 1171 du Code civil	282
1. La confusion des dispositifs	283
a. La confusion des dispositifs dans le droit commun des contrats.....	283
b. La confusion des dispositifs en droit des pratiques restrictives	284
2. La hiérarchie implicite des dispositifs.....	286
B. La pertinence du mécanisme dans le contexte des relations d'affaires.....	288

1. L'utilité économique invoquée des clauses d'aménagement des risques.....	288
2. La remise en cause du dispositif de contrôle des clauses limitatives de responsabilité en droit allemand.....	290
a. La validité des clauses limitatives de responsabilité lorsque le rédacteur du contrat garde intérêt à bien exécuter le contrat et que la somme plafonnant l'indemnisation due ressort clairement du contrat ..	291
b. L'identification d'un seuil basé sur la valeur du contrat à partir duquel les contrats entre entreprises échapperaient au contrôle judiciaire.....	292
c. Le maintien du contrôle judiciaire en présence de relations marquées par un déséquilibre économique considérable	293
CONCLUSION DU CHAPITRE	294
Chapitre 2 : Le contrôle de l'équilibre du contrat sous le prisme de sa licéité	296
Section 1 : Les dispositifs de contrôle de la licéité du contrat.....	297
§1. Le contenu illicite du contrat	297
I. Un outil de convergence des fonctions de l'objet et de la cause	299
A. Contenu et objet du contrat	299
B. Contenu et « cause » du contrat.....	302
II. Une notion-cadre plus adaptée à l'évolution de notre droit	304
§2. Le but illicite du contrat.....	306
I. L'acception objective du but du contrat	307
II. Le but illicite du contrat et l'interprétation du contrat par ses effets	308
Section 2 : La construction d'un ordre public de protection tourné vers la sanction des déséquilibres	312
§1. L'ordre public de protection : outil privilégié de la sanction des déséquilibres	313
I. L'ordre public et les autres formes d'illicéité.....	313
A. L'ordre public et les bonnes mœurs.....	313
B. L'ordre public et les droits et libertés fondamentaux.....	318
II. La distinction traditionnelle entre ordre public de direction et de protection	322
A. L'enchevêtrement des intérêts en présence.....	322
1. L'étude du phénomène d'enchevêtrement des intérêts en présence en droit commun	322

2. L'étude du phénomène d'enchevêtrement des intérêts en présence en droit des pratiques restrictives	326
3. La lecture commune des effets produits par l'ordre public économique	329
B. La nécessité d'une lecture finaliste de la règle de droit	330
§2. Le renouveau de l'ordre public de protection consacré par l'ordonnance du 10 février 2016	334
I. La consécration maladroite de l'ordre public de protection	334
A. L'ambiguïté formelle de la place conférée à l'ordre public	335
B. L'incohérence substantielle du champ d'application de l'ordre public dans la réforme	341
II. La présence d'un ordre public économique de protection décloisonné	342
A. L'accroissement de l'ordre public économique	343
B. Des mesures protectrices concentrées sur le modèle d'un contrat d'adhésion objectif	345
1. Le caractère catégoriel de l'ordre public de protection contemporain	346
2. L'émergence d'un contrat d'adhésion objectif	347
3. Un ordre public de protection prescriptif	349
CONCLUSION DU CHAPITRE	355
Conclusion du Titre 2	357
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	358
SECONDE PARTIE : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS	361
TITRE 1 : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS À L'ÉCHELLE DES PARTIES	362
Chapitre 1 : La disparition de tout ou partie du contrat déséquilibré	364
Section 1 : La nullité du contrat	365
§1. La nullité partielle	365
I. L'objectivation de la nullité partielle	365
A. La détermination subjective de l'étendue de la nullité fondée sur la théorie volontariste	366

B. La consécration légale d'une approche objective du caractère déterminant de l'engagement affecté par la cause de nullité	369
1. Le principe général de détermination de la nullité fondé sur une lecture objectivée du caractère déterminant de l'engagement.....	369
2. Un garde-fou instauré par l'article 1184 alinéa 2.....	371
II. Une sanction insuffisante à assurer la rationalisation du traitement des déséquilibres contractuels	374
§2. Le réputé non écrit	376
I. Le contenu de la notion	376
A. Le réputé non écrit et la nullité partielle	376
B. Un remède autonome exclusivement objectif.....	381
II. Les modalités de mise en œuvre du réputé non écrit	384
A. Les personnes susceptibles de réputer la clause non écrite.....	384
1. Le rôle du juge en matière de clause réputée non écrite	384
a. Un contrôle judiciaire limité au constat du caractère non écrit de la clause.....	384
b. Le renforcement de l'office du juge en matière de clauses abusives	388
α. Le devoir de requalification du juge.....	389
β. La finalité de la règle d'ordre public mobilisée.....	390
2. Le rôle des parties aux contrats et des tiers titulaires d'un intérêt à agir	395
a. Une action soumise à la seule exigence d'un intérêt à agir.....	395
b. L'intérêt d'une action de groupe généralisée.....	398
α. L'action de groupe issue de la loi du 17 mars 2014	398
β. L'absence de représentation collective en justice des professionnels victimes de déséquilibres contractuels.....	399
B. L'imprescriptibilité du réputé non écrit	404
1. L'assimilation des effets du réputé non écrit à ceux de l'inexistence	407
2. La question spécifique des restitutions.....	409
Section 2 : La caducité du contrat.....	410
§1. La caducité d'un contrat isolé dont un élément essentiel disparaît.....	411

