

Membre de l'université Paris Lumières

Parfait Haba

Le non-professionnel et le petit professionnel : la protection de deux contractants faibles par le droit privé

Thèse présentée et soutenue publiquement le 12/12/2017
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de
l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme le Professeur Anne Danis-Fatôme (Université de Brest)

Jury* :

Rapporteur :	M. Louis Thibierge	Professeur, Université d'Aix-Marseille
Rapporteur :	M. Malo Depincé	Maître de conférences-HDR, Université de Montpellier
Membre du jury :	Mme Manuella Bourassin	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Sabine Desvaux	Maître de conférences-HDR, Université d'Angers
Membre du jury :	Mme Anne Danis-Fatôme	Professeur, Université de Brest

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je remercie mon Père, ma famille et Madame le Professeur Anne
Danis-Fatôme pour leur soutien tout au long de cette thèse.

À mon Père Kovana HABA

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>adde</i>	également
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. civ. 1re	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2e	Deuxième chambre de la Cour de cassation
Cass. civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Contrats concurrence consommation
CCE	Communication commerce électronique
CE	Conseil d'État
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch. Mixte	chambre mixte
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire

comp.	comparer
concl.	conclusion
cons.	considérant
<i>D.</i>	Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz affaires
<i>Déf.</i>	Répertoire du notariat Défrénois
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
éd.	édition
ét.	étude
ex.	exemple
<i>GAJCiv.</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 1 et 2
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>JCP E</i>	Juris- Classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique, édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique, édition Notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
jur.	jurisprudence
L.	Loi
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	loca citato (à l'endroit cité)
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	opus citatum (oeuvre citée)
p.	page ou pages

préc.	précité
préf.	préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rappr.	Rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire droit commercial Dalloz
Req.	Chambre des requêtes
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDGA</i>	Revue générale de droit des assurances
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivants
S.	Recueil Sirey
somm.	Sommaire
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
<i>supra</i>	ci-dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
v.	versus
V.	voir

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA CONSÉCRATION DE LA QUALITÉ DE CONTRACTANTS FAIBLES DU NON- PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

Titre 1. Une reconnaissance de la qualité de contractant faible

Chapitre 1. L'émergence de la notion distincte de non-professionnel

Chapitre 2. Une dilution de la notion de petit professionnel dans une conception large de professionnel faible

Titre 2. Des raisons légitimes nécessitant une protection spécifique du non-professionnel et du petit professionnel

Chapitre 1. Une situation de faiblesse économique avérée face à un professionnel dominant

Chapitre 2. Une vulnérabilité technique ou intellectuelle relative

DEUXIÈME PARTIE : LES MOYENS DE PROTECTION ADÉQUATS DU NON-PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

Titre 1. Une protection spécifique passant avant tout par l'information du contractant faible

Chapitre 1. Les spécificités de la protection

Chapitre 2. Les mécanismes d'information du contractant faible

Titre 2. La protection par la lutte contre les abus dans le contrat

Chapitre 1. La protection du non-professionnel contre les clauses abusives dans le contrat

Chapitre 2. La protection du petit professionnel contre le déséquilibre contractuel

INTRODUCTION

1. La volonté de protéger « *le faible contre le fort* » aurait-elle pour but de contredire l'affirmation de La Fontaine selon laquelle « *la raison du plus fort est toujours la meilleure* »¹?

En effet, on remarque que le droit privé français tend véritablement vers la recherche d'une justice contractuelle au profit de tous les contractants faibles. Du consommateur au salarié, en passant par les non-avertis, la multiplication des dispositions protectrices en droit privé français contredit l'idée de contractants égaux telle que conçue par les rédacteurs du Code civil de 1804.

Ainsi, on constate aujourd'hui que le droit commun des contrats n'est pas épargné par cette tendance à la recherche d'un équilibre véritable dans les contrats.

Or, cette recherche de la justice contractuelle est aussi vieille que le droit et sa conception différerait d'un auteur à un autre, d'un courant doctrinal à un autre. Ainsi, depuis certains philosophes jusqu'aux grands auteurs du droit civil - des auteurs du Code civil de 1804 à la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 - on constate que la protection du contractant faible contre le déséquilibre contractuel s'est toujours imposée comme une nécessité.

Dans cette étude, nous nous intéresserons précisément aux notions et au régime juridique de la protection du non-professionnel et du petit professionnel en droit privé.

2. L'équité aristotélicienne.

L'idée qu'un contrat peut être déséquilibré au détriment du contractant faible a fait l'objet de nombreuses études. Dans une conception large, certains auteurs se sont penchés sur la l'équité dans les échanges au sein de la société.

Aristote pensait que « *lorsqu'un homme prend plus que sa part, il agit par injustice* »². Pour lui, il existerait « *une injustice partie intégrante de l'injustice totale et un injuste qui est une partie de l'injuste total ; ce dernier serait contraire à la loi* ». « *Si l'action d'un homme est dictée par l'amour du gain, on la rapporte à l'injustice* »³.

Aristote visait ainsi la justice commutative c'est-à-dire l'équivalence ou l'égalité des contreparties réciproques⁴. La justice commutative est celle relative à l'équilibre dans

¹ J. de La Fontaine, *Fables de La Fontaine*, Librairie de I., HACHETTE et C., Paris: 1868. Sur l'opposition entre le fort et le faible, v. not.

² Aristote, *Ethique de Nicomaque*, Livre V, chapitre IV, Garnier-Flammarion, Paris : 1965.

³ *Ibid.*

⁴ L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Préface de C. Thibierge, L.G.D.J., Paris : 2002, spéc. p. 201.

les échanges, cela sous-tend l'idée selon laquelle « *que chacun reçoive une contrepartie, et qu'elle soit l'équivalent de ce qu'il donne* »⁵.

Cette analyse de la justice contractuelle, c'est à dire celle de la contrariété à la loi, n'est pas l'équité ; autrement dit elle ne vise pas l'équité dans le contrat⁶. L'analyse d'Aristote avait donc un champ d'application plus large que la notion d'équité contractuelle.

3. L'équité selon Saint Thomas d'Aquin.

Pour saint Thomas d'Aquin, l'équité n'est pas forcément ce qui est conforme à la loi. Pour lui, dans certains cas, observer les lois établies par le législateur peut être contraire à l'égalité de la justice, et contre le bien commun, visés par la loi⁷.

Il donne un exemple fort édifiant : « la loi statue que les dépôts doivent être rendus, parce que cela est juste dans la plupart des cas. Il arrive pourtant parfois que cela soit dangereux, par exemple si un fou a mis une épée en dépôt et la réclame pendant une crise, ou encore si quelqu'un réclame une somme qui lui permettra de combattre sa patrie »⁸. En ces cas et dans d'autres semblables, le mal serait de suivre la loi établie ; le bien est, en négligeant la lettre de la loi, d'obéir aux exigences de la justice et du bien public. C'est à cela que sert l'équité. Aussi est-il clair que l'équité est une vertu. L'équité ne se détourne pas purement et simplement de ce qui est juste, mais de la justice déterminée par la loi⁹.

Ainsi donc la justice qui émane de la loi, de l'État n'est pas forcément celle de l'équité. Il n'y a pas de coïncidence entre ces deux justices et elles n'ont pas les mêmes fondements ni les mêmes sanctions. Ce qui est condamnable, c'est de suivre la loi à la lettre quand il ne le faut pas. L'équité serait la volonté véritable du législateur.

Comme le rappelle le Code publié par Justinien en 529 : « *Il n'y a pas de doute qu'on pèche contre la loi si, en s'attachant à sa lettre, on contredit la volonté du législateur* ». C'est cette conception de l'équité qui sera développée par Kant.

⁵ J. P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, 2^{ème} éd., 1994, p. 69 ; M. VILLEY, *Philosophie du droit*, 4^{ème} édition, 1986, p. 71 à 75.

⁶ Aristote, *Ethique de Nicomaque*, *op. cit.*

⁷ Saint Thomas, *Somme théologique*, vol. 3.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

4. L'équité Kantienne.

Kant adoptait une appréciation rigoureuse de la justice contractuelle¹⁰. Il distinguait ainsi l'équité et le droit de nécessité. L'équité, « *considérée objectivement n'est pas un principe au nom duquel on réclame des autres l'accomplissement de certains devoirs éthiques (leur bienveillance et leur bienfaisance). Celui qui exige quelque chose au nom du principe de l'équité se fonde sur son droit ; seulement il ne remplit pas toutes les conditions dont le juge a besoin pour pouvoir déterminer jusqu'à quel point et de quelle manière on doit satisfaire à sa réclamation* »¹¹.

Kant donnait l'exemple de l'individu qui, dans une association commerciale où les avantages doivent être égaux, a fait plus que les autres. Ayant aussi perdu davantage dans les mauvaises affaires, il peut, au nom de l'équité, réclamer de la société quelque chose de plus pour sa part qu'un égal partage. Or, selon le droit proprement dit, *jus strictum*, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un juge est amené à se prononcer sur ce cas, celui-ci, n'ayant pas de données déterminées pour décider ce qui lui revient aux termes du contrat, le débouterait¹². Ainsi, pour Kant, l'équité n'était alors qu'un tempérament de la loi¹³.

5. Le refus de la révision du contrat pour imprévision dans la conception kantienne.

Kant illustre ses idées en refusant la révision du contrat pour imprévision. Il donne l'exemple d'un domestique à qui, à la fin de l'année, on paye ses gages en une monnaie qui a perdu de sa valeur dans l'intervalle. Une monnaie avec laquelle il ne peut plus acheter ce qu'il aurait pu se procurer à l'époque où il a contracté son engagement. Ce domestique ne peut invoquer son droit, pour repousser le dommage qu'on lui cause en lui comptant le nombre convenu de pièces de monnaie, mais qui n'ont plus la même valeur. Il ne peut qu'en appeler à l'équité ; « *cette divinité muette* » qui ne sait se faire entendre, puisque rien à ce sujet n'a été déterminé dans le contrat et qu'un juge ne peut pas prononcer lorsque les conditions sont indéterminées¹⁴. En effet, rien n'a été stipulé

¹⁰ E. Kant, cité par J. Barni, in *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, Œuvres complètes de Kant*, Auguste Durand, Libraire, Paris : 1853.

¹¹ *Ibid.*, spéc. p. 49 et s.

¹² *Ibid.*

¹³ C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. I. Paris 1769, p. 556-557, art. « *Equité* » ; J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Desaint, 1777, t. 2, p.249, art. « *Equité* ».

¹⁴ E. Kant, Cité par J. Barni, in *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, Œuvres complètes de Kant, op. cit.*

à cet égard dans le contrat, et un juge ne peut se prononcer dans une affaire où les conditions n'ont pas été parfaitement déterminées¹⁵.

Kant réfutait donc le dicton suivant : « *l'extrême droit est l'extrême injustice* (summum jus, summa injuria) »¹⁶ qui n'est que la traduction philosophique de l'équité en matière contractuelle. Ainsi, il pensait que « *l'équité est un mal auquel on ne peut trouver de remède dans la voie même du droit, quoi qu'il s'agisse d'une chose fondée en droit* ». L'équité ne ressort que du tribunal de la conscience (*forum poli*), tandis que toute question de droit proprement dit est de la compétence du tribunal civil (*forum solis civile*)¹⁷.

6. L'équité selon Grotius.

Grotius et Kant avaient la même analyse du juste contractuel. Cela est illustré dans « *la tradition de la guerre juste* »¹⁸. L'analyse de Grotius est fondée sur l'idée que l'usage de la force et le respect du droit sont compatibles, que l'on peut non seulement restreindre le recours à la force mais aussi réglementer son usage. « *On ne doit entreprendre aucune guerre que pour maintenir ou poursuivre son droit ; ni la faire, quand on s'y est une fois engagé, qu'en se tenant dans les bornes de la justice et de la bonne foi* »¹⁹.

Pour Grotius, les critères de la guerre juste sont des critères de restriction et le *jus belli* comprend à la fois les raisons de recourir à la guerre (*jus ab bellum*), les objectifs recherchés ou les buts de la guerre et les moyens de les faire (*jus in bello*)²⁰. Sa théorie de la guerre juste était fondée sur la défense du « *droit naturel* ». Ainsi, les principes qui révèlent les conditions d'une guerre juste sont essentiellement ceux du droit naturel. Le premier sens du droit naturel, la conception large, désigne négativement tout ce qui n'est pas injustice, c'est-à-dire l'absence de tort fait à autrui. Sa règle générale était que la justice « *consiste uniquement à s'abstenir du bien d'autrui* », « *l'injustice ne consiste essentiellement qu'à violer les droits d'autrui* »²¹.

¹⁵ *Ibid.* spéc. p. 50. Voir en ce sens, D. Mazeaud, « Intangibilité du contrat », note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18mars 2009, n° 07-21260, *RDC* 2009/4, p.1358 et s.

¹⁶ Cicéron, *Les devoirs*, Les Belles Lettres, 1965, 1, 10, 33 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 1999, n° 423, p. 849 à 855 ; J. Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013, p. 186.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ G. Lèpan, « L'idée de guerre juste chez Grotius », *Dossier : la guerre*, Cahiers philosophiques, n°110, juin 2007.

¹⁹ H. Grotius, DGP, *Discours préliminaire*, XXVI, 17.

²⁰ G. Lèpan, « L'idée de guerre juste chez Grotius », *Dossier : la guerre*, op. cit, spéc. p. 9 et s.

²¹ *Ibid.*

Pour Grotius donc, « *il n'est pas contre la nature de la société humaine de penser et de travailler à son propre intérêt, pourvu qu'on le fasse sans « blesser » les droits d'autrui. Et par conséquent l'usage de la force n'est point injuste, tant qu'il ne donne aucune atteinte aux droits d'autrui* »²².

Cette conception du juste contractuel développée par ces philosophes avait influencé les auteurs du Code civil, comme en atteste la théorie de l'autonomie de la volonté²³.

7. L'autonomie de la volonté au détriment de l'équité contractuelle.

Portalis pensait que l'équité judiciaire, dont les jurisconsultes romains ont parlé, est à distinguer de l'équité morale. Dans le dernier cas, elle n'est qu'une vertu. L'équité morale est, par exemple, pour le magistrat, « *le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience. L'équité judiciaire peut être définie comme un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives. Cette équité serait le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas, deviendrait impossible* »²⁴.

Or, pour le Doyen Cornu, « *lorsqu'une disposition spéciale de la loi l'y autorise, le juge peut écarter la règle de droit normalement si l'application stricte de celle-ci à l'espèce qui lui est soumise entraînerait des conséquences manifestement contraires à l'équité* »²⁵. Or, pour Portalis, l'équité est le supplément véritable de l'affirmation selon laquelle « *qui dit contractuel, dit juste* »²⁶.

8. Le juste contractuel

Le juste contractuel s'entendait donc de l'équilibre voulu par les parties, qui sont présumées être les meilleurs juges de leurs intérêts. Cela implique un principe : le respect de l'équilibre choisi par les parties. Si l'on respecte l'équilibre voulu par les parties, dans le sillage d'un vrai respect des conditions de validité du contrat comme

²² V. en ce sens, P. Hagenmacher *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Puf, 1983.

²³ Sur la théorie de l'autonomie de la volonté, v. A. Benabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien – Lextenso édition, Paris : 2012, spéc. p 20 et s. V. aussi, F. Chenede, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative », in *Du mythe à la réalité*, Droit et philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey, Volume 4- 2012.

²⁴ Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, Paris : 1844, spéc. p. 158. Après la tentative de Cambacérés de rédiger le Code civil, Portalis assura la direction de la rédaction du Code Napoléon. Il en est l'auteur principal, mais il eût pour collaborateurs Bigot de Préameneu, Tronchet et Maleville. Inspiré par le principe de l'autonomie de la volonté, le Code Napoléon est fondé essentiellement sur le principe la force obligatoire des contrats.

²⁵ G. Cornu, *Introduction au droit*, 13^e éd., 2007, Montchrestien, n°179.

²⁶ F. Chénéde citant A. Fouille, dans « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative », in *Du mythe à la réalité*, Droit et philosophie, Annuaire de l'Institut Michel Villey, Volume 4- 2012.

l'existence, la licéité du contenu du contrat et un consentement libre, le contrat est équilibré²⁷.

Selon la théorie de l'autonomie de la volonté, « *la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat* »²⁸. Ainsi, « *l'individu ne peut être obligé envers quiconque sans qu'on ne retrouve à la base de l'obligation une volonté de l'obliger ; tel est le substratum d'une doctrine dont la préoccupation première est la protection et la primauté de l'individu* »²⁹. De ce fait, « *peu importe l'économie et l'équilibre objectif du contrat, car le seul fait qu'il a été accepté par les parties établit qu'il correspond à leur intérêt* »³⁰.

Portalis n'affirmait-il pas que « *si l'on part de l'idée qu'il faut parer à tout le mal et à tous les abus, on n'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens et le remède sera pire que le mal* » ?³¹.

Ainsi, le droit civil codifié, et inspiré fortement des arrêtés de Lamoignon³², était aussi fortement marqué par ce libre arbitre de l'individu, seul responsable de la défense de ses intérêts. Néanmoins, il faut prendre garde que l'autonomie de la volonté n'a jamais été posée comme un absolu dans les lois ; même en 1804, l'affirmation du philosophe avait dû, pour passer dans le Code, se tempérer de restrictions³³.

9. Les causes du déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Les restrictions à l'autonomie de la volonté ont pris une véritable ampleur depuis le XIXe siècle avec le développement de l'économie de marché dû à une industrialisation forte et au développement de la production de masse. C'est l'époque d'un développement économique sans précédent avec la multiplication des biens et des services proposés aux consommateurs. Cette période est surtout marquée par les injustices produites par la doctrine du « *laisser-faire, laisser-aller* », et les excès du

²⁷F. Chénéde, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015/3, p. 655 et s

²⁸ *Ibid.* n° 16.

²⁹ L. Boyer, « Doctrine de l'autonomie de la volonté », *RTD Civ.* août 1993, n° 10.

³⁰ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat, 15^e éd., 2016, n° 33

³¹ Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, Paris : 1844, spéc. p. 158.

³² Guillaume de Lamoignon fût le Premier Président du Parlement de Paris, sous le règne de Louis XIV et il finit la rédaction de ses Arrêtés sur la coutume en 1672. Voir en ce sens, G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil*, D'après le *Traité de Planiol*, Tome premier, LGDJ 1956, n° 86-87. Arrêtés de M. le P.P. de L. ou les lois projetées dans les conférences du premier président de Lamoignon pour les pays coutumiers de France et pour les pays qui s'y régissent par le droit écrit (Paris, 2 vol. in-14^o, sans nom de ville ni de libraire. Réimpression en 1176 et en 1783.

³³ J. Carbonnier, *Op. cit.* n° 16.

libéralisme. On constatait par exemple une multiplication des entreprises de grandes tailles et de puissance économique considérable.

L'idée d'une négociation équilibrée entre contractants égaux paraissait de plus en plus illusoire, le contractant faible étant contraint de se soumettre aux conditions générales du contrat qui lui sont imposées par le professionnel. C'est l'ère des « contrats d'adhésion »³⁴ et des contrats standardisés dans lesquels les capacités de négociation du contractant faible sont considérablement réduites ou inexistantes.

On se trouvait alors face à un déclin amorcé du principe de l'autonomie de la volonté, d'autant plus que le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître une valeur constitutionnelle à ce principe³⁵. Face à cette inégalité caractérisée entre un contractant « fort » et un contractant faible, le législateur est alors intervenu pour restaurer l'équilibre au profit du faible. Les années 1980 seront ainsi marquées par la naissance d'un droit français de la consommation.

10. Les sources du droit de la consommation.

La naissance du droit de la consommation est essentiellement liée à une série de lois ayant précédé le Code de la consommation lui-même. Simultanément, le juge va faire un effort considérable pour restaurer l'équilibre dans le contrat sans réellement chercher quelle était la volonté des parties³⁶.

La multiplication des lois impératives en droit de la consommation avait permis de créer un régime dérogatoire au droit commun des contrats au profit des contractants faibles. C'est la loi Scrivener 2 qui allait désigner le non-professionnel dans son chapitre IV, intitulé « de la protection des consommateurs contre les clauses abusives »³⁷. L'alinéa 1^{er} de son article 35 disposait alors que : « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets pris en Conseil d'État après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendu des responsabilités et garanties, aux

³⁴ G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, L.G.D.J., Paris : 1973.

³⁵ C. constitutionnel, 3 août 1994, JCP 1995.II.22404, note Broussolle ; 20 mars 1997, *RTD civ.* 1998.89, obs. Mestre ; JCP 1997.I.4039, n°1, obs. Fabre-Magnan ; Voir cependant, C. constitutionnel, 10 juin 1998, *RTD civ.* 1978.798, obs. Molfessis.

³⁶ Cela n'est ni moins, ni plus qu'un « forçage » du contrat. V. en ce sens, L. Joesserand, « Le contrat dirigé », *DHa*1933 89 ; L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr et patr.*, mars 1998, p. 69.

³⁷ V. en ce sens, P. Japy, « Les clauses abusives à l'égard des consommateurs et la réglementation du 10 janvier 1978 », *Gaz. Pal.*, 5 septembre 1978, p. 453 et s.

conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnel ou consommateur par un abus de puissance économique de l'autre partie et conférant à cette dernière un avantage excessif». Ce texte désignait le non-professionnel comme bénéficiaire de la protection contre les clauses abusives dans les contrats de consommation.

Toute la question était donc de savoir si le terme « non-professionnel » était distinct du terme « consommateur ». Autrement dit, ces deux termes, séparés par la conjonction de coordination « ou », étaient-ils des « synonymes » ?

11. Les origines de la protection du petit professionnel.

Parallèlement, apparaissait en droit européen, une directive sur la lutte contre les clauses abusives³⁸. C'est cette directive qui sera transposée en droit français par la loi du 1^{er} février 1995³⁹.

L'article 3 de ce texte européen disposait que : « *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* ». Le consommateur était le seul contractant faible visé par la directive sur les clauses abusives et le juge européen affirmait très clairement que la notion de consommateur visait « *exclusivement les personnes physiques* ». Il y avait donc une différence de conception quant à la partie faible entre le droit français et le droit européen, puisque le juge français avait une position plus nuancée.

Ainsi la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 mars 2005 avait affirmé que si « *la notion de consommateur vise exclusivement les personnes physiques, la notion distincte de non-professionnel, en droit français permet de protéger certaines personnes morales* »⁴⁰. En effet, cette directive contenait une clause d'harmonisation minimale qui permet aux États membres d'étendre ses dispositions à d'autres contractants que le simple consommateur. La directive n°2011/83/UE a

³⁸ Directive n°93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

³⁹ V. en ce sens, G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 et s.

⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13285, *B.* I n° 135 p.116. V. not. J. Mestre et B. Fages, « Les personnes morales peuvent bénéficier de la protection sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393 et s. Note sous arrêts, G Raymond, *CCC* 2005 n°5, p. 31-33. D. Bert, « Personnalité morale et clauses abusives : la Cour d'appel prend le contre-pied de la CJCE », *Les petites affiches*, 2005 n°94, p.12-15.

confirmé cette tendance en admettant expressément l'extension de la protection au petit professionnel.

12. Deux contractants faibles protégés par le droit privé français.

Un certain mystère entourait jusqu'à une période récente la notion de non-professionnel et de celle de professionnel faible. Avant l'introduction d'une définition du non-professionnel dans le titre liminaire du Code de la consommation, parmi les différentes positions entre lesquelles la loi, la jurisprudence et la doctrine pouvaient osciller se trouvent des visions plus ou moins larges de ces notions. Par exemple, le non-professionnel n'était pas que la personne morale sans but lucratif ; le non-professionnel, c'était surtout tout professionnel en situation de faiblesse.

Le non-professionnel et le petit professionnel sont ainsi, désormais des contractants faibles en droit de la consommation, qui bénéficient également de la protection du droit commun des contrats ; sachant que le petit professionnel bénéficie surtout de la protection contre les abus en droit de la concurrence.

13. Inexistence d'une catégorie de petits professionnels « faibles ».

Contrairement au non-professionnel que l'on peut désormais facilement identifier⁴¹, il n'existe pas de catégorie homogène de petits professionnels « faibles ». Ainsi, on considère que, dès lors qu'un contractant professionnel se trouve dans une situation de faiblesse en raison d'un déséquilibre du contrat, cette situation de faiblesse suffit pour qu'il soit protégé. Cette situation de faiblesse est aussi la cause de la protection de tous contractants faibles par le droit de la consommation⁴².

Pour ce faire, il faut que la situation de faiblesse de ce contractant soit caractérisée pour qu'il puisse bénéficier de la protection du droit de la consommation. Par exemple, le petit professionnel est protégé parce qu'il est présumé en situation de faiblesse économique, voire juridique, par rapport à un autre professionnel économiquement dominant.

⁴¹ Loi n°2017-203 du 21 février 2017, ratifiant les ordonnances n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n°2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (Article 3).

⁴² Par exemple, c'est parce que par définition les contrats de consommation mettent le consommateur dans une situation de faiblesse face au professionnel que le premier est protégé.

Or, malgré cette présomption⁴³, le petit professionnel ne sera pas protégé dans toutes les situations et par tous les dispositifs du droit privé. Il en est de même du non-professionnel qui, n'est pas un non-professionnel en soi, ne bénéficiera de la protection que lorsqu'il est prouvé qu'il se trouve dans une situation de faiblesse comparable au consommateur.

Toutefois, même dans une situation de faiblesse comparable au consommateur, le non-professionnel n'est protégé qu'en considération des circonstances de l'espèce.

Il n'y a donc pas d'identité de protection entre le consommateur et le non-professionnel; sa protection ne saurait être calquée sur le modèle de la protection du consommateur. Contrairement donc au consommateur, le non-professionnel et le petit professionnel sont protégés par détermination de la loi⁴⁴. Non seulement le non-professionnel et le petit professionnel ne sont protégés que lorsqu'ils sont visés par la loi mais il faut, en plus, prouver qu'ils sont en situation de faiblesse par rapport au professionnel dominant.

14. Similitudes dans la protection du petit professionnel et du non-professionnel.

La protection du contractant faible par le droit européen de la consommation est source d'une jurisprudence importante à laquelle s'ajoute une législation tout aussi importante. La notion de consommateur a ainsi été définie à maintes reprises en droit européen. Cela est particulièrement le cas dans d'importants arrêts de la Cour de justice des communautés européennes⁴⁵ et dans diverses directives européennes⁴⁶. Il nous a semblé opportun de nous interroger sur la place réservée aux professionnels « faibles »⁴⁷, du moins au petit professionnel en droit privé.

⁴³ Par sa définition, le « *small business* » est présumé économiquement faible par rapport à un cocontractant professionnel. Sur ce point, v. *infra* n° 153 et s.

⁴⁴ V. en ce sens, G. Loiseau, « À la rencontre du non-professionnel », *D.* 2016, p. 1844 et s.

⁴⁵ La Cour de justice des communautés européennes a fermement affirmé dans nombre de décisions que la notion de consommateur « *visé exclusivement une personne physique* ». En ce sens, voir précisément l'arrêt *Cape* du 22 novembre 2001 (CJCE, affaires jointes C-541/99 et C-542/99). Voir également, l'arrêt *Invitel* du 26 avril 2012 (CJCE, affaire C-472/10) ou l'arrêt *Di Pinto* du 14 mars 1991 (CJCE, affaire C-361/89).

⁴⁶ Par exemple, la directive n°93/13/CE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, définit le « *consommateur* » : *comme toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entre pas dans le cadre de son activité professionnelle* ». Cette définition est reprise à l'article 2-1) de la directive du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs (directive n°2011/83/UE), avec quelles précisions sur la nature de l'activité professionnelle qui peut être « *commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

⁴⁷ *Ibid.*

À l'image du droit français où « *la notion de non-professionnel utilisée par le législateur* »⁴⁸, a permis de protéger certaines personnes morales, le droit européen prévoit désormais de nombreuses dispositions qui protègent le petit professionnel. En effet, l'article L.212-2 du Code de la consommation prévoit essentiellement un dispositif de protection du non-professionnel contre les clauses abusives en droit français de la consommation⁴⁹. Un consensus semblait se dégager autour d'une définition du non-professionnel considéré comme une personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle lucrative.

Or, dans l'esprit du législateur, notamment dans les travaux préparatoires des lois relatives au droit de la consommation, le terme non-professionnel visait une catégorie de contractants assimilables aujourd'hui au petit professionnel. Ces notions de non-professionnel et de petit professionnel sont donc très proches.

15. La distinction entre ces contractants faibles et le consommateur.

Avant de procéder à une délimitation de notre étude, il nous semble opportun de distinguer ces deux contractants faibles d'un autre contractant faible : le consommateur. La notion de consommateur est d'origine économique, puisqu'il s'agit d'un agent économique essentiel dans le processus de consommation en Économie⁵⁰. Rappelons que la question de la protection des consommateurs est très ancienne⁵¹. Puisqu'en tant qu'acte matériel, la consommation est aussi vieille que le monde. Elle n'est même pas spécifiquement humaine⁵². Il y a bien eu un « *passé du consumérisme* »⁵³.

Le « consumérisme » est donc le fruit à la fois d'une réaction contre les excès de la société de consommation et les abus commis par certains professionnels et d'une

⁴⁸ Cass. 15 mars 2005, n°02-13285. Voir en ce sens, J. Mestre, B. Fages, « Les personnes morales peuvent bénéficier de la législation sur les clauses abusives », *RTD Civ.* 2005, p. 393 et s.

⁴⁹ Le terme de « *non-professionnel* » était privilégié par le Sénat tandis que le mot le mot « *consommateur* » avait les faveurs du Parlement. Voir not. J.-C., Tahita, « *La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives* », Thèse, Poitiers : 1985, spéc. p. 199 et s.

⁵⁰ Voir dans ce sens R. Ferber, *Théorie de la consommation*, (Université de l'Illinois), traduit par François Bertault, Economica, Paris : 1976, pp. 63. Sur le rapport entre Droit de la consommation et Macro ou Micro-économie, V. not., H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subersif ? », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris : 2004, p. 1077 et s.

⁵¹ Par exemple, déjà dans les années 60, aux Etats-Unis, le Président Kennedy affirmait : « que nous sommes tous des consommateurs ». Voir en ce sens, J.-B. SAY, *Traité d'économie politique*, Paris : Les classiques des sciences sociales, 1803, spéc. p.439.

⁵² J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Presses universitaires de France, 1994, p. 9 et s.

⁵³ P. Ourliac, *Le passé du « consumérisme »*, t. XXIV, p. 135, n° 5.

critique plus philosophique et politique de ce modèle de société⁵⁴. En considérant le non-professionnel comme un contractant incompetent dans un domaine donné, il devient une notion plus large que la notion de consommateur⁵⁵.

Or, le consommateur est protégé par le droit de la consommation parce qu'on le considère faible par rapport au professionnel⁵⁶. Le consommateur est donc considéré comme un profane lorsqu'il contracte avec un professionnel. La notion de profane est une notion imprécise. Le consommateur et le non-professionnel peuvent, par exemple, être qualifiés de profanes dès lors que leur ignorance les met dans une situation d'infériorité intellectuelle⁵⁷. Tout individu, tout contractant est en réalité un profane dès qu'il contracte en dehors de son domaine de compétence. Cela vaut pour le petit professionnel. Ce profane peut être un particulier alors que le petit professionnel est toujours un professionnel.

Ensuite, la distinction entre ces contractants et le consommateur est aujourd'hui, clairement, établie⁵⁸.

Dans un premier temps, on considère le droit de la consommation comme un droit ayant pour unique vocation la protection du consommateur, personne physique⁵⁹. Le droit de la consommation aurait été forgé sur la notion de consommateur, opposée à celle de professionnel et sur l'idée d'une nécessaire protection du consommateur face à l'habileté, voire aux roueries des professionnels⁶⁰. Ce droit de la consommation serait donc essentiellement axé sur la protection de la personne du consommateur et de ses intérêts.

Dans un second temps, le deuxième élément du postulat concernerait la définition même du consommateur. Celui-ci est « *exclusivement une personne physique* »⁶¹. Cela

⁵⁴ J. K. Galbraith, *Le nouvel Etat industriel*, Gallimard, 1968 ; *L'ère de l'opulence*, Calmann-Lévy, 1974 ; H. Marcuse, *Eros et civilisation*, Ed. de Minuit, 1963 ; *L'homme unidimensionnel*, éd. De Minuit, 1970 ; V. Packard, *La persuasion clandestine*, Calmann-Lévy, 1958 ; J. Baudrillard, *La société de consommation*, Gallimard, 1970.

⁵⁵ J.-C. Tahita, « *La loi n° 78-23 du 10/01/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats* », Thèse, Poitiers : 1985, spéc. p. 108.

⁵⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, p.19.

⁵⁷ Sur cette notion et ses implications v. *infra* n°184 et s.

⁵⁸ V. spéc. N. Sauphanor-Brouillaud, « *La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016* », *RDC* 2016/3, p. 492 et s.

⁵⁹ V. not. J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Paris 2010, Dalloz, spéc. p. 214.

⁶⁰ G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, Travaux de l'Association H.-Capitant, journées canadiennes, t. XXIV, 1973, p. 135, n°5. Qui envisageait déjà, à l'époque, une extension possible de certaines règles du droit de la consommation à certains professionnels dans des hypothèses déterminées, mais sans aller jusqu'à les inclure dans la définition du consommateur, *Ibid.* n°13.

⁶¹ *Ibid.* Voir en ce sens, J.-P. Pizzio, « *Le consommateur est une personne physique* », *D.* 2002, p. 2929 et s. V. également, G. Paisant, « *Le consommateur est seulement une personne physique* », *Protection des consommateurs*, *La Semaine Juridique* Edition Générale n°38, 14 septembre 2009, p. 238 et s.

confirmerait l'objectif initial du droit de la consommation. Cette analyse est est partagée par certains auteurs comme Monsieur J. Calais-Auloy⁶².

16. Tempéraments de la conception initiale du droit de la consommation.

Or, cette conception initiale du droit de la consommation peut recevoir des tempéraments. En effet, l'évolution de la matière a montré que ce postulat repose sur des éléments incomplets. Le consommateur est considéré comme un contractant incompétent.

Pourtant, il est établi que le non-professionnel n'est pas le professionnel qui contracte en dehors de son domaine de compétence. Or, la notion de consommateur est liée à la notion d'incompétence et il est véritablement assimilé à un incapable⁶³. Or, l'exemple du consommateur averti n'est pas l'idée courante que l'on se fait d'un simple consommateur⁶⁴. Ce consommateur averti serait une personne physique mieux informé sur les contrats de consommation. Il aurait des compétences suffisantes pour négocier un contrat de consommation sans tomber dans les pièges du professionnel⁶⁵. Il serait capable de défendre ses intérêts face à n'importe quel professionnel, dans la logique des contrats librement négociés entre les parties⁶⁶. Pourtant la protection est aussi accordée aux consommateurs « *aguerris* »⁶⁷.

17. Le déséquilibre dans le contrat

Nous pensons enfin que le contrat peut être déséquilibré aussi bien pour le simple consommateur que pour le petit professionnel « faible ». Le contrat l'est toutes les fois qu'il ne sera pas négocié ou lorsque la négociation elle-même sera déséquilibrée car dirigée par le professionnel économiquement puissant⁶⁸. Dans ces cas, le petit professionnel sera aussi démuni qu'un simple consommateur.

⁶²Voir également, J. Calais-Auloy, *Propositions pour un code de la consommation, rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre*, La documentation française, Paris : 1990, spéc. p.11.

⁶³ La notion de consommateur incapable est définie pour la première fois par Monsieur Carbonnier (cité par J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p. 19).

⁶⁴ V. en ce sens, R. Martin, « Le consommateur abusif », *D.* 1987, chr. p. 150 et s.

⁶⁵ Certains consommateurs seraient informés sur la majorité des contrats de consommation. Voir en ce sens, J. Mel, « La notion de consommateur européen », *Petites affiches*, 31 janvier 2006 n°22, p.5 et s.

⁶⁶ V. *infra*, chapitre 1, section 2, §1 sur la faiblesse économique du non-professionnel et du petit professionnel.

⁶⁷ S'agissant par exemple d'un emprunteur ou de la caution avertie, il ne bénéficierait pas de la protection du droit de la consommation contrairement au consommateur qui est protégé en toute circonstance. Voir dans ce sens, Cass. Com. 9 février 2010, n° 09-11262. V. aussi, Voir en ce sens, Civ. 1^{ère}, 25 novembre 1997, n° 95-22240. V. également, Cassation, civile 1^{ère}, 3mai 1988, n°: 85-18466. Voir également, A. Benabent, *Droit civil : les obligations*, Paris : 2010, Montchrestien, spéc. p. 183.

⁶⁸ Sur la faiblesse économique du non-professionnel ou du petit professionnel, voir *infra*, chapitre 1, titre 2, Première Partie.

C'est pourquoi, de nombreux petits professionnels ou des personnes morales peuvent se retrouver dans une situation de faiblesse similaire à celle du consommateur⁶⁹. C'est ainsi qu'en droit européen, le législateur a compris que cet état de faiblesse pouvait constituer un frein à l'aboutissement du marché intérieur⁷⁰. D'où l'idée de la protection de certaines personnes comme les petites et moyennes entreprises dans le but d'accélérer la réalisation de ce marché commun⁷¹.

Le postulat initial du droit de la consommation semble donc bien tangible. L'idée selon laquelle le concept de consommateur s'opposerait à toutes les catégories de professionnels est trop catégorique.

A priori, la protection du consommateur reste l'objectif principal du droit de la consommation; mais cela n'empêche pas de prendre en compte d'autres «situations de faiblesses caractérisées»⁷². Il existe donc une distinction entre ces notions de non-professionnel, de petits professionnels et de consommateur.

18. Délimitation du sujet.

On parvient à la conclusion qu'à côté du consommateur et du professionnel, il existe bien une catégorie intermédiaire de contractants faibles créanciers, eux aussi, de la protection du droit de la consommation. Le non-professionnel et le petit professionnel constituent cette catégorie intermédiaire de contractants, dans les rapports contractuels, qui mérite une étude approfondie.

Il nous a donc semblé utile de rapprocher le régime juridique de la protection de ces deux contractants en droit français. Il s'agit d'insister ici sur les moyens de protection adéquats pour chacun de ces contractants faibles. En effet, tandis que consommateurs/personnes physiques sont destinataires, par nature de la règle consumériste, les non-professionnels/personnes morales et/ou les petits professionnels le sont par détermination de la loi⁷³. Il faut toutefois faire remarquer que si le non-professionnel et le petit professionnel sont des contractants faibles, ils se distinguent clairement.

⁶⁹Voir not., F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J, Paris : 2007.

⁷⁰ Réexamen du « *Small Business Act* » pour l'Europe, Communication de la Commission Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social européen et au Comité des régions, Bruxelles, le 23 février 2011, COM (2011) 78 final.

⁷¹ Pour parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur, l'objectif affiché par la Commission a été de « simplifier et d'améliorer l'environnement juridique réglementaire ». Voir en ce sens, G. Paisant, « La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. - A propos du Livre vert du 8 février 2007 », *Protection des consommateurs*, La Semaine Juridique Edition Générale n°19, 9 mai 2007, doct. 152.

⁷² Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

⁷³ G. Loiseau, *Loc. cit.*

En effet, le dénominateur commun entre ces deux contractants est incontestablement leur faiblesse économique ; c'est le vecteur principal qui permet leur protection par le droit français. Or, le non-professionnel peut être caractérisé par une faiblesse juridique ou technique à l'image du consommateur en contemplation duquel sa protection a été instituée. Tandis que le petit professionnel sera très rarement protégé en raison d'une infériorité juridique ou technique. On constate cette infériorité juridique notamment dans le rapprochement qui est possible entre ces contractants et d'autres contractants faibles tels que l'acquéreur non-professionnel, les non-avertis.

C'est pourquoi, le non-professionnel bénéficie essentiellement de la protection du seul droit de la consommation. Alors que si le petit professionnel est par définition un créancier du droit de la consommation, sa protection n'est effective qu'en dehors de ce droit de la consommation. Le petit professionnel est donc essentiellement protégé par le droit commun et le droit de la concurrence.

19. Les contractants.

Si ces contractants peuvent être caractérisés par les éléments de faiblesse ou d'infériorité du consommateur, on ne peut, en tout état de cause, calquer leur protection sur celle du simple consommateur. Une protection standardisée est donc à exclure pour ces eux.

Quels sont les moyens de cette protection ? D'abord, si la lutte contre le déséquilibre contractuel est un moyen efficace de protection du non-professionnel et du petit professionnel, il existe d'autres moyens de protection tout aussi efficaces. Ils consistent en une protection, en amont, par l'information du cocontractant faible. Ainsi, le droit privé français fournit une multitude de moyens de protection par l'information du contractant faible dont quelques-uns retiendront notre attention dans cette étude.

La protection du non-professionnel et du petit professionnel passe, ensuite, par la lutte contre les divers abus dans les contrats déséquilibrés. Par exemple, la clause abusive qui est source d'abus ne peut être définie que par l'appréciation du déséquilibre significatif.

20. Les enjeux de l'étude.

Il est question dans cette étude de souligner l'importance de ces deux contractants et de leur protection par le droit privé français. Si la recherche de l'équilibre contractuel reste une priorité du législateur, la notion de non-professionnel a démontré à quel point la lutte contre les clauses abusives étaient nécessaires et d'actualité. Si le consommateur

est moins enclin à engager une action contre son débiteur professionnel en raison du coût de cette action, la multiplication des contractants bénéficiaires de la protection contre les abus est de nature à renforcer l'efficacité de la lutte contre ces abus.

Dans la pratique, le consommateur va se résigner à poursuivre son débiteur en justice car l'issue du procès est souvent incertain. C'est même l'une des raisons de la création des actions au profit des associations de défense des consommateurs ; une sorte d'action de groupe visant à protéger et défendre les intérêts des consommateurs⁷⁴. Or, la protection du non-professionnel et du petit professionnel a la particularité de renforcer l'efficacité de la lutte contre les abus de toute sorte, quel que soit leurs origines. Par exemple, la protection du non-professionnel par le droit de la consommation rend particulièrement intéressant et effectif l'objectif de protection poursuivi par cette matière.

21. La qualité de petit professionnel.

Dans la perspective de la protection du professionnel « faible », le choix d'un professionnel par rapport à un autre est essentiellement guidé par un critère matériel. L'objectif principal que poursuit le législateur européen est la réalisation du marché intérieur. Or, cela passe essentiellement par la promotion du commerce transfrontière. Le droit de la concurrence n'a pas pour vocation de protéger les PME. Cette concurrence est même considérée comme souvent destructrice : les PME la subiraient plutôt qu'elles n'en tireraient parti⁷⁵.

C'est alors, bien naturellement que le droit européen a pensé à protéger les petits professionnels, du moins dans certaines circonstances précises. Mais la variété des PME empêche de fournir une catégorie uniforme. Ainsi, le critère souvent avancé est celui de la taille de l'entreprise ce qui a pour effet de ne prendre en compte qu'une catégorie réduite de professionnels.

Le considérant 13 de la directive relative aux droits des consommateurs dispose que : « *les États membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application de la présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des*

⁷⁴ Article L. 623-14 et suivants du Code de la consommation, issu de la loi Hamon de mars 2014.

⁷⁵ Y. Chaput (dir.), *Les PME et le droit de la concurrence, Analyse critique, comparative et prospective*, Litec, Paris : 2009, spéc. p. 20.

« consommateurs » au sens de la présente directive, comme les organisations non-gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises »⁷⁶.

Selon l'INSEE, il n'existerait pas en France « de définition officielle unique » des PME. De son côté, le ministère de tutelle des PME rappelait que « les critères retenus diffèrent selon les textes législatifs ou réglementaires »⁷⁷.

Ainsi, l'article 51 de la loi modernisation de l'économie⁷⁸ a introduit en droit français un classement des entreprises en quatre catégories pour les besoins de l'analyse statistique et économique : les microentreprises, les petites et moyennes entreprises (PME), les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et les grandes entreprises. Par exemple, est considérée comme une PME, l'entreprise dont l'effectif est inférieur à 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le bilan n'excède pas 43 millions d'euros⁷⁹. La même définition était reprise à l'article 7-2 de la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente (DCEV). Cette proposition de règlement, si elle avait été adoptée, aurait permis d'harmoniser la définition de la PME au niveau européen. Il s'agissait d'éviter des distorsions de concurrence consécutives à des programmes de soutien aux PME. Bien qu'en apparence similaires entre États, leurs effets pourraient être asymétriques en raison d'une différence dans les seuils déterminant les bénéficiaires⁸⁰.

22. Question de l'étude.

Dès lors, la question qui se pose dans cette étude est celle de savoir quelle réalité recouvre ces notions de non-professionnel et de petit professionnel et quel est l'étendu du régime juridique de leur protection en droit français.

Notre étude garde toute son originalité malgré certaines évolutions liées notamment à la définition du non-professionnel dans le titre liminaire du Code de la consommation ; le mécanisme de lutte contre les clauses abusives dans le droit commun va donc pouvoir bénéficier au non-professionnel.

⁷⁶ L'ancienne proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente (DCEV), article 7-2, définissait la petite et moyenne entreprise comme « un professionnel : a)- qui emploie moins de 250 personnes et ; b)- dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros ou dont le bilan total annuel n'excède pas 43 millions d'euros,... ».

⁷⁷<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1962>.

⁷⁸ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁷⁹ C'est cette définition qui est également retenue dans la directive visant à simplifier la réglementation applicable aux PME (directive n°2003/71/CE). Le site du Ministère de l'économie et des finances donne la même définition : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises>.

⁸⁰ F. Levêque, « Caractéristiques des PME et droit de la concurrence : le regard de l'économiste » in *Les PME et le droit de la concurrence, Analyse critique, comparative et prospective*, Y. Chaput (dir.) Litec, Paris : 2009, spéc. p. 22.

À ce jour, aucune étude n'a été véritablement menée sur ces contractants ainsi que sur leur protection en droit français⁸¹. L'originalité de notre étude vient de là, elle est en plus renforcée par le rapprochement que nous faisons entre deux contractants faibles qui ne sont pas similaires.

La recherche de l'équilibre dans le contrat est donc indiscutablement sous-jacente à cette étude. C'est pourquoi, cette étude est faite dans un cadre relativement large touchant de nombreux matières du droit privé français.

23. Méthodologie.

Pour y parvenir nous adopterons une démarche simple qui va au-delà des définitions pour se consacrer à une analyse approfondie de ces notions et de leur protection. Il s'agit donc de préciser deux notions et de définir leur régime juridique. Pour ce faire, nous nous servirons essentiellement du droit de la consommation, du droit commun des contrats et du droit de la concurrence.

Ainsi, après avoir discuté de la consécration de la qualité de contractants faibles du non-professionnel et du petit professionnel (Partie I) nous préciserons les moyens de protection adéquats pour ces deux contractants faibles (Partie II).

⁸¹ Une partie de la réponse des questions posée par Madame Péglion-Zika, dans sa thèse de doctorat, trouverons donc ici leur réponse. V. not. C.M. Péglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, n° 9.

Partie I. LA CONSÉCRATION DE LA QUALITÉ DE CONTRACTANTS FAIBLES DU NON-PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

Introduction :

24. La généralisation de la protection de la partie faible.

L'extension de la protection des contractants contre les clauses abusives traduit une volonté de généralisation de la protection de la partie faible⁸². Cette tendance est, d'abord, illustrée par la protection particulière accordée au non-professionnel par le droit français.

Elle a, ensuite, été confirmée au niveau européen par la prise en compte de la situation de faiblesse du « *small business* » ou petit professionnel. Aujourd'hui, certains dispositifs de droit européen permettent de protéger cette catégorie de professionnels « faibles », appelée « petits professionnels » contre le déséquilibre contractuel. On sait, par exemple, que la protection du consommateur est fondée sur le postulat selon lequel le professionnel est « plus fort » que le consommateur⁸³.

Or, la jurisprudence française a démontré que la catégorie de personnes morales « faibles », appelés non-professionnels, se trouvait souvent dans une situation de faiblesse comparable à celle du consommateur. C'est ainsi que le non-professionnel bénéficie, aujourd'hui, d'un dispositif important de protection en droit français. Cette protection est désormais renforcée par le droit commun des contrats depuis la réforme du 10 février 2016⁸⁴. Ainsi, les notions de non-professionnel et de petit professionnel trouvent leur consécration dans la lutte contre le déséquilibre contractuel.

25. L'extension des mécanismes de contrôle de l'équilibre contractuel.

En réalité, il s'agit moins d'un processus d'extension de la protection de la partie faible que de la généralisation d'un mécanisme de contrôle de l'équilibre des contrats.

⁸² Sur la protection de la partie faible, v. not. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Centre de droit des obligations de Paris I et Centre de droit des obligations de Louvain-la-Neuve, L.G.D.J., Paris : 1996, 676 p.

⁸³ J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22^e édition, Presse universitaire de France, Paris : 2000, p. 89. V. aussi J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p. 19. Sur la notion de consommateur « incapable », v. également H Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », In *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris : 2004, spéc. p. 1085, qui trouve cette critique assez floue, visant sans doute une philosophie générale du droit de la consommation et probablement quelques exemples précis mais isolés (surendettement, nullité des lettres de change dans le contrat de crédit, etc.).

⁸⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; *JORF* n°0033 du 11 février 2016, texte n° 26.

En effet, toutes les fois qu'un contractant se trouve dans une situation de faiblesse par rapport à un autre, il a été admis que ce contractant faible soit protégé. Par exemple, le dispositif de protection contre les clauses abusives a été étendu au droit des pratiques restrictives de concurrence.

Et, aujourd'hui, la réforme du droit des contrats de février 2016 a consacré cette tendance de la protection de tous les contractants faibles contre les clauses abusives, indépendamment de la qualité du contractant, lorsque le contrat en cause est un contrat d'adhésion⁸⁵.

Il en résulte une dispersion des dispositions protectrices des contractants faibles⁸⁶ alors que la protection, elle-même est justifiée par l'existence d'une situation de faiblesse d'un contractant par rapport à un autre. Ainsi, les dispositifs de protection au profit de ces contractants faibles trouvent leur raison d'être dans l'existence même de cette situation de faiblesse souvent créée par un contrat déséquilibré.

26. Plan.

Dans cette première partie, nous verrons que la reconnaissance de la qualité de partie faible du non-professionnel et du petit professionnel (Titre 1er) est justifiée par des raisons légitimes de faiblesse (Titre 2).

⁸⁵ Sur l'apport de la réforme du droit des contrats et ses implications, *Cf. infra* n°156 et s. Sur la protection des contractants faibles, v. not. D. Mazeaud, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291 et s.

⁸⁶ V. en ce sens, S. Le Gac-Pech, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p.581 et s. Dans le même sens, v. aussi M. Chagny, « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits ? », *AJ Contrats d'affaires- Concurrence- Distribution*, 2015 n°5, spéc. p. 193.

Titre I.

UNE RECONNAISSANCE DE LA QUALITÉ DE CONTRACTANTS FAIBLES

27. Les notions de non-professionnel et de petit professionnel.

Pour comprendre les notions de non-professionnel et de petit professionnel, il est essentiel d'analyser la position de la jurisprudence et l'intervention du législateur français dans la précision de ces notions. En d'autres termes, il est nécessaire de définir ces notions en droit privé.

Ainsi, après les premières lois relatives à la protection du consommateur, il y eut une époque où le juge a cherché à protéger certains professionnels « faibles » en les assimilant au consommateur. De plus, il y a eu le célèbre *Cape* de la Cour de justice des communautés européennes qui a contraint le juge français à nuancer sa position sur la définition extensive du consommateur. Le juge français a eu le courage de reconnaître une notion autonome de non-professionnel (Chapitre 1).

La notion de petit professionnel était, quant à elle, complètement diluée dans une conception large de professionnels « faibles ». Ainsi, l'idée même d'une protection du petit professionnel vient à la fois du droit européen et du droit français. C'est pourquoi, il est aussi nécessaire de préciser cette notion (Chapitre 2).

CHAPITRE I :

L'ÉMERGENCE DE LA NOTION DISTINCTE DE NON-PROFESSIONNEL

Nous nous proposons d'étudier la notion de non-professionnel en commençant par l'analyse des origines du non-professionnel (Section I) avant de le définir (Section II).

SECTION I. LES ORIGINES DE LA NOTION DE NON-PROFESSIONNEL

28. L'origine du terme non-professionnel en droit français.

La naissance du droit français de la consommation correspond traditionnellement à l'adoption des lois relatives à la protection des consommateurs.

Il s'agissait, d'abord, de la loi sur le démarchage⁸⁷, la loi sur l'information et la protection des consommateurs contre les dangers du crédit en matière d'achat de biens

⁸⁷ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1978 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. V. not. N. Gilda, « Des besoins de la profession aux contours de la

mobiliers⁸⁸. Puis la loi sur l'information et la protection des consommateurs de produits et services⁸⁹, notamment la protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats. Enfin, la loi Scrivener 2 sur la protection des consommateurs en matière immobilière⁹⁰. Désormais, l'article liminaire, alinéa 2, du Code de la consommation, introduit par la loi n°2017-203 du 21 février 2017 et dont l'article 3, définit le non-professionnel comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ».

Il s'agit donc, à ce stade de notre étude, de se poser une question essentielle : celle relative à l'origine et au sens du terme non-professionnel en droit français (§1) avant d'analyser les fluctuations de la jurisprudence sur cette notion de non-professionnel (§2).

compétence professionnelle ou les excès de l'interprétation jurisprudentielle dans l'assimilation au consommateur du professionnel ignorant », *D.* 1993, n°8. Adde G. Paisant, « A quelles conditions le professionnel qui souscrit un contrat après démarchage à domicile peut-il être considéré comme un consommateur ? », *JCP G Semaine Juridique*, 10/03/1993, n°9, p. 2207 et s. G. Raymond, « La loi de 1972 ou la protection du consommateur : Champ d'application », *La Gazette du Palais*, 18/01/1994, n°18, p.5-11. S. Gervais, Note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, Madame Venot c/ Di Martino ès qualités et autres, *JCP G Semaine Juridique*, 24/02/1999, n°8, p. 424-427. M. Depadt, « Note sous CA Nîmes, 23 mars 1999, MN c. SARL Sélectif », *La Gazette du Palais*, 19/07/2000, n° 201, p. 47 et s. R. David, Note Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 2002, pourvoi n°00-17610, *Revue Lamy Droit des affaires*, 01/02/2003, n°57, p. 28-29. M. Luby, « Sommes-nous tous des consommateurs ? », *Droit et Patrimoine*, 01/10/2002, n° 108, p.44-51. V. Vigneau, « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », 30/08/2002, n° 242, p. 3-7.

⁸⁸ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. V. également C. Gavada, « L'information et la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loi 78-22 du 10 janvier 1978) », *D.S.* 1978. *Chronique* 189. Dans le même sens : G. Raymond, « La protection du consommateur dans les opérations de crédit, commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1979 », *Gazette du Palais*, 1978, J. 556. G. Raymond, « Mutations en droit de la consommation », *Revue Lamy Droit des affaires*, 01/02/2010, n° 46, p. 58-62. Voir aussi : D. Schmidt et P. Gramling, « Commentaire de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », Paris : *la documentation organique*, 1978, p. 116 et s.

⁸⁹ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Voir également L. Bihl, « La loi n° 78.23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », *J.C.P.* 1978. I. 2909. Sur les clauses abusives, v. not. Y. Dagonne-Labbé, Note sous CA Paris, 13 octobre 1994, Sarl la Rayonnante c. Société SLIFAC, « La clause prévoyant un minimum forfaitaire à la rémunération du factor n'est ni abusive ni pénale », *D.* 1995 n° 18, p. 264-266.

⁹⁰ Loi Scrivener 2 : loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier. G. Raymond, « Les vicissitudes de la notion d'obtention de prêt dans la loi du 13 juillet 1979 », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 1992, Nizet et autres contre Huot et autres, *JCP N semaine Juridique* (édition notariale et immobilière), 19/02/1993, n°7, p. 57-58. C. Jamin, « La résolution de la vente d'immeuble entraîne celle du prêt », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, Madame Boléa et autres contre Banque Populaire de la Côte d'Azur (BPCA), *JCP N Semaine juridique* (édition notariale et immobilière), 03/03/1995, n° 9, p. 384-386. A. Birraux, « Condition de prêt et mention manuscrite doivent-elles figurer dans le même acte ? », *JCP N* 25/07/2014, n°30, p.5-6. Commission des clauses abusives, Recommandation 90-01 du 11 juillet 1991 émise par la Commission des clauses abusives et relatives aux contrats d'assurance complémentaires à un contrat de crédit, *JCP N Semaine juridique* (édition notariale et immobilière), 15/11/1991, n°45, p.558-564.

§1. LES PREMIERS TEXTES RELATIFS À LA NOTION DE NON-PROFESSIONNEL EN DROIT FRANCAIS

29. Le terme de non-professionnel.

Le terme non-professionnel est source de polémiques. Le législateur français faisait allusion au non-professionnel dans différents textes législatifs mais ne l'avait jamais défini. Ainsi, les premières lois relatives au droit de la consommation ne désignaient pas clairement un non-professionnel; mais elles faisaient allusion à un professionnel « faible » qui pouvait être qualifié comme un non-professionnel.

30. La loi sur le démarchage.

La loi sur le démarchage est la première ayant prévu un dispositif contraignant de protection des consommateurs. Par la même occasion, elle a ainsi contribué à l'édification d'un droit de la consommation autonome par rapport au droit commun des contrats⁹¹. De plus, cette loi était l'une des plus complètes en matière de protection accordée par le droit de la consommation. En effet, ses dispositions ne faisaient aucune distinction quant à la qualité de la personne protégée.

C'est certainement parce que le risque d'un éventuel déséquilibre contractuel est élevé dans les contrats conclus à la suite d'un démarchage que le législateur avait préféré viser indistinctement la partie faible⁹². Cette indifférenciation était ainsi exprimée en ces termes : « *au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail*⁹³ ». C'est donc la personne physique, cocontractant du démarcheur, qui était visée, peu important sa qualité de profane ou de professionnel.

À l'image de la loi sur les clauses abusives, qui prévoyait une protection du non-professionnel, nous considérons que la loi sur le démarchage protégeait également le professionnel « faible ».

En effet, la référence « *au lieu de travail* » signifie que la personne démarchée pouvait être un professionnel souhaitant acheter un bien pour une utilisation personnelle ou

⁹¹ Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, repris dans le code de la consommation au Titre II sur les pratiques commerciales, section 3. V. également, J. Calais-Auloy, « Loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron. p. 266 et s. V. aussi, « La loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile est-elle applicable à l'acquisition faite par un boulanger dans le but d'étendre le champ de son activité professionnelle ? », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 fév. 1994, *D.* 1994, p. 236 et s.

⁹² V. aussi, « La loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile est-elle applicable à l'acquisition faite par boulanger dans le but d'étendre le champ de son activité professionnelle ? », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 fév. 1994, *D.* 1994, p. 236 et s. V. également, R. Martin, « Le consommateur abusif », *D.* 1987, *Chron.* 150 ; A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP* 1994, I, n° 3804.

⁹³ *Ibid.*

professionnelle. Finalement, l'acheteur d'un photocopieur couleur en vue de l'exploitation d'un commerce de location de vidéocassettes⁹⁴ et l'acheteur d'un logiciel de gestion par un cabinet de masseur-kinésithérapeute pour assurer sa comptabilité⁹⁵ ont été considérés comme des professionnels « faibles » assimilables au consommateur.

La loi sur le démarchage allait donc plus loin dans la protection du contractant faible et disposait que la protection était accordée même s'il s'agissait d'un démarchage « à la demande »⁹⁶. Autrement dit, le contractant faible était protégé contre les méfaits du démarchage et ce même si c'était ce dernier qui sollicitait le professionnel. Toutefois, la portée de ce texte dans la protection du non-professionnel restait limitée aux seules « personnes physiques », ce qui avait pour conséquence l'exclusion des personnes morales de la protection⁹⁷.

31. La naissance des critères de la « compétence professionnelle » et de l'absence de « rapport direct ».

C'est grâce à cette loi que les tribunaux accordèrent, pour la première fois, la protection au professionnel « faible » en l'assimilant au consommateur⁹⁸. Ce fût, d'abord, le critère de la « *compétence professionnelle* » qui permettait d'accorder une telle protection. Ensuite, le principal apport de cette loi dans la protection du non-professionnel est venu de la consécration d'un critère objectif fondé sur l'absence de « *rapport direct* » entre l'activité du professionnel et le contrat litigieux.

Ainsi, l'ancien article L.121-22, 4° du Code de la consommation prévoyait un critère : celui de l'absence de « *rapport direct* » entre le contrat conclu et l'activité exercée par le professionnel⁹⁹. C'est ce critère qui permettait, sinon qui permet encore

⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1996, n°94-14662, *Bull. civ.* I, n°331; *D. aff.* 1996, p.1025; *JCP G* 1996, II, 22747, note G. Paisant; *Deffrénois* 1997, p. 346, obs. J.-L. Aubert.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998, n°96-13924, *Bull. civ.* I, n°339 ; *D.* 2000, Som.com., p.39, obs. J.-P. Pizzio ; *D.aff.* 1999, p.117, obs. C.-R. statuant sur le pourvoi formé contre CA Toulouse, 9 janvier 1996, *JCP G* 1996, II, 22747, note G. Paisant ; *CCC.* 1997, comm. N° 106, obs. G. Raymond.

⁹⁶ Pour les actes mixtes de consommation, v. not. J.-M. JUDE, « Notion d'acte mixte de consommation, à la fois à usage professionnel et privé », notes sous CJCE 20 janvier 2005 (affaire C-464/01), *RCDIP*, 2005, p. 493 et s.

⁹⁷ Les dispositions sur le démarchage ne visent pas à protéger la personne morale, puisqu'elles l'excluent de son champ. V. en ce sens, G. Raymond, « La protection du consommateur dans les opérations de crédit, Commentaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 », *Gaz. Pal.* 9 novembre 1978, p.556 et s.

⁹⁸ G. Paisant, « N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle », *D.* 1996, p. 228 et s.

⁹⁹ Sur cette notion et ses implications, v. *infra* n° 71 et s.

aujourd'hui¹⁰⁰, de qualifier telle personne morale de non-professionnel par rapport à un autre.

Les juges se sont servis de ce critère pour exercer leur pouvoir d'appréciation souveraine chaque fois que se présentait à eux la possibilité de protéger un professionnel faible dans un contrat de démarchage. Par exemple, l'acheteur de matériels de surveillance du fonds de commerce a été qualifié comme un professionnel agissant sans rapport direct avec son activité. Tel fut également le cas pour l'installation d'un système d'alarme chez un artisan boucher¹⁰¹.

32. Le démarchage.

En effet, l'ancien article L.121-21 du Code de la consommation disposait qu'est soumis *« aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services. Est également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou excursions afin de réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent »*.

Ce qui avait pour conséquence d'élargir le domaine d'application de la loi sur le démarchage. Désormais, le non-professionnel est clairement désigné comme bénéficiaire de la protection contre le démarchage. Par ailleurs, d'autres textes spécifiques, au champ d'application réduit, permettaient aussi indirectement la protection du professionnel « faible ».

33. Des textes relatifs à la protection du « professionnel faible ».

Au-delà de la loi sur le démarchage, la protection du professionnel « faible » a été déduite de certaines lois qui ne retenaient pas de définition du consommateur. Certains auteurs affirmaient ainsi que *« la conclusion suivant laquelle les lois protectrices recèlent une définition stricte du consommateur révèle une lecture quelque peu rapide de ces textes. Il n'est pas discutable que le législateur n'ait pas donné une définition positive du consommateur, qu'il ait préféré le plus souvent opérer par voie*

¹⁰⁰V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p. 331 et s.

¹⁰¹ CA Toulouse, 6 février 2001, *JCP* G 2001, IV, 2953.

d'exclusions et que l'on puisse déduire de ces dernières exclusions quasi générales du professionnel du champ d'application de la législation protectrice. Il reste néanmoins que les termes utilisés ne tranchent pas toujours la question d'une manière aussi définitive »¹⁰².

Un exemple parmi tant d'autres. Dans la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁰³, la protection n'est accordée que si le professionnel ou le consommateur est en relation, contractuelle ou non, avec un producteur, un autre professionnel.

Pourtant, la directive faisait sienne la définition restrictive de la notion de consommateur. Elle précisait, à propos des dommages causés aux biens, que la réparation est réservée aux choses « d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privée » et « utilisées par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée »¹⁰⁴. La directive ayant pris le soin de préciser qu'elle se référerait sur ce point particulier au consommateur au sens étroit du terme, le terme consommateur utilisé dans l'exposé des motifs devait donc s'entendre dans un sens large comprenant tout utilisateur, privé ou professionnel.

C'est en ce sens que le législateur français est intervenu puisque la loi de transposition du 19 mai 1998 s'appliquait à toute personne sans distinction, y compris le professionnel. Le champ d'application de cette loi n'excluait donc pas expressément le professionnel¹⁰⁵. Cette protection du professionnel « faible » pouvait enfin être déduite des lois Scrivener.

34. Les lois Scrivener sur la protection du consommateur dans les opérations de crédit.

La première loi de 1978, ne contenait pas le terme « non-professionnel », ni le mot « consommateur »¹⁰⁶. Contrairement à la loi sur le démarchage, la loi n°78-22 du 10

¹⁰² N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie général du contrat*, PUAM, Marseille : 2002, spéc. p. 326.

¹⁰³ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁰⁴ Article 9 de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁰⁵ Concernant le champ d'application de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, l'article 1386-2 du code civil prévoit que : « Les dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne ou au bien autre que le produit défectueux lui-même ».

¹⁰⁶ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. V. not. D. Bazin-Beust, « À propos de la réforme du crédit à

janvier 1978 désignait très clairement la catégorie de contractants protégés¹⁰⁷. Son article 3, devenu l'article L.311-1, °2 du Code de la consommation, désignait le contractant, « *personne physique, qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commercial ou professionnel* ».

La loi Scrivner 1 sur la protection du consommateur dans les opérations de crédit avait pour vocation principale la protection du consommateur dans les contrats liés au crédit. Ainsi, l'article 2 de la loi en question qui est devenu l'article L311- 1, mentionnait clairement les contrats « *de prêt d'argent, les contrats de location- vente ou de location assortie d'une promesse de vente et toutes les opérations de crédits liées à des ventes ou à des prestations de services, y compris les ventes ou les prestations de services dont le paiement est échelonné ou différé* ». Ces dispositions semblaient retenir une conception très restrictive du consommateur et la jurisprudence avait confirmé que le contractant protégé était uniquement le consommateur personne physique¹⁰⁸.

Ce texte ne visait donc que les contractants, personnes physiques, qui empruntent dans un but purement domestique. Cela excluait, en tout cas, tout professionnel contractant « *un crédit destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle. Le professionnel dans l'exercice de son activité n'était pas considéré comme un consommateur qu'il fallait protéger* »¹⁰⁹.

35. Exclusion des personnes morales du bénéfice de la loi Scrivener 1.

Ces dispositions excluaient également les personnes morales puisque l'article 3 qui délimitait le champ d'application, en raison de la personne, ne s'appliquait pas aux « *personnes morales de droit public* » et celles de droit privé. Le mérite est donc revenu à la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010 d'avoir modifié cette disposition du code de la consommation¹¹⁰. La loi Lagarde portant réforme du crédit à la consommation est la loi de transposition en droit français de la directive n°2008/48 CU du 23 avril 2008 relative aux contrats de crédit aux consommateurs.

la consommation : entre protection du consommateur et protection de la consommation », *Petites affiches* 2012, n°101, p. 6 et s.

¹⁰⁷V. en ce sens, G. Raymond, « La protection du consommateur dans les opérations de crédit, Commentaire de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 », *Gaz. Pal.* 9 novembre 1978, p.556 et s.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. V. not. X. Leducq, « Le client profane, le client averti, le client responsable et la loi Lagarde », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2011, n°120, p. 7 et s.

Celle-ci était d'harmonisation maximale. Le contractant visé par la loi Lagarde est l'« *emprunteur ou consommateur* » personne physique. Or, l'emprunteur peut bénéficier de la qualification d'emprunteur non-averti, peu important sa qualité de consommateur ou de professionnel. Le critère de la protection du non-averti est son incompétence dans le domaine de la finance, alors que le droit de la consommation exclut désormais ce critère de « *la compétence professionnelle* »¹¹¹. L'emprunteur non-averti peut être donc un professionnel d'un autre domaine d'activité¹¹². Le critère de protection de l'emprunteur, professionnel « faible », n'est donc pas exactement le même que celui du non-professionnel. Ces deux contractants sont néanmoins des contractants faibles, une approche similaire de leur protection étant notable.

36. Les dispositions de la loi sur le crédit à la consommation.

Les dispositions de la loi sur le crédit à la consommation excluaient donc clairement la seule personne morale. Elle ne permettait pas non plus une possibilité de protection du professionnel faible, personne physique, dans le droit de la consommation. En effet, la Cour de cassation avait considéré, à plusieurs reprises, que l'ancien article L. 311-3 du Code de la consommation qui soustrait des dispositions du droit du crédit à la consommation les « *prêts destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle* », ne s'applique que si la destination professionnelle du crédit résulte d'une stipulation expresse¹¹³.

Ainsi dans une affaire, un véhicule automobile avait été acheté à crédit. Des difficultés étant intervenues, l'acheteur avait assigné le vendeur en résolution de la vente. Le prêteur, invoquant la défaillance de l'emprunteur, réclamait le paiement d'une certaine somme. La demande de résolution fût rejetée et la demande de paiement accueillie. La cour d'appel avait alors considéré que l'emprunteur ne pouvait pas se prévaloir de l'article L. 311-3 à l'encontre du prêteur alors qu'il avait, dans l'assignation délivrée à l'acheteur, indiqué avoir acquis le véhicule pour les besoins de son commerce, et qu'il avait réitéré cette affirmation devant les premiers juges.

La Cour de cassation avait alors censuré la décision de la cour d'appel au motif que « *la destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation*

¹¹¹ Sur la notion de non-averti et ses implications, v. *infra* n°63 et s.

¹¹² Dans ce sens, voir not. S. Bernheim-Desvaux, « La compagne du débiteur est une caution non-avertie bénéficiant de la Macron », *EDCO* 2012/10, p. 3 et s.

¹¹³ Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm n° 170, *JCP G* 2004, II, 10050, note Bonnet; Cass. Civ. 1^{re}, 21 oct. 2003, *Bull. Civ.* I, n° 164; Cass. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2007, n°06-16543.

expresse »¹¹⁴. La Cour de cassation reprochait ainsi à la cour d'appel une violation de l'article L. 311-3 du Code de la consommation par une mauvaise application. Cette protection du professionnel « faible » se faisait ici par une assimilation pure et simple au consommateur.

En revanche, si le contrat stipulait clairement que le crédit est destiné à une acquisition professionnelle, la Cour de cassation ne vérifierait pas si le professionnel pouvait être qualifié de non-professionnel. Il s'agissait donc d'une protection facultative du professionnel « faible » contre le crédit.

En revanche, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener 2, contenait le terme « *non-professionnel* » à côté de celui de « *consommateur* ». C'est ainsi dans la lutte contre les clauses abusive que la notion de non-professionnel et sa protection allaient trouver un véritable écho. Cette lutte contre les clauses abusives fût donc instituée par la loi Scrivener 2 du 10 janvier 1978. Cette protection du non-professionnel a été étendue dans les contrats conclus par tacite reconduction.

37. L'origine du terme « non-professionnel ».

La loi Scrivener 2 ne désignait pas directement le non-professionnel dans les chapitres consacrés à l'information du consommateur. C'est seulement à partir du chapitre IV, intitulé « *de la protection des consommateurs contre les clauses abusives* » que l'on retrouvait le terme « non-professionnel »¹¹⁵. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article L 212-1 du Code de la consommation, qui est la transposition de l'article 35 de la loi n°78-23, dispose que : « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du « non-professionnel » ou du « consommateur », un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat* ». C'est cet article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 qui a institué, pour la première fois, un dispositif légal de lutte contre les clauses abusives, et uniquement dans les contrats de consommation, en droit français.

Cet article paraissait clair dans la désignation du non-professionnel comme bénéficiaire de la protection contre les clauses abusives dans les contrats de consommation. Le terme « *non-professionnel* » était situé dans ce texte avant le terme « *consommateur* ».

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2008, n°05-12729. V. not. D. Fenouillet, « Crédit à la consommation : note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 31 janvier 2008, pourvoi 05-12729 », *RDC* 2008/4, p. 1232-1233.

¹¹⁵ V. en ce sens, P. Jappy, « Les clauses abusives à l'égard des consommateurs et la réglementation du 10 janvier 1978 », *Gaz. Pal.*, 5 septembre 1978, p. 453 et s.

Ces deux termes étaient séparés par la conjonction de coordination « *ou* ». Etaient-ce en conséquence des « synonymes » ?

C'est au cours de la première lecture du projet de loi à l'Assemblée que l'on voit apparaître la notion de « non-professionnel » substituée à celle du « consommateur ». Le droit de la consommation visait à régir les contrats de consommation dans les rapports entre non-professionnels et professionnels.

Mais le titre du chapitre IV du projet de loi faisait encore allusion aux « consommateurs » en tant que bénéficiaires de la protection. Il était ainsi formulé : « *De la protection des consommateurs contre les clauses abusives* ». On pouvait alors penser que pour les députés, le consommateur était assimilé au non-professionnel¹¹⁶.

En seconde lecture, le Sénat avait rejeté cette délimitation voulue par l'Assemblée Nationale et était revenu à son texte initial. C'est alors que la commission mixte paritaire constituée pour trouver un compromis proposa l'adjonction de l'expression « non-professionnel » à celle de « consommateur » à la suite d'une intervention qui soulignait que les consommateurs n'étaient pas seuls en état d'infériorité dans les contrats¹¹⁷.

Le texte final qui fut adopté et voté concerne les clauses abusives des contrats conclus « *entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs* »¹¹⁸. Le rapporteur au Sénat du projet de loi qui allait devenir la loi du 1^{er} février 1995 faisait notamment observer que la nouvelle rédaction de l'article L. 212-1 permettrait de viser « *également des professionnels qui contractent dans un domaine qui leur est parfaitement étranger* »¹¹⁹. À l'Assemblée Nationale, le rapporteur du même projet affirmait qu'il s'agissait « *de prendre en compte la situation d'un professionnel concluant un contrat pour les besoins personnels ou dans le cadre de son activité professionnelle mais hors de sa spécialité* »¹²⁰.

¹¹⁶ V. en ce sens, J.-C. Tahita, « *La loi n°78-23 du 01/01/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats* », Thèse, Poitiers : 1985, spéc. p. 108.

¹¹⁷ J.-C. Tahita, *these préc.*

¹¹⁸ J.-C. Tahita, *these préc.*

¹¹⁹ Rapport Fosset, Doc. Sénat n°64, 1^{re} session ord. 1994-95, p.26. V. en ce sens, G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, C. Jamin et D. Mazeaud, (dir.), Economica, Paris : 1998, spéc. p. 21.

¹²⁰ Rapport Charié, Doc. Ass. Nat. N° 1775, 10^e lég., p. 12. V. en ce sens, G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, C. Jamin et D. Mazeaud, (dir.), *art. préc.* spéc. p. 21.

38. Le débat sur la nécessité la protection du non-professionnel.

Des auteurs s'étaient alors élevés contre l'extension de la protection du consommateur à une catégorie de professionnel « faible »¹²¹. Une protection du professionnel « faible » ne pouvait pas trouver sa place dans le droit de la consommation. Les « *non-professionnels ou consommateurs sont des personnes physiques qui contractent pour leurs besoins personnels ou familiaux* »¹²². Ainsi, dans les lois Scrivener, le terme « non-professionnel » était considéré comme synonyme de « consommateur » et était protégé comme tel¹²³. Néanmoins, on pouvait constater un manque de concertation entre le législateur et la Cour de cassation ; le premier souhaitant avec la loi du 1^{er} février 1995, entériner la solution jurisprudentielle issue de l'arrêt du 28 avril 1987 consacrant une conception extensive du consommateur alors que la Cour de cassation avait, depuis, substantiellement modifié sa position¹²⁴. En effet, au critère de la compétence professionnelle retenu dans l'arrêt du 28 avril 1987 avait été substitué un critère objectif basé sur l'absence de rapport direct entre le contrat conclu et l'activité du professionnel ; ce qui excluait généralement les professionnels faibles de la protection.

39. Absence d'unanimité sur le terme non-professionnel.

Pour certains commentateurs de cette loi, cette délimitation des personnes visées par le chapitre IV n'était pas probante dans la mesure où ces composantes n'étaient pas précisées parce qu'elles faisaient appel à des situations que le législateur ne définissait pas¹²⁵. C'est l'article 35 de la loi n°78-23 qui, définissant la clause abusive, contenait l'expression non-professionnel.

Cependant, le législateur n'avait défini ni le non-professionnel, ni le consommateur. L'acceptation du terme non-professionnel à côté du terme consommateur n'a jamais fait l'unanimité au sein de la doctrine. Par exemple, dans les premiers rapports des commissions de réflexion sur le droit de la consommation¹²⁶, dans la recherche d'une

¹²¹J.-C. Tahita, *these préc.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ J.-C. Magnali, « *La notion de consommateur* », Thèse, Montpellier, 1993, pp. 427. V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Un syndicat de copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L.136-1 du Code de la consommation », *L'essentiel Droit des contrats, RTCO*, 1^{er} septembre 2011, n° 8, p. 2 et s.

¹²⁴ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997 p. 260 et s. V. sur ce point, J. Ghestin et I. Marchessaux Van-Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives », *JCP* 1995, I, n° 3854.

¹²⁵J.-C. Tahita, *thèse préc.*

¹²⁶ J. Calais-Auloy, H. Emmanuelli, *Proposition pour un nouveau droit de la consommation, rapport final*, Paris : la Documentation française, Collection des rapports officiels, 1985, pp.221. V. également en ce sens, J. Calais-Auloy, *Proposition pour un code de la consommation : rapport*, Collection des

définition du consommateur, Monsieur Jean Calais-Auloy affirmait ceci : « *Il peut y avoir une incertitude quant à la question de savoir s'il faut utiliser le terme consommateur dans une conception étroite ou dans une conception plus large. Dans une conception étroite, la définition n'engloberait que les particuliers utilisant des biens et des services à des fins privées. Une conception large permettrait d'englober les professions libérales ou les personnes morales...* »¹²⁷.

L'existence d'une notion de non-professionnel suscitait de nombreuses questions au sein de la Commission de codification du droit de la consommation dirigée par Monsieur Calais-Auloy. Pour Monsieur Calais-Auloy, « *les professionnels, même en dehors de leur compétence, savent généralement mieux se défendre que de simples consommateurs. De plus, le critère de la compétence manque de netteté, ce qui rendait imprécises les frontières du droit de la consommation.*

Telles sont les raisons pour lesquelles le projet de Code adopte une définition stricte : sont des consommateurs les personnes qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non-professionnel »¹²⁸. Les auteurs de ce projet de loi n'avaient donc aucune faveur pour la notion de non-professionnel.

Leur rejet de cette notion était guidé par les préoccupations d'une délimitation des contours du droit de la consommation ; mais aussi dans le but d'en assurer la cohérence. Une possible protection d'un professionnel « faible » ne pouvait pas trouver sa place dans le droit de la consommation. Le reproche que l'on peut faire à cette conception stricte, c'est qu'elle n'ait pas permis d'obtenir une définition uniforme du consommateur ; au point que la jurisprudence continuait de protéger certains professionnels « faibles » par assimilation aux consommateurs¹²⁹. Dans ces textes, le terme « non-professionnel » était donc considéré comme synonyme de « consommateur » et était protégé comme tel¹³⁰.

rapports officiels 1990, Paris : la Documentation française, pp. 183. Adde, J. Calais-Auloy, *Vers un nouveau droit de la consommation*, Collection des rapports officiels, 1984, Paris : la Documentation française, 96 p.

¹²⁷ J. Calais-Auloy, H Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, p. 19.

¹²⁸ La commission de codification du droit de la consommation de 1990 présidée par le doyen Calais-Auloy a considéré que les mots « consommateur » ou non-professionnel », étaient synonymes, ce qui, d'ailleurs, ne fait plus consensus aujourd'hui. Voir not. J. Calais-Auloy, *Proposition pour un code de la consommation*, Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre, *Collection des rapports officiels*, avril 1990, spéc. p. 20-21.

¹²⁹ Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, n°80- 14757.

¹³⁰ J.-C. Magnali, « *La notion de consommateur* », Thèse, Montpellier, 1993, pp. 427. V. not. Sauphanor-Brouillaud, « Un syndicat de copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L.136-1 du Code de la consommation », *RTCO*, 1^{er} septembre 2011, n° 8, p. 2 et s.

40. Le terme non-professionnel rejeté par une partie de la doctrine.

Pourtant, les premiers commentaires doctrinaux aboutissaient à une assimilation systématique du non-professionnel au consommateur. Cette assimilation systématique de deux contractants distincts posait déjà un problème.

C'est ainsi qu'un auteur avait affirmé que: «l'hypothèse qui suscite actuellement les plus grandes hésitations est celle du professionnel agissant en dehors de sa compétence: l'avocat, par exemple, achetant du matériel électronique pour l'exercice de sa profession; peut-on assimiler ce professionnel à un consommateur ? »¹³¹.

Le droit de la consommation ne pourrait donc pas servir à protéger certaines catégories de « professionnels faibles »¹³². C'est essentiellement l'avis d'une partie de la doctrine qui considérait que : « certes, un déséquilibre peut aussi se rencontrer dans les rapports entre professionnels. Mais ils posent des problèmes différents, qui doivent trouver leur solution dans des textes spécifiques, et non dans le Code de la consommation »¹³³. Les professionnels ne pouvaient donc être qualifiés de non-professionnels. Ainsi, l'article L.104 de la proposition pour un code de la consommation, qui définissait les clauses abusives, ne faisait aucune référence au non-professionnel. Cette omission du terme « non-professionnel » dans la proposition de Code de la consommation, s'expliquait par le fait que Monsieur Calais-Auloy a toujours préféré l'exclusion de la notion de non-professionnel en droit de la consommation¹³⁴.

En effet, on pouvait s'interroger sur le fait que, alors même que la loi Scrivener 1 du 10 janvier 1978 relative à la lutte contre les clauses abusives, utilisait expressément le terme « non-professionnel », le projet de Code de la consommation l'omettait. Or, le contractant victime du « déséquilibre excessif »¹³⁵ peut être soit un professionnel faible, soit un consommateur. On ne peut être à la fois un professionnel faible et un consommateur. Par exemple, l'entrepreneur qui achète des matériaux pour la construction d'un immeuble le fait non pour son activité de constructeur mais pour le maître d'ouvrage qui deviendra propriétaire de l'immeuble.

¹³¹ J. Calais-Auloy, *Propositions pour un Code de la consommation : rapport* », *op.cit.* spéc. pp. 20 et 21.

¹³² V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, Préface Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 184 et s.

¹³³ J. Calais-Auloy, *Propositions pour un code de la consommation, rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre*, La documentation française, Paris : 1990, spéc. p.11.

¹³⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, p.11 et s.

¹³⁵ Sur cette notion et ses implications, v. *infra* n° 411 et s.

Ainsi, le contrat d'achat de matériaux peut être déséquilibré au détriment de cet entrepreneur. On peut donc admettre que cet entrepreneur faible peut subir un contrat déséquilibré qui est sans rapport direct avec sa profession. Cet entrepreneur qui pouvait être qualifié de non-professionnel, n'était en aucune façon un consommateur.

C'est ainsi qu'un auteur pensait que la notion de non-professionnel pouvait être plus large pour contenir la notion de consommateur¹³⁶. Or, les sénateurs, qui se sont prononcés sur le projet de loi, affirmaient qu'il s'agissait là de synonymes¹³⁷. Ce qui revenait à assimiler purement et simplement le « non-professionnel » au « consommateur ». Le débat sur la distinction entre « non-professionnel » et « consommateur » date donc de la naissance du droit français de la consommation.

41. Un débat doctrinal sans fin sur une notion de non-professionnel.

Ce refus d'accepter le non-professionnel en droit de la consommation créa un débat doctrinal passionnant.

Les partisans d'une notion large de consommateur considéraient que le débat n'était pas relatif à la notion de non-professionnel, mais plutôt à la catégorie de professionnels « faibles » protégés par le droit de la consommation. Pour eux, une protection des professionnels « faibles » par assimilation au consommateur était possible¹³⁸; c'est-à-dire qu'une protection du professionnel faible ne pouvait passer que par une qualification en non-professionnel. Le professionnel qui se trouve dans une situation d'infériorité technique, intellectuelle ou économique comparable à celle du consommateur devrait donc bénéficier de la protection du droit de la consommation¹³⁹. Une telle assimilation du professionnel « faible » au consommateur « *suppose une certaine extension de la notion de consommateur pour permettre la prise en compte du non-professionnel sortant de sa spécialité* »¹⁴⁰. Cette conception large du consommateur avait pour conséquence de confondre les professionnels « faibles » et les consommateurs et surtout d'entretenir des incertitudes.

¹³⁶ En ce sens, J.-C. Tahita, « *La loi n°78-23 du 01/01/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats* », Thèse, Poitiers : 1985, p. 109.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ V. not. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie général du contrat*, PUAM, Marseille : 2002, spéc. p. 326.

¹³⁹ V. en ce sens, D. Mazeaud, Observations sous Cass. Com. 10 mai 1994, *Dalloz* 1995. Somm. 89.

¹⁴⁰ J.-C. Tahita, « *La loi n°78-23 du 01/01/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats* », Thèse précitée, spéc. p. 102.

42. La notion stricte de consommateur.

Pour les partisans d'une notion stricte du consommateur, une assimilation du non-professionnel au consommateur n'était pas la solution. Le professionnel peut être protégé en dehors du droit de la consommation¹⁴¹. Il leur semblait préférable que le terme non-professionnel disparaisse du Code de la consommation¹⁴².

Les partisans de la notion stricte de consommateur défendaient la vocation première du droit de la consommation qui est la protection du consommateur ; malgré le fait qu'ils n'aient pas défini ce terme¹⁴³. Ils approuvaient une conception stricte du consommateur en souhaitant « *que la Cour de cassation abandonne l'expression du « rapport direct* », *qui paraît inutile et qui risque de nuire à la clarté de la notion de consommateur* »¹⁴⁴. Cela serait une façon de se conformer à la définition donnée par la directive de 1993¹⁴⁵.

Le droit de la consommation se conformerait ainsi à sa première vocation qui était de ne protéger que le seul consommateur dans sa fonction économique¹⁴⁶. Or, si le droit de la consommation ne pouvait servir à protéger le professionnel « faible », cela ne résolvait pas une question essentielle ; à savoir la prise en compte de l'existence et de la protection de ces professionnels, dont une catégorie particulièrement vulnérable est désignée sous le terme de « petit professionnel ». Face à cette polémique doctrinale sur la notion de non-professionnel, la jurisprudence a tenté d'en préciser le sens.

¹⁴¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, p.11 et s.

¹⁴² V. not. J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Paris 2010, Dalloz, spéc. p. 214. V. également, N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, in *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), L.G.D.J. Paris : 2013, spéc. p.182.

¹⁴³ Le consommateur n'a eu une définition légale dans le Code de la consommation que, par la transposition de la directive sur le droit des consommateurs, par la loi Hamon.

¹⁴⁴ J. Calais-Auloy, *Propositions pour un Code de la consommation : rapport* », *op.cit.* spéc. pp. 20 et 21. Depuis, la loi Hamon, le critère du champ d'activité principale a été substitué au critère du rapport direct.

¹⁴⁵ L'article 2 de cette directive dispose que : « *le consommateur est la « personne physique (...) qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* ».

¹⁴⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, p.19 et s.

§ 2. LES MUTATIONS DANS LA NOTION DE NON-PROFESSIONNEL

43. L'introduction de la notion de non-professionnel.

Très concrètement, c'est la loi Scrivener 2 qui a introduit la notion de non-professionnel en droit français.

Comme cette loi, elle-même, ne définissait pas le non-professionnel, c'est aux tribunaux qu'il est revenu de dire ce que signifiait cette notion de non-professionnel. La jurisprudence a donc tout naturellement assimilé ce non-professionnel au consommateur. S'agissant d'un contractant « intrus » en droit de la consommation, c'est ainsi qu'il était perçu par la majorité de la doctrine, le juge a eu quelques difficultés à définir un critère précis de qualification du non-professionnel.

Le non-professionnel sera d'abord qualifié de professionnel d'une autre spécialité ; c'est le critère de la compétence professionnelle. Puis, sa qualification en contractant faible sera finalement fondée sur un critère objectif de l'absence de rapport direct entre le contrat et l'activité exercée par le professionnel.

44. Une approche par tâtonnement.

Les juridictions ont procédé par tâtonnement dans la recherche d'une protection du professionnel « faible ». Cela s'explique par le fait que les critères de définition et de protection du non-professionnel ont changé en droit français de la consommation.

D'abord, la conception stricte du consommateur excluait toute prise en compte d'un professionnel « faible ». Puis les juges ont retenu un premier critère, celui de « la compétence » professionnelle. Ce critère consacrait une définition large du consommateur englobant certains professionnels « faibles » en raison de leur incompetence. Enfin, le juge est retourné à une conception stricte du consommateur tenant au critère de l'absence de « *rapport direct* » entre le contrat et l'activité professionnelle. Ce critère qui n'admet la qualité de non-professionnel que de façon circonstanciée, aboutissait dans tous les cas à l'exclusion du professionnel « faible » de la protection en droit français.

Ainsi, dans presque toutes les décisions, la définition de la notion de non-professionnel se déduisait par une interprétation *a contrario*. Le non-professionnel était donc défini de façon négative. Ce critère semble aujourd'hui abandonné en raison de la modification de l'article L. 121-1 du Code de la consommation¹⁴⁷. L'analyse du critère

¹⁴⁷V. en ce sens, C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *RDC* 2014/3, p. 456 et s.

de « la compétence » professionnelle (A), précédera celle du critère de l'absence de « rapport direct » entre le contrat et l'activité professionnelle (B).

A. Le critère de « la compétence » professionnelle

45. Un critère extensif dans la protection du professionnel « faible ».

Le critère de la compétence professionnelle était le plus extensif. L'idée générale était qu'en dehors de son domaine de compétence traditionnelle ou habituelle, un professionnel se trouvait généralement aussi démuni qu'un simple consommateur¹⁴⁸.

Le professionnel se trouve dans la même situation d'ignorance que le consommateur lui-même¹⁴⁹, lorsqu'il contracte en dehors de son domaine de compétence. Il devait donc être protégé contre les abus de puissance économique de son cocontractant professionnel¹⁵⁰. Sa situation de faiblesse ne sera, de plus, pas toujours économique puisqu'elle peut être caractérisée par une ignorance technique ou intellectuelle (juridique)¹⁵¹. Il peut ainsi exister entre deux contractants professionnels un déséquilibre de puissance informationnelle susceptible de dégénérer en abus. Le professionnel « faible » acceptant, sans s'en rendre compte, des clauses abusives et des obligations déséquilibrées.

Ces éléments de faiblesse peuvent coexister dans une même situation, créant ainsi une interdépendance entre eux.

46. La protection du faible contre le fort.

Il existerait ainsi une fracture entre les professionnels selon la puissance économique de chaque contractant. Par exemple, les petits producteurs sont réputés en situation de faiblesse par rapport aux grandes centrales d'achat.

Depuis la loi du 4 juin 2008, qui a introduit l'article L.442-6-I-2°, dans le Code de commerce, relative à la protection de certains professionnels contre les clauses

¹⁴⁸ Notamment par le critère de la compétence, premier critère développé par la jurisprudence. Voir dans ce sens D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM.

¹⁴⁹ Cass. civ. 1ère, 6 janvier 1993, n° 90- 20726. Voir en ce sens, N. Gilda, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

¹⁵⁰ V. not. A.-S. Choné-Grimaldi, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Ed. ECONOMICA, Paris : 2010. Voir également, F. Chenede, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme » *RDC* 2015/3, p. 655 et s.

¹⁵¹ D. Mazeaud, « De l'art de répondre à une question qui n'était pas posée tout en refusant de répondre à la question qui était posée », *Défrénois*, 15 septembre 1994 n° 17, p.1132 et s.

abusives, la justification de cette protection se trouve dans le principe de la lutte contre la « *loi du plus fort* »¹⁵². Il était alors admis que la nécessité se posait de « *briser cette distinction trop manichéenne entre consommateurs et professionnels* »¹⁵³.

Il apparaissait que le critère qui conduit le juge à assimiler le professionnel au consommateur ne réside ni dans la finalité de l'acte, ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle, mais bien dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle qui a donné lieu à la clause¹⁵⁴. Dans cette logique, le critère du « *rapport direct* » devait s'effacer devant celui de « la compétence » professionnelle.

47. Jurisprudence.

C'est aussi ce que pensait le juge français à l'époque. C'est ainsi que la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 avril 1987¹⁵⁵, acceptait d'appliquer les dispositions contre les clauses abusives au bénéfice d'une agence immobilière.

En l'espèce, cette société avait conclu un contrat portant sur l'installation d'un système d'alarme pour ses locaux professionnels. La Haute juridiction considérait alors que ce professionnel se trouvait « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* ». La Cour de cassation pensait alors clairement dans son rapport pour l'année 1987, qu'un professionnel qui passait un acte pour les besoins de sa profession « *mais en dehors de ce qui est sa technicité propre* », devait être assimilé à « *un consommateur inexpérimenté* »¹⁵⁶.

Après cet arrêt de 1987, la Cour de cassation eût l'occasion de réitérer l'application du critère de la compétence professionnelle dans le domaine du démarchage à domicile, en protégeant sur ce fondement un agriculteur ayant acheté un extincteur¹⁵⁷.

¹⁵² D. Mazeaud et T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

¹⁵³ J. Mestre, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 252 et s.

¹⁵⁴ D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM.

¹⁵⁵ Cassation civile 1^{ère}, 28 avril 1987, n° 85-13674. *D.* 1988.1, note P. Delebecque; *D.* 1987. *Somm.* 455, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1987.II.20893, note G. Paisant ; V. également, R. Martin, Le consommateur abusif, *D.* 1987, *Chron.* 150 ; A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP* 1994, I, n° 3804.

¹⁵⁶ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997 p. 260 et s.

¹⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1993, n° 90-20726.

48. Le rejet du critère de la « compétence professionnelle » par une partie de la doctrine.

Si certains auteurs étaient du même avis que la Cour de cassation à l'époque, d'autres refusaient clairement l'existence de tout autre contractant intermédiaire entre le consommateur et le professionnel.

Pour justifier le refus de la protection du professionnel « faible » sur ce fondement, ils avançaient qu'il n'était pas prouvé « *que le professionnel qui agit en dehors de sa spécialité soit aussi désarmé que le simple consommateur* »¹⁵⁸.

Ainsi, de façon générale, celui qui agit pour les besoins de sa profession porte à ses actes une attention plus grande que celui qui agit dans un but privé¹⁵⁹. Ils affirmaient alors que « *la conception large rend imprécises les frontières du droit de la consommation. Pour savoir si le professionnel agit ou non dans sa sphère de compétence, pour savoir si son acte est en rapport direct ou indirect avec son activité professionnelle, il faut procéder, au cas par cas, à une recherche dont le résultat est toujours aléatoire... La conception stricte du consommateur, relativement précise, apporte une sécurité juridique que ne fournit pas la conception large, trop floue* »¹⁶⁰. Ces auteurs refusaient au professionnel, fût-il un contractant « faible », toute protection du droit de la consommation.

C'est ainsi que les tribunaux allaient retenir une conception assez stricte du consommateur qui, sans remettre en cause l'existence de professionnels « faibles », laissait peu de place à l'émergence d'une notion autonome de non-professionnel. Le critère utilisé était celui de l'absence de « rapport direct » entre le contrat et l'activité du professionnel ; c'est le critère tiré des dispositions de la loi sur le démarchage. L'utilisation de ce critère avait pour conséquence l'exclusion quasi-automatique des professionnels de la conception large de la notion de consommateur. Ce critère objectif semble néanmoins adapté à la nature du non-professionnel.

¹⁵⁸ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p. 19.

¹⁵⁹ *Ibid*

¹⁶⁰ *Ibid.*

B. Le critère du « rapport direct »

49. Distinction en fonction de la nature du lien unissant l'acte conclu à la profession exercée.

C'est à Monsieur Carmet que revient le mérite d'avoir émis, le premier, l'idée d'une distinction en fonction de la nature du lien unissant l'acte conclu à la profession exercée¹⁶¹.

Beaucoup d'auteurs optaient pour ce critère car ils le considéraient, en apparence, plus précis que l'application du critère de « la compétence » professionnelle. C'est dans le même ordre d'idée que la Cour de cassation consacrait expressément le critère « objectif » du « rapport direct » dans un arrêt du 24 janvier 1995¹⁶².

En l'espèce, une entreprise de verrerie n'avait pas pu combattre à temps l'incendie causé par une coulée de verre en fusion, en raison d'une coupure d'eau. Elle soutenait le caractère abusif de la clause qui exonérait de toute responsabilité la commune du Havre, en sa qualité de fournisseur d'eau¹⁶³. Cette entreprise avait vu son pourvoi rejeté par la Cour de cassation au motif que c'est « *dans l'exercice normal de son activité industrielle* » qu'elle « *consommait de grandes quantités d'eau* ».

La haute juridiction estimait que cette situation était de nature à établir un lien direct entre le contrat de fourniture, contenant la clause litigieuse, et l'activité du professionnel.

50. Les critiques de la doctrine sur l'utilisation du critère du « rapport direct » par les tribunaux.

Des auteurs s'opposèrent à l'utilisation de ce critère dans cet arrêt au motif que cela n'emporte guère la conviction, que ce soit au vu du raisonnement utilisé dans l'espèce que sur le plan des principes¹⁶⁴.

¹⁶¹ O. Carmet, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, p. 10 et s.

¹⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n° 92-18227. D. Bakouche, « Domaine d'application de la protection contre les clauses abusives : la Cour de cassation résiste à la « communautarisation » du droit français », *Lettre juridique Lexbase*, 2005 n°162, p. 13-14. V. également, J. Nénert, Note sous un arrêt de la Cour de cassation, *CJEG*, 1995, n°512, p.270-274. Adde G. Paisant, « Une nouvelle définition du consommateur protégé contre les clauses abusives ; Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 janvier 1995 », *D.* 1995, p. 327 et s. Chronique numéro 7 (suite et fin), J. Huet, *Les petites affiches*, 1995 n°80, p. 22 et s. V. également, ainsi que G. Paisant, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988. *Chron.* 253, n° 5.

¹⁶³ Pour une étude approfondie sur les clauses limitative de responsabilité, v. notamment M. Leveneur-Azémar, « *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* », Thèse, Paris, 2016.

¹⁶⁴ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997 p. 260 et s.

En premier lieu, ils estimaient que les raisonnements développés au soutien des solutions retenues sont discutables. Pour quelle raison le fait d'utiliser de grandes quantités d'eau était-il un argument permettant d'exclure automatiquement le régime protecteur contre les clauses abusives ?

En second lieu, ils soulevaient l'hypothèse dans laquelle une grande entreprise multinationale n'utilise pas, pour son activité industrielle normale, de grandes quantités d'eau. Il y avait, pour eux, tout lieu de penser que, dans le cadre de la négociation du contrat de fourniture d'eau pour les besoins courants de ses salariés, cette entreprise ne serait pas, face à la commune du Havre, en position de faiblesse économique.

Ils affirmaient ainsi que si l'on suit la voie tracée par la Cour de cassation, elle sera néanmoins protégée contre une clause exonératoire de responsabilité qu'elle avait pourtant la puissance d'écarter pendant les négociations. Inversement, une entreprise de taille moyenne ou un petit professionnel, qui utilise de grandes quantités d'eau dans le cadre de son activité normale, peut parfaitement se trouver, en face de la commune, en position d'infériorité telle qu'il lui est impossible de négocier le contenu du contrat¹⁶⁵.

Ces auteurs restaient, il nous semble, dans la logique du critère de « la compétence », voire de la puissance économique de l'un des contractants professionnels par rapport à l'autre. Cette distinction entre professionnels, selon la puissance économique et la taille de l'entreprise était, on le sait aujourd'hui, visionnaire. Désormais, c'est ce critère que retient le législateur européen pour accorder la protection du droit français à certains contractants qualifiés de petits professionnels.

Pourtant, ce critère de la puissance économique d'un professionnel par rapport à un autre n'est pas celui du droit de la consommation. Il reste quand même très utile en droit des obligations et en droit de la concurrence pour protéger le professionnel faible sur le fondement de la violence économique¹⁶⁶. Les auteurs qui rejetaient le critère du « rapport direct » nous semblaient, presque toujours, pour une existence autonome de la notion de non-professionnel.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ V. Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15242. V. not. R. Secnazi, « Note sous arrêt », *JCP E* 2001 n° 13, p. 571 et s. V. aussi, G. Loiseau, « Note sous arrêt », *JCP G* 2001 n°4, p. 195 et s.

51. L'idée d'une notion distincte du non-professionnel en doctrine.

Sur le fondement de ce critère du « *rapport direct* », une partie de la doctrine distinguait clairement la notion de non-professionnel de celle du consommateur¹⁶⁷. Pour cette doctrine, la notion de non-professionnel recouvrait « une situation propre »¹⁶⁸.

Ainsi, la notion de rapport direct se prêterait « à des subtilités d'interprétation que les tribunaux n'ont pas encore totalement maîtrisées »¹⁶⁹. En voulant coûte que coûte exclure le professionnel « faible » de la protection du droit de la consommation, les juges ne semblaient pas capables de fournir une analyse suffisante sur les contours de la notion de non-professionnel.

Il n'existerait « donc pas d'argument irréfutable permettant d'écarter les professionnels de la protection offerte par le droit de la consommation »¹⁷⁰. Et même si les juges refusent de faire profiter de l'ouverture que leur donne la notion de non-professionnel ou de donner un contenu spécifique à la formule de l'acte en rapport direct avec l'activité professionnelle, le problème de la notion de consommateur n'est pas pour autant résolu car subsistent de nombreuses autres incertitudes¹⁷¹. L'inconvénient du critère du « rapport direct » était donc de garder entier la question de l'existence et de la protection des professionnels « faibles » en droit de la consommation.

52. Les partisans du critère du « rapport direct » entre le contrat et l'activité du professionnel.

Nombreux étaient, pourtant, les partisans d'une application stricte du critère du « *rapport direct* ». Ces auteurs se demandaient « comment, tout d'abord, caractériser ce rapport direct et à partir de quel moment n'est-il qu'indirect ? ».

Ainsi pour se référer « à des espèces jugées il y a quelques années, le commerçant ou l'artisan qui se rendrait acquéreur d'un système d'alarme ou d'un extincteur pour la protection de son magasin conclurait-il un contrat présentant un rapport direct ou indirect avec la profession qu'il exerce ? »¹⁷².

Pour eux, un contractant professionnel qui conclut un contrat sans « *rapport direct* » avec l'exercice de sa profession est assimilable au consommateur ou non-

¹⁶⁷ N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie général du contrat*, 2002, PUAM, spéc. p.328 et s.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² G. Paisant, « N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle », *D.* 1996, p.228 et s.

professionnel. Le non-professionnel n'était qu'une variante du consommateur. Cette conception se fondait sur le rapport de la Commission de codification du droit de la consommation qui avait vu dans ces deux notions des synonymes¹⁷³. C'est ce qui explique que ces auteurs fussent réticents à l'idée d'une notion autonome de non-professionnel sur le fondement d'un critère de l'absence de rapport direct entre le contrat et l'activité du professionnel.

53. Le critère du « rapport direct » ne pouvait donc pas servir de fondement à la protection du professionnel « faible ». Par exemple, Monsieur Paisant affirmait, pour sa part, qu'il continuerