



HAL
open science

Esquisse d'une théorie sociale-libérale du consentement

Sébastien Pimont

► **To cite this version:**

Sébastien Pimont. Esquisse d'une théorie sociale-libérale du consentement. PoLar : PORTUGUESE LAW REVIEW, 2018, 2, pp.65 - 84. hal-02296413

HAL Id: hal-02296413

<https://sciencespo.hal.science/hal-02296413v1>

Submitted on 25 Sep 2019

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.

ESQUISSE D'UNE THÉORIE SOCIALE- LIBÉRALE DU CONSENTEMENT

PROPOSITIONS D'INTERPRÉTATION DE QUELQUES ARTICLES DU CODE CIVIL FRANÇAIS

Sébastien Pimont *

VERS OÙ PENCHE LE FLÉAU DE LA BALANCE ? — La réforme du droit français des contrats est le fruit d'un équilibre politique fragile. On pourrait, interrogeant ses inspirations, discuter des proportions de libéralisme juridique ou de solidarisme, de justice contractuelle ou de volontarisme qui le composent. A la recherche des moyens mobilisés par le législateur afin de protéger la partie faible, au stade de la formation du contrat, c'est-à-dire dans le Chapitre II (« la formation du contrat ») du sous Titre 1^{er} du Titre III du Livre du III du Code civil, plusieurs dispositions nouvelles existent qui, toutes, ont pour point commun d'avoir, lors de leur rédaction, inquiété les acteurs économiques.

Ainsi, l'article 1112-1 consacrant en droit civil un devoir général d'information précontractuel qui dispose que :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

* Professeur des universités à l'Ecole de droit de Sciences Po.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

Ou l'article 1143, sanctionnant l'abus d'un état de dépendance, qui est une innovation née dans le lit de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la violence économique affirmant que (est citée ici la version la version révisée par la loi du 20 avril 2018, normalement immédiatement applicable) :

« 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 ».

Encore, autre disposition emblématique et décriée, l'article 1171, qui consacre la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion en indiquant que (est citée ici la version applicable à compter du 1^{er} octobre 2018) :

« 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 au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

L'inquiétude des milieux d'affaires est-elle justifiée ? Une lecture attentive de ces articles les rassurera sans doute. Le grand soir social n'a pas eu lieu. Le législateur, tout en affirmant l'objectif de protection de la partie faible, a maintenu sa confiance dans la liberté et le consentement : la protection de la première

passé par celle des seconds. Le nouveau droit commun des contrats, à l'image de l'ancien, demeure ainsi volontariste et comme tel, attaché au libéralisme. Pour être plus précis, tout en glissant légèrement à gauche, il maintient un équilibre général finalement assez orthodoxe. Nécessaire, la liberté n'est pas suffisante : le Code civil d'aujourd'hui place son processus d'aliénation sous surveillance donnant corps à un doute habituellement nourri par la législation spéciale (consumentariste *lato sensu*).

Pour cela, il recourt à deux sortes de procédés techniques qui finalement convergent.

D'une part, il densifie explicitement la normativité de la période précontractuelle : il impose des devoirs précontractuels à ceux qui contractent, comme le devoir d'information ou plus largement celui de bonne foi. Rappelons sur ce point que l'article 1104 dispose que les contrats doivent être négociés et formés de bonne foi. Grâce à ces normes, le processus délibératif est conforté : on s'assure qu'en dépit des apparences, le consentement sera suffisamment éclairé. Cela pour éviter l'annulation du contrat (et ses désagréments) fondée sur un vice du consentement. On peut penser qu'un tel devoir consacre une conception assez libérale, permettant, au profit du marché, de rompre une dissymétrie de l'information, de mettre fin à des comportements opportunistes. On peut aussi imaginer que de telles normes consacrent une conception plutôt solidariste qui, au nom d'une critique sociale du droit du contrat ou encore, au nom d'une montée de la sève morale dans le droit du contrat, imposent au plus fort d'assurer la protection de la partie jugée faible.

Afin de contrôler l'aliénation de la liberté, la loi civile considère d'autre part certains déséquilibres comme les « avantages manifestement excessifs » (art. 1143) ou les « déséquilibres significatifs entre les droits et obligations des parties au contrat » (art. 1171) auquel elle tente de porter remède. La sanction des déséquilibres contractuels s'inscrit *a priori* dans une logique différente de celle dont nous venons de parler. Elle illustre une autre critique du consentement qui, pour en surmonter les faiblesses, se détourne d'une conception purement

processuelle de la justice¹ : il importe peu que la procédure de rencontre des volontés soit respectée. Ce qui compte, ce qui fait l'objet du contrôle judiciaire, c'est le contenu de la norme contractuelle : est-elle équilibrée ? On sait toutefois qu'une telle approche, beaucoup moins naïve à l'égard de la valeur du consentement, n'est pas reçue sans nuance en droit positif. Tout d'abord, pas plus que l'ancien, le nouveau droit français des contrats n'admet, comme principe, l'annulation du contrat pour motif de lésion entre majeurs (art. 1168 c. civ.) ; même si, comme avant la réforme, un succédané de lésion existe : l'annulation du contrat onéreux dont la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est dérisoire (art. 1169 c. civ.). Surtout, l'existence d'un déséquilibre n'est prise en compte que si elle est le fruit d'une faute précontractuelle, d'une contrainte ou si le législateur soupçonne un abus. Ainsi en est-il de l'abus d'une situation de dépendance, traité comme une hypothèse de violence (art. 1143). Par ailleurs, hors « l'adéquation du prix à la prestation », les « déséquilibres significatifs entre les droits et obligations des parties » sont sanctionnés dans les contrats d'adhésion. C'est-à-dire, précisément, dans les contrats où on peut douter de la force du consentement. Ceux où certains auteurs suspectent, pour cette raison, un abus au moment de la rédaction du contrat, celui de la technique contractuelle².

ARGUMENTS POUR UNE INTERPRÉTATION PLUS SOCIALE. — Cela dit, afin d'apprécier la portée de la protection de la partie faible, faire le constat de la réception de plusieurs doctrines critiquant la toute puissance du consentement dans les nouveaux articles 1112-1, 1143 et 1171 ne suffit pas. Pour évaluer cette protection, il faudrait étudier l'application de la réforme, c'est-à-dire l'interprétation des textes nus dont nous venons d'évoquer les origines intellectuelles. Au lendemain de sa réécriture, le nouveau droit des contrats est encore en devenir : il sera ce que ses interprètes décideront qu'il doit être.

¹ A propos des critiques susceptibles d'être adressées au consentement dans le cadre de théorie de la justice et dans le contexte du « consentement sexuel » v. B. Guillaume, « Deux critiques du consentement », *Raisons Politiques, Etudes de pensée politique*, 46, 2012, Presses de Sciences Po, p. 67 s.

² Jean Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, P.U.F., Thémis, droit privé, 1996, p. 348

Partant, dans la suite de mon propos, je voudrais esquisser, à partir de ces articles, m'appuyant sur les idées qui les inspirent, une théorie civiliste du consentement. Une théorie qui pourrait refléter ce que sera le droit positif. De quoi s'agit-il ? Partons de généralités. Au delà des différences que nous avons exprimées il y a un instant, un principe d'interprétation affleure à la surface des articles 1112-1, 1143 et 1171 : le consentement est soupçonné, sans être condamné. L'acte de volition n'est ainsi pas seulement un outil d'aliénation de la liberté, ce qui est un héritage du droit naturel moderne. C'est-à-dire un instrument qui, en droit civil (mais aussi en philosophie politique) justifie un grand nombre de situations juridiques, même les plus injustes, comme le fait d'obtenir un avantage manifestement excessif d'un cocontractant placé dans une situation de faiblesse. L'acte de volonté est aussi, pour cela, l'objet d'un doute. Parce qu'on ne croit plus en sa toute puissance, sans toutefois vouloir renoncer à ses avantages, des moyens techniques nouveaux entrent en droit des contrats : des dispositifs d'émancipation tenant compte de la situation sociale des parties. Théoriquement, nous pourrions parler d'une petite philosophie sociale-libérale : le droit émancipe les individus soumis à des rapports de domination ; il les libère afin qu'ils puissent user de leur liberté. Techniquement, il est notable que le législateur a multiplié à cette fin des normes précontractuelles explicites et implicites, offrant, afin de sanctionner leur violation, différents pouvoirs au juge sur le contrat - ce qui donne aussi un tour moral à la petite philosophie qui habite le Code.

Bref, à une nouvelle conception des sources des obligations (I) répond, je crois, dans l'ordre technique, un renouvellement des pouvoirs du juge sur le contrat (II).

I. – UNE NOUVELLE CONCEPTION DES SOURCES DES OBLIGATIONS. – Un mot d'explication s'impose. Parler d'une nouvelle conception des sources des obligations consiste, sur un registre philosophique, à tirer les conséquences de l'idée communément admise selon laquelle le contrat n'est plus la source première des obligations. Disant cela, il ne s'agit pas simplement de répéter que la responsabilité civile (par rapport au contrat) est la partie la plus dynamique du droit des obligations (Josserand le disait déjà) ou qu'un système de clauses générales de

responsabilité a une formidable capacité d'expansion (d'invasion) et pour cela, qu'il pourrait recouvrir entièrement le droit des contrats (c'est la thèse de Philippe Remy). Il s'agit plutôt de dire que, dans l'ordre civil, l'aliénation de la liberté du promettant (celui qui s'oblige) justifiant depuis Grotius *rationnellement* la force obligatoire du contrat, c'est-à-dire la naissance d'une obligation et plus largement de toute normativité juridique (contrat social), n'est plus prépondérante. Bien au contraire, il faut constater, ce qui est récent en droit civil, que l'obligation contractuelle a besoin, afin de naître, que lui préexiste un *plexus* de normes. Des normes qui enchâssent et ainsi permettent l'expression de la liberté contractuelle : de l'acte de volition. Des normes qui, s'expliquant difficilement par les sources d'obligation habituelles (contrat, responsabilité civile, quasi-contrat), semblent trouver une cause suffisante dans la situation sociale des parties³ ; une situation déséquilibrée qui justifie l'existence d'un doute à l'égard du consentement de celui qui s'oblige. Dans les articles 1112-1, 1143 et 1171 ces normes sont soit affirmée (A) soit on peut en supposer l'existence (B).

A. NORMES MENTIONNÉES PAR LE CODE. – Le devoir général d'information réglé par l'article 1112-1 en est l'archétype. L'existence d'un tel devoir n'est pas une nouveauté en droit français. Il était déjà largement admis par la jurisprudence. Par ailleurs, des obligations spéciales d'information existaient avant l'entrée en vigueur de la réforme : à l'objet plus ou moins étendu, au profit de certains cocontractants, dans des lois spéciales (ex. : les articles 111-1 et suivants du code de la consommation).

L'article 1112-1 du Code civil comporte six alinéas (v. plus haut) qui énumèrent les conditions d'existence du devoir

³ Comparez avec les solutions du droit suisse : selon monsieur Engel, « toute personne qui approche la sphère juridique d'autrui est tenue par une norme de comportement dictée par la diligence et la bonne foi, dont la violation constitue un acte illicite » et « il faut partir de l'idée que les pourparlers créent un rapport entre les parties (...). Il en résulte des devoirs singuliers qui revêtent tous les traits d'une obligation au sens spécifique de la notion » : *Traité des obligations en droit suisse*, Staempfli Editions SA, Berne, 1997, n° 229. Et dans la jurisprudence allemande d'avant 2002, selon monsieur W-Th. Schneider, « toute relation nouée en vue de passer un contrat créait entre les parties un lien de confiance qui leur imposait des obligations réciproques de prudence et de sécurité » : « La codification d'institutions prétorienne », dans *La réforme du droit allemand des obligations*, C. Witz et F. Ranieri, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 40.

d'information, son objet, les modalités de sa mise en œuvre, sa nature juridique et les sanctions de son inexécution. Un tel luxe de précisions s'explique par la prudence des rédacteurs du texte s'efforçant, par l'évocation de détails technique, d'apaiser les inquiétudes des entreprises. En dehors de sa mise en œuvre et de ses sanctions, sur lesquelles nous allons revenir, que dit ce texte ? Il affirme qu'un tel devoir est d'ordre public et règle deux questions : celle de sa cause efficiente (1) et de son objet (2).

1. LA CAUSE DU DEVOIR D'INFORMATION. – Le premier et le troisième alinéa de l'article 1112-1 définissent la situation sociale donnant naissance au devoir d'information – et corrélativement à un droit subjectif de savoir. Un tel rapport juridique naît à l'occasion d'une négociation. « Les négociations », tel est en effet l'intitulé du sous-titre dans lequel le législateur réglemente un tel devoir. Il est envisagé avec la question de la responsabilité au cas de faute dans la rupture des pourparlers (art. 1112) et celle du devoir de confidentialité (art. 1112-2). Pour en être débiteur, il faut donc être entré en négociation. En ce cas, comme l'affirme le premier alinéa de l'article 1112-1 : « *celle des parties qui connaît une information (c) dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre (a) doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant (b)* ».

a. L'une des conditions d'existence d'un tel devoir tient au caractère déterminant de « l'importance de l'information » pour le consentement l'autre. Elle est subjective. L'importance de l'information est le motif qui détermine la volition. L'alinéa 3 de l'article 1112-1 complète cette affirmation d'une présomption : « *ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». La référence au « *contenu du contrat* » renvoie aux articles 1162 et suivants et désigne globalement l'opération que veulent réaliser les parties. Il faut y inclure les éléments objectivement essentiels (impliqués par la qualification du contrat) et, semble-t-il, ceux qui sont subjectivement essentiels (dépendant des clauses particulières ou de l'économie du contrat) : ceux qui sont voulus par l'une et connus comme telle de l'autre. L'expression « *qualité des parties* » renvoie quant à elle

aux « qualités essentielles » mentionnées en matière d'erreur sur la personne.

b. Déterminante, l'information doit être transmise à celui qui « légitimement (l') ignore (...) ou fait confiance à son cocontractant ». Cette condition, saisie dans la conscience du créancier de l'information, s'explique parce qu'il n'est pas nécessaire de renseigner celui qui sait déjà. Mais aussi celui qui aurait du savoir : l'ignorance doit être légitime. Il existe donc une obligation de se renseigner par soi-même⁴. Par ailleurs, l'ignorance est légitime s'il existe une relation de confiance entre les parties. Leur qualité respective pourra fonder une telle confiance (ex. un profane vis à vis d'un professionnel) ou tenir à « la nature particulière du contrat projeté, qui commande un surcroît de loyauté et de transparence entre les parties : contrat de mandat, contrat d'association, contrat de société »⁵. Ou encore à l'existence de situations de faits particulières⁶.

c. Le débiteur du devoir, quant à lui, doit connaître l'information pour avoir à la transmettre. Contrairement au projet de réforme du droit des contrats rendu public le 25 février 2015 (art. 1129), il n'est pas question de faire peser le devoir sur celui qui « devrait connaître l'information ». La situation est ainsi déséquilibrée au détriment de celui qui a besoin de l'information. Il n'existe pas d'obligation de s'informer afin d'informer.

2. L'OBJET DU DEVOIR D'INFORMATION. – L'article 1112-1 définit l'objet du devoir. Positivement, il s'agit de transmettre des indications objectives nécessaires à la décision ; on parle encore de la « transmission d'information claires et appropriées »⁷. La doctrine française, systématisant la jurisprudence, distingue volontiers un tel devoir de celui de conseil et de celui de mise en

⁴ Sur ces points v. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, Dalloz, 2016, n° 38

⁵ Sur ces points v. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, Dalloz, 2016, n° 38

⁶ Sur lesquelles v. N. Dissaux et Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2018, p. 13

⁷ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, p. 151

garde. Ainsi, la mise en garde désigne l'obligation de transmettre au futur contractant des indications sur les risques qu'il encourt en s'engageant. Tel est le cas en matière bancaire à propos des risques du crédit. Lorsqu'on évoque le devoir de conseil, on désigne l'obligation de donner un avis sur l'adéquation du contenu du contrat aux besoins de celui qui s'oblige. Plus largement, il s'agit d'éclairer celui qui entend s'engager sur l'opportunité de son acte.

Il n'est toutefois pas nécessaire de transmettre toutes les indications sur le contenu du contrat et / ou sur la qualité des parties. Encore faut-il, comme nous l'avons dit, que leur importance soit déterminante. Et de plus, qu'elle ait un « lien direct et nécessaire » avec l'objet du contrat ou la qualité des parties. Même dans ce cas, selon le deuxième alinéa du texte, « *le devoir d'informer ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* » (ce qui est explicitement présenté par le Rapport au Président de la République comme répondant aux « inquiétudes des entreprises »). Une telle affirmation conforte un principe jurisprudentiel posé dans l'affaire des photographies de Baldus (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000) ; une solution confirmée dans une espèce, assez choquante, en matière de vente immobilière (Civ. 3^{ème}, 17 janvier 2007, n° 06-10442) : « l'acheteur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ». Ceci étant dit, on peut comprendre, pour des raisons de cohérence législative, qu'en matière immobilière au moins, il ne faille pas doubler le mécanisme de lésion de plus des 7/12^{ème} au profit des vendeurs (art. 1674 et s.).

B. NORMES DÉDUITES D'UNE INTERPRÉTATION DU CODE. – Le devoir de bonne foi, qui, comme nous l'avons dit, s'applique durant la phase précontractuelle (art. 1104), trouve des prolongements implicites dans le Code civil. Ainsi les articles 1143 et 1171 qui sanctionnent, pour le premier, un abus de dépendance et pour le second, l'existence d'un déséquilibre manifestement excessif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion, suggèrent l'existence d'un devoir particulier de bonne foi incombant aux rédacteurs de contrat. Ce devoir pourrait être celui de ne pas abuser de la technique contractuelle ou plus largement de ne pas abuser d'une position dominante lors de la

formation du contrat afin d'obtenir un avantage injuste⁸ (avantage manifestement excessif ; clause abusive). Dans tous les cas, plus simplement encore, un tel devoir consiste à ne pas abuser de la faiblesse d'autrui ; ce qui, en droit français, est déjà sanctionné par une incrimination pénale (article L. 121-8 du Code de la consommation). Ceci dit, le Code civil ne formule pas un tel principe général. Dans la lutte contre les « abus du droit de contracter »⁹, il existe plutôt des cas où, compte tenu de la situation de l'une des parties, le législateur semble vouloir *imposer* un comportement plus vertueux au stade la formation du contrat – et surtout, corrélativement, sanctionner un comportement déloyal et inique.

1. ABUS D'UN ÉTAT DE DÉPENDANCE. – L'article 1143 du code civil sanctionne ainsi une grave absence de loyauté ou de bonne foi au moment de la formation du contrat. Rappelons que cet article affirme qu' « 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 ».

A la suite de la jurisprudence, une telle disposition se présente comme un vice du consentement (« il y a également violence ») plutôt que comme une hypothèse de lésion. A l'analyse, elle referme un mécanisme plus subtil. Il y a bien, dans la définition de l'abus de dépendance, l'idée de prendre en compte une contrainte qui s'exerce sur la liberté. Ce qui ramène à la définition de la violence donnée par l'article 1140 : « *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celle de ses proches à un mal considérable* ». L'article 1143 protège ainsi bel et bien le consentement. Mais ce n'est pas tout. Comme nous l'avons dit, à la lettre, l'article 1143 sanctionne aussi une faute qualifiée de la part de celui qui obtient un avantage excessif : l'abus de l'état de dépendance. Il protège ainsi la bonne foi ou la

⁸ A propos de l'exploitation par le contrat v. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, n°70

⁹ Comp. J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., Thémis, 1996, n° 80, p. 153

loyauté au moment de la formation du contrat. Enfin, l'article 1143 semble aussi vouloir défendre la partie faible souffrant, à son détriment, d'un trop important déséquilibre contractuel. L'annulation du contrat ne sera prononcée que si l'engagement souscrit sous la contrainte procure un « avantage manifestement excessif » à celui qui a abusé de l'état de dépendance.

En dépit de sa qualification légale, le mécanisme mis en place par un tel texte est assez proche d'une lésion qualifiée. Par comparaison, l'article 3.2.7 UNIDROIT, qui consacre un tel cas de lésion, dispose ainsi que :

« La nullité du contrat ou de l'une de ces clause pour cause de lésion peut être invoquée par une des parties lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie ».

Etant précisé qu'est injuste :

« le fait de profiter 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 ... ».

Comme nous l'avons déjà rappelé, la lésion (non qualifiée) n'est pas, par principe, une cause de nullité dans les contrats entre majeurs. De sorte qu'en droit civil, un « avantage excessif » (art. 1143) est en principe licite ; mais sa justification est contrôlée : il ne doit pas être injuste, c'est-à-dire fondé sur un « abus de l'état de dépendance » (*idem*). Pour certains commentateurs, la preuve d'un tel « avantage excessif » ainsi que celui d'un état de dépendance (économique ou autre comme l'emprise psychologique, sentimentale ...) fera présumer l'abus.

2. ABUS DE LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE. – Même si cela n'est pas explicitement affirmé par le code, l'article 1171 du code civil peut être lui-aussi présenté comme un dispositif de lute contre certains comportements déloyaux. Il répute non écrite « 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 au contrat ». Bien sûr, dans ce texte c'est l'existence d'une clause déséquilibrée ou abusive qui fait l'objet d'une sanction. Afin d'en obtenir la suppression, il n'est pas

nécessaire d'apprécier le comportement de celui qui l'impose. Toutefois, cette disposition permet aussi de lutter contre certains comportements déloyaux. Dans le sillage de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et de l'article L. 212-1 du code de la consommation, elle est d'ailleurs présentée par certains comme « un instrument de lutte contre les abus contractuels »¹⁰. Et il est vrai que même si le mécanisme mis en place par l'article 1171 est objectif, on peut en avoir une lecture plus subjective : ce n'est pas une clause qui, en tant que telle, est sanctionnée, cela n'aurait aucun sens ; c'est plutôt le comportement de celui qui la rédige (la fait rédiger) et l'impose. Ainsi, employant un vocabulaire probatoire, nous pourrions dire que la présence d'une telle clause fait présumer d'une façon irréfragable un abus. Disons aussi, sans doute plus justement, en s'attachant à identifier le fondement théorique du texte, que l'une des explications possibles de son dispositif s'entend, précisément, de l'existence d'un abus ou d'une norme précontractuelle violée¹¹.

Pour être plus précis, en référent au droit économique (à l'art. L. 442-6, I, 2° c. com.), on peut dire que l'abus consiste dans le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » son futur cocontractant « à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». En droit civil, comme en droit de la consommation, plutôt que d'« obligations », on parle de clauses créant un tel déséquilibre¹². Dans tous les cas, l'acte fautif réside dans le même comportement : soumettre ou de tenter de soumettre ; c'est-à-dire dans celui de mettre l'une des parties sous la puissance ou l'autorité de celle qui impose certaines clauses, précisément à cette fin ; de mettre son contractant, conventionnellement, dans un état de dépendance. A proprement parler, l'instrument de la soumission est la technique contractuelle ; une technique parfois employée « par des juristes mercenaires dans le seul intérêt de leur mandant ou employeur ». Ainsi, profitant de ce que les « contrats sont souvent longs,

¹⁰ G. Chantepie, « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *J.C.P. (E)* 2018. 1336

¹¹ On fait référence ici aux arguments propres à une conception subjective de la lésion sur laquelle v. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, *eod. loc*

¹² Sur les conséquences qu'il faut attacher à cette différence v. N. Sauphanor-Brouillaud avec le concours de E. Poilot, C. Aubert de Vincelles et de G. Brunaux, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, Paris, L.G.D.J., 2013, n° 210, p. 192 s.

complexes, fastidieux à lire, voire même incompréhensibles », ces derniers imposent « des obligations draconiennes » à leur cocontractant, ils stipulent pour alléger leurs obligations ou pour s'exonérer de toute responsabilité¹³.

Ainsi, en droit civil, comme en droit de la consommation, le fait que de telles clauses soient imposées consiste en un abus des lors qu'existe d'une situation de domination lors de la formation du contrat ; il y a une sorte d'exploitation (soumettre ; tenter de soumettre) abusive de la situation : dans ces circonstances : la soumission à la clause heurte la bonne foi. Celui qui impose la clause devrait en effet, puisqu'il domine son cocontractant, être particulièrement loyal. Cela apparaît clairement en droit européen de la consommation. Comme le disait la directive du 5 avril 1993 une clause est abusive « *lorsqu'en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ». Ou encore comme l'affirmait la proposition de règlement européen relatif à un droit commun de la vente : « *une clause est abusive (...) lorsqu'elle crée, au détriment du consommateur et en violation du principe de bonne foi et de loyauté, un déséquilibre significatif* ». En droit civil, la domination trouve son signe dans l'adhésion, c'est-à-dire dans l'acceptation par l'une des parties d'un ensemble de clauses rédigées par l'autre, non négociables (art. 1110 al. 2 c. civ.). Donc dans le fait d'imposer des clauses injustes et qui, pour cette raison, n'auraient pas été acceptées. Ainsi, comme le droit de la consommation, le droit civil donne corps à l'exigence de bonne foi ou de loyauté au stade de la rédaction des clauses du contrat d'adhésion. Il en sanctionne les violations les plus graves. Par cela il pallie la faiblesse de l'intensité du consentement et corrélativement, celle de la liberté contractuelle de la partie faible.

II. – UN RENOUVELLEMENT DES POUVOIRS DU JUGE. – Dans la lutte des faibles contre les forts, le juge joue depuis longtemps un rôle déterminant. L'étude des sanctions appliquées au cas de non respect des normes précontractuelles le montre bien. De prime abord, dans la réforme, la détermination de ses pouvoirs est

¹³ Jean Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, P.U.F., Thémis, droit privé, 1996, p. 348

envisagée de façon banale. Afin de protéger le consentement de la partie faible au moment de la formation du contrat contre la violation d'une norme précontractuelle le législateur mobilise la nullité (pour vice du consentement). Ainsi le juge peut prononcer l'anéantissement de tout ou partie du contrat. Précisons que la nullité n'est pas toujours le remède le plus approprié. D'autres techniques existent. Ainsi, le fait de réputer certaines clauses non écrites. Dans tous les cas, le juge est un personnage central : la nullité par notification n'existe pas en droit français. Mais ce n'est pas tout. Dans la réforme, le juge du contrat est aussi un juge de la responsabilité à l'occasion du contrat¹⁴. Un juge qui, au stade la formation du contrat, au profit de la densification normative de la phase de négociation précontractuelle, voit se multiplier les hypothèses dans lesquelles les parties lui demandent d'agir. Cela lui donne indirectement des pouvoirs sur le contrat ; des pouvoirs plus importants que ceux que le législateur a explicitement conférés au juge du contrat : un pouvoir modérateur déguisé. Afin de préciser ces idées, distinguons les pouvoirs du juge du contrat (A) de ceux du juge de la responsabilité à l'occasion de la formation du contrat (B).

A. – LES POUVOIRS DU JUGE DU CONTRAT. – L'inexécution des normes qui enserment l'exercice de la liberté contractuelle peut être sanctionnée par la nullité de l'acte. Tel est le cas en matière d'abus d'un état de dépendance (art. 1143) ou lorsque l'information due n'est pas délivrée (art. 112-1 al. 6). Quant à la clause fruit d'un abus de la technique contractuelle elle est, plus radicalement, réputée non écrite par le législateur (art. 1171).

1. CONTRAT ANNULABLE, CLAUSE RÉPUTÉE NON ÉCRITE. – L'utilisation de ce dernier procédé est une sanction adaptée au mal : en la réputant ainsi, et en maintenant le contrat pour le surplus (art. 1184 al. 2), la clause abusive disparaît alors que la victime de l'abus peut bénéficier du contrat. La nature du procédé ne laisse guère de pouvoir au juge. Il doit constater l'inexistence de la clause et en tirer les conséquences en complétant le contrat, devenu incomplet, par la « suite » que lui donne la loi (art. 1194).

¹⁴ Ch. de Cabarrus, Ch. Jamin et S. Pimont, « Le nouveau droit des contrats. Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle ... », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai-juin 2018, p. 12

Le juge retrouve un plus large pouvoir lorsqu'il s'agit de prononcer la nullité d'un contrat pour vice du consentement. Cela sera le cas lorsque l'une des parties aura abusé de l'état de dépendance de l'autre (art. 1143) ou lorsqu'elle n'aura pas exécuté son devoir d'information (art. 1112-1). Dans tous les cas, une telle nullité sera relative, susceptible de ratification ; ce qui suppose la réalisation d'un nouvel acte juridique (une renonciation unilatérale au droit de critique) qui, lui-aussi, pourra être annulé si le consentement de celui qui renonce est vicié.

On pourra regretter que l'abus de la situation de dépendance soit ainsi sanctionné. Une qualification en une lésion qualifiée pouvait ouvrir (comme c'était le cas dans le projet Terré) la possibilité au juge de « rétablir l'équilibre contractuel ».

L'inexécution du devoir d'information, quant à lui, sera sanctionné sur le fondement du dol par réticence. Ainsi, l'article 1137 alinéa 2 dispose que :

« Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des cocontractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

En l'absence d'intention dolosive, on pourrait imaginer fonder l'action en annulation sur le fondement de l'erreur sur la substance (l'information portant sur des éléments déterminants).

2. LES LIMITES DU DOL PAR RÉTICENCE. – Il faut encore préciser que la définition du dol par réticence a engendré des discussions assez vives. A la suite de celle-ci, la loi de ratification du 20 avril 2018 a ajouté un alinéa à l'article 1137 qui dispose que :

« 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. »

Avant l'ajout de cet alinéa, il semblait possible d'obtenir l'annulation du contrat fondé sur un dol par réticence en démontrant le caractère intentionnel de la dissimulation de l'information portant sur la valeur de la prestation (art. 1137 al. 2). Et cela même en l'absence de devoir d'information portant sur l'estimation de cette valeur (art. 1112-1 al. 2) : dans la réforme, la

définition du dol est en effet déliée de l'inexécution du devoir d'information (art. 1137). A propos de l'information sur la valeur, le législateur condamne clairement une telle interprétation (« ne constitue pas un dol ») qui semblait pourtant être celle des rédacteurs de l'ordonnance.

3. D'UN JUGE, L'AUTRE. – Au final, les pouvoirs dont dispose le juge voulant anéantir l'acte abusif (clause ou contrat) ne sont pas si importants que cela. Les nullités sont de droit : il n'est donc normalement pas possible de ne pas les prononcer. Quant aux clauses réputées non écrites, on affirme volontiers que le juge ne peut que constater leur inexistence. En matière de nullité, contrairement aux clauses réputées non écrites, le juge pourra cependant apprécier l'étendue de la nullité selon l'importance de la clause dans l'économie du contrat (art. 1179 et 1186) ou la nature de la finalité protégée par la règle violée (art. 1179). En somme, même si dans certaines circonstances elle donne plus de pouvoir au juge du contrat (ainsi, en matière d'onérosité excessive, art. 1195), la réforme de 2016 ne procède pas à une révolution. Par exemple, sauf exception (ex. imprévision, clause pénale), le juge ne dispose pas du pouvoir de refaire un contrat déséquilibré ; surtout si le déséquilibre est *voulu* par les parties. Ceci étant dit, afin d'être complet, il est sans doute utile de distinguer la figure du juge du contrat de celle du juge de la responsabilité à l'occasion de la formation du contrat. Ce dernier dispose en effet, indirectement mais certainement, de pouvoirs beaucoup plus étendus sur le contrat.

B. – LES POUVOIRS DU JUGE DE LA RESPONSABILITÉ À L'OCCASION DE LA FORMATION DU CONTRAT. – La mise en œuvre de la responsabilité de celui qui commet un acte de violence ou de celui qui ne délivre pas l'information due est possible dans les conditions du droit commun. De plus, il est évidemment imaginable d'engager la responsabilité de celui qui impose à son cocontractant un déséquilibre significatif. C'est la sanction applicable selon les dispositions du Code de commerce. Dans les deux premiers cas, il s'agit d'une application logique du principe général de responsabilité pour faute (art. 1240). En effet, celui qui ne délivre pas l'information due ou qui abuse d'une situation de dépendance ne se conduit pas comme il devrait le faire ; il manque

à une obligation préexistante¹⁵. Ainsi et logiquement, la multiplication des normes précontractuelles par le législateur a pour corrélat l'accroissement des cas dans lesquels la responsabilité civile des cocontractants ou des futurs cocontractants peut être engagée. C'est une sorte d'effet d'amplification normative produit par le système civil. Partant, il faut distinguer deux hypothèses. Celle où les dommages et intérêts sont demandés à titre exclusif. Ce qui offre indirectement au juge un véritable pouvoir de réfaction du contrat. Celle où les dommages et intérêts sont demandés en même temps que l'annulation du contrat, ce qui pose le problème de leur évaluation. En matière de dommages et intérêts précontractuels l'ombre du contrat plane toujours sur leur évaluation.

1. UNE RÉFACTION DÉGUISÉE. – Il est possible de ne demander que des dommages et intérêts. Cela sera évidemment le cas si le contrat n'est pas conclu du fait de la faute (ex. inexécution du devoir d'informer). Cela sera aussi le cas si la victime de la faute le décide : alors même que le contrat serait déjà formé, cette dernière a le choix : l'annulation et l'allocation de dommages et intérêts sont deux fondements juridiques distincts et autonomes. Ainsi, le contractant victime d'un dol ou d'un acte de violence peut demander la nullité, demander des dommages et intérêts, cumuler des demandes. Prenons l'exemple d'un prêt d'argent annulable : l'emprunteur aura intérêt à engager la seule responsabilité du banquier pour non respect de son obligation de mise en garde plutôt que de plaider l'annulation du contrat – celle-ci reviendrait à l'obliger à restituer le capital emprunté. En ce cas, la créance de dommages et intérêts (extracontractuel ou contractuel ?) pourra se compenser avec la créance née de l'exécution du contrat (dont l'annulation n'a pas été demandée). Résultat : au profit d'une compensation, la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle permettra indirectement – mais certainement – au juge de refaire le contrat. Faisant preuve de réalisme, c'est sans doute ce qu'il aura à l'esprit.

¹⁵ Référence ici faite à la définition de la faute civile donnée par Planiol v. G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, tome 2, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1947, n° 912, p. 311

Ainsi, le juge pourra, discrètement, disposer d'un pouvoir contredisant le principe de force obligatoire du contrat qui, pourtant, est réaffirmée par l'article 1103 nouveau. Autant dire que la réforme contient les germes de sa *déconstruction* : affirmant explicitement une chose (le contrat est la loi des parties), elle en permet implicitement une autre (le juge peut, au profit d'une compensation, rééquilibrer le contrat). Pour éviter une telle contradiction, deux solutions existent.

(a) La première consiste à limiter le montant des dommages et intérêts accordés en l'absence d'annulation du contrat. C'est déjà ce que fait la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière de responsabilité bancaire. Un arrêt de la Chambre commerciale du 26 janvier 2010 affirme ainsi que « le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde (consiste) en une perte de chance de ne pas contracter » et qu'il ne peut pas conduire, au profit d'une compensation, à réduire à néant l'engagement contractuel. (b) Une autre solution serait de donner explicitement au juge un pouvoir de réfaction dans tous les cas où la victime d'une faute précontractuelle préférerait conserver le bénéfice du contrat. Ce que n'a pas fait le législateur.

2. UNE RÉPARATION LIMITÉE. – En adoptant un point de vue purement dogmatique, l'idée d'encadrer la détermination du montant des dommages et intérêts afin de tenir compte de l'existence du contrat (solution (a) plus haut) se comprend. Dans un tel contentieux, la situation contractuelle tient la responsabilité civile en respect : l'ombre du contrat plane sur le calcul de l'indemnité. Cela devrait encore être le cas lorsque la victime du dol ou de la violence demande, tout à la fois, l'annulation du contrat et la réparation de son préjudice (art. 1178). En ce cas, toutefois, le Code civil est silencieux. On peut cependant penser qu'il y a lieu de raisonner par analogie avec l'hypothèse de la rupture fautive des pourparlers ou celle de la révocation fautive de l'offre.

Dans le premier cas, l'alinéa 2 de l'article 1112 dispose que :

« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

Dans le second cas, l'article 1117 indique, à propos de la révocation :

« Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».

Comme dans ces deux hypothèses, en demandant l'annulation du contrat, il devrait être impossible de réclamer l'indemnisation de « la perte des avantages attendus du contrat ». En effet, il semblera incohérent de solliciter le juge afin, d'une part, qu'il anéantisse le contrat et d'autre part, qu'il fasse comme si le contrat existait en allouant l'intérêt d'exécution, c'est-à-dire en mettant la victime du dol ou de la violence dans la situation qui devrait être la sienne si le contrat avait été correctement exécuté¹⁶. Cela étant dit, ce que la logique gagne, l'équité le perd sans doute un peu. En la matière, certaines critiques adressées à la théorie de la *culpa in contrahendo* dans les systèmes germaniques pourraient inviter à se défier d'une trop grande rigidité¹⁷.

ALORS, VERS OÙ PENCHE LE FLÉAU DE LA BALANCE ? – Pour finir, revenons à la question par laquelle nous avons commencé. Au stade de la formation du contrat, sans renoncer au principe de liberté contractuelle, qu'elle formalise (art. 1102), la réforme assure la réception dans l'ordre de la technique juridique de certaines de ses critiques : des critiques politiques ou philosophiques émises à l'encontre d'une conception idéaliste et / ou impérialiste du consentement – l'exercice de la liberté. Les dispositions (comme les articles 1112-1, 1143, 1171) qui transforment de tels soupçons en règles dogmatiques et donc en principes d'action établissent les conditions concrètes d'un usage raisonné et juste de la liberté : une liberté éclairée et protégée (contre elle-même parfois). Paradoxalement, un tel renforcement des modalités concrètes de l'exercice de la liberté souligne sa faiblesse. Ce qui n'est pas sans conséquences théoriques. Elle n'est en effet plus première afin de fonder le lien de droit (le droit, la loi). Tout au contraire, elle n'existe qu'enserrée dans un réseau

¹⁶ V. R. Saleilles, *Etudes sur la théorie générale de l'obligation*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1925, p. 164.

¹⁷ V. P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse, op. cit.*, n° 230

d'obligations qui lui préexiste ; un réseau qui trouve sa cause dans la situation sociale des cocontractants. Pour le dire ainsi, afin de protéger la liberté nue, la période précontractuelle n'est plus livrée à l'empire de la liberté naturelle. Elle est quadrillée par un réseau normatif de plus en plus serré, une sorte de densification de l'exigence de loyauté ou de bonne foi. Les zéloteurs de la règle morale, ceux de l'ordre civil, effrayés par l'avènement d'un libéralisme illimité, se réjouiront sans doute d'une telle densification – une sorte de « civilisation » du marché¹⁸. On peut les comprendre. Et on ne se plaindra pas du fait que le droit civil participe à la moralisation du commerce. Reste une question, à l'équilibre entre technique (juridique) et philosophie (du droit) : codifier l'équité, la métamorphoser en créance, en dette, n'est-ce pas la faire disparaître ?

¹⁸ Nous pourrions dire, je crois, l'application d'un « principe de civilisation » ; comme celui assurant « à chacun une sphère de liberté, fruit des restrictions à l'exercice du pouvoir arbitraire de l'homme sur l'homme (...) » ; en ce sens, « le développement de la loi, qui est la négation des possibilités d'agression d'autrui, permet seul de libérer les facultés productrices et les énergies créatrices » v. P. Dardot et Ch. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La découverte, 2010, p. 181