I. L'identification objective des éléments essentiels.....	412
A. La caducité du contrat provoqué par le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie.....	413
1. Les oppositions à la caducité du contrat par suite de la disparition de la cause avant et après la réforme.....	413
2. La promotion d'une acception objective de la contrepartie convenue	416
B. La disparition de la prestation	418
C. Les effets produits par la disparition d'un élément essentiel	421
1. La rétroactivité adaptable du remède de caducité	421
2. L'automaticité du remède de caducité.....	425
§2. La caducité du contrat appliquée aux ensembles contractuels.....	427
A. La caducité des ensembles contractuels indivisibles par la disparition d'un contrat	428
1. La disparition d'un contrat appartenant à l'ensemble contractuel indivisible	428
2. La poursuite impossible des contrats collatéraux.....	431
B. La caducité des ensembles contractuels indivisibles par la volonté des parties.....	435
1. L'indivisibilité implicite.....	435
2. L'indivisibilité subjective explicite	438
CONCLUSION DU CHAPITRE	441
Chapitre 2 : L'adaptation amiable du contrat déséquilibré.....	442
Section 1 : L'adaptation préventive du contrat	444
§1. Les clauses d'adaptation amiable du contrat	444
I. Un remède objectif aux déséquilibres contractuels	445
A. Les clauses d'adaptation automatique du prix	445
1. Les clauses d'indexation	446
a. L'exigence d'un indice de variation réaliste.....	446
b. L'exigence d'un indice de variation réciproque.....	448
2. Les clauses d'alignement.....	451
B. Les clauses de renégociation du prix.....	454
1. La clause de renégociation issue de la loi <i>Hamon</i>	454

a. Le champ d'application de l'article L. 441-8 du Code de commerce	455
b. La mise en œuvre de la clause de renégociation	456
2. Le recours à une procédure de médiation <i>ad hoc</i> en cas de litige ...	460
II. Le risque de détournement de l'objectif affiché au profit de la partie	
économiquement forte	462
A. La sanction de la pratique consistant à bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes	463
B. La sanction des déséquilibres contractuels induits par les clauses d'adaptation du prix sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce	465
§2. La liberté offerte par le législateur aux parties en matière de fixation unilatérale du prix	469
I. Le périmètre du mécanisme de fixation unilatérale du prix	469
A. La fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres.....	470
B. La fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service.	473
II. Un contrôle de la motivation favorisant les parties au détriment du juge.	476
A. Le contrôle traditionnel de l'abus dans la détermination unilatérale du prix	476
B. Le contrôle objectivé de la motivation dans la détermination unilatérale du prix	481
1. La définition de l'obligation de motivation.....	481
2. Les finalités de l'obligation de motivation.....	483
Section 2 : L'adaptation curative du contrat	487
§1. L'adaptation du contrat victime d'imprévision.....	488
I. L'adaptation amiable directe du contrat victime d'imprévision.....	489
A. La renégociation amiable du contrat victime d'imprévision	490
1. Les conditions de mise en œuvre de la procédure de révision pour imprévision.....	490
a. Le changement de circonstances imprévisible.....	490
b. L'exécution excessivement onéreuse.....	494
α. Le constat d'un bilan coût d'exécution/avantage négatif.....	494

β. L'exclusion du cas particulier pour lequel l'une des parties bénéficierait d'une augmentation de l'avantage tiré du contrat.....	497
c. Le défaut d'acceptation du risque par la partie qui s'en prévaut.....	499
α. L'identification objective des risques raisonnablement prévisibles..	499
β. Le recours à des clauses d'exclusion des risques non assumés	502
2. Une obligation de renégociation insuffisamment encadrée	504
a. L'apparence trompeuse d'un « droit à la renégociation ».....	504
b. Les modalités de la renégociation amiable.....	508
B. La résolution commune du contrat victime d'imprévision	511
1. La résolution commune : un remède inadapté.....	511
a. Une inexécution contractuelle inavérée en matière d'imprévision .	512
b. La nature insaisissable de la résolution « conventionnelle »	514
2. La révocation par <i>mutuus dissensus</i> : une sanction adaptée au contrat victime d'imprévision.....	516
II. L'adaptation déléguée du contrat victime d'imprévision.....	521
A. La distinction entre adaptation déléguée et révision judiciaire.....	522
B. Les modalités de mise en œuvre de la procédure d'adaptation.....	523
§2. La nécessité d'identifier une procédure spécifique d'adaptation du contrat....	526
I. Le juge d'appui du contrat (JAC)	527
II. Un juge du fond statuant en la forme des référés.....	528
CONCLUSION DU CHAPITRE	531
Conclusion du Titre 1.....	533
TITRE 2 : LES REMÈDES OBJECTIFS AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS À L'ÉCHELLE DU MARCHÉ	535
Chapitre 1 : La fonction normative du traitement des déséquilibres	536
Section 1 : La normativité des contrats d'affaires	538
§1. Du contrat à la norme.....	538
I. La dimension générale et abstraite du contrat.....	539
A. La dimension organisationnelle du contrat	539
B. « L'effet de réseau » des contrats de l'économie numérique	541
II. La multiplication des normes objectives dans la sphère contractuelle.....	543
§2. De la norme au standard de l'équilibre	546
I. Le phénomène de standardisation des contrats d'affaires	547

A. Le standard et la standardisation	547
1. La définition du standard	547
2. La définition de la standardisation	549
B. Les enjeux du phénomène	550
1. La promotion de l'efficacité économique	551
2. La promotion de l'attractivité du droit	552
II. Le standard de l'équilibre.....	554
A. La multiplication des standards juridiques relatifs au déséquilibre contractuel.....	554
B. Le déséquilibre significatif : un standard de référence possible	556
Section 2 : Les limites fonctionnelles de la standardisation contractuelle.....	560
§1. La lutte des pouvoirs privés économiques	560
I. Les acteurs de la lutte : les pouvoirs privés économiques.....	560
A. Le cas des opérateurs de plateforme	561
B. Le risque d'accaparement du droit par les opérateurs de plateforme.....	564
II. Les standards juridiques privés : des normes à part entière	565
A. L'intégration des standards juridiques privés dans le système juridique..	565
1. La requalification des conventions-standards	566
a. La stratégie d'« évitement juridique » des pouvoirs privés économiques	566
b. L'opération de requalification juridique des conventions-standards .	568
2. Les limites de l'opération de requalification	570
B. La mise en concurrence des normes.....	572
§2. La mise en œuvre d'un droit des pratiques restrictives harmonisé.....	575
I. L'identité des pratiques restrictives de concurrence et des pratiques commerciales déloyales	575
A. L'appréhension européenne des pratiques commerciales déloyales.....	575
B. L'appartenance des pratiques commerciales déloyales au champ du droit de la concurrence	578
II. Les obstacles à l'harmonisation future.....	582
A. La sectorisation des pratiques	582
B. La méthode utilisée pour sanctionner les pratiques déloyales	584
1. Le recours premier au droit souple	584
2. Le recours à terme au droit dur	586

CONCLUSION DU CHAPITRE	589
Chapitre 2 : La fonction régulatrice du traitement des déséquilibres	591
Section 1 : La régulation contractuelle du marché par le déséquilibre significatif....	593
§1. Les acteurs de la régulation.....	593
I. La CEPC : une instance de régulation aux attributions limitées	594
A. Une instance de régulation sectorisée	594
B. Des attributions limitées.....	597
II. Le ministre de l'Économie : un régulateur autonome ?	598
A. Une action autonome exorbitante en protection du marché.....	598
1. Le caractère autonome de l'action.....	598
2. La nature de l'action.....	600
3. Les prérogatives exorbitantes attachées à l'action du ministre	601
a. Les services d'investigation mis à la disposition du ministre	602
b. La tentative de rattachement de l'action du ministre à la matière répressive	603
B. Un dirigisme économique masqué	607
§2. L'intégration du droit des pratiques restrictives dans le champ du droit de la concurrence	610
I. La distinction entre restriction par les effets et restriction par objet.....	611
A. Les restrictions par les effets.....	611
B. Les restrictions par objet	613
II. L'application des restrictions par objet et par effet au droit des pratiques restrictives interne.....	616
A. La restriction par objet appliquée au droit des pratiques restrictives.....	616
B. La restriction par les effets appliquée aux pratiques restrictives	619
Section 2 : La régulation du marché par le contrat	621
§1. L'exacerbation du phénomène de contractualisation.....	621
I. La contractualisation contrainte de certains secteurs de l'économie	622
A. L'instauration d'un formalisme protecteur au stade de la négociation du contrat	623
1. La remise obligatoire d'une proposition écrite préalable.....	624
2. L'inversion prochaine du processus de construction des prix.....	625
B. L'instauration d'un formalisme protecteur au stade de la conclusion du contrat	627

1. La conclusion d'un contrat écrit dont les mentions obligatoires sont préalablement définies.....	628
2. Les obligations contractuelles précisées par un accord interprofessionnel	631
II. L'ébauche d'une figure archétypale du contrat d'affaires équilibré	632
A. Une architecture contractuelle positive imposée	633
B. Un contenu contractuel négatif prohibé	634
§2. Une définition renouvelée du contrat.....	635
I. Le « contrat complet ».....	636
II. Le « contrat équilibré »	638
A. Le repère cardinal du droit commun des contrats rénové	638
B. Le « droit en algorithme »	640
1. Les contrats intelligents.....	641
2. Le management contractuel.....	642
CONCLUSION DU CHAPITRE	647
Conclusion du Titre 2.....	649
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	650
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	652
INDEX	661
BIBLIOGRAPHIE.....	675
TABLE DES MATIÈRES	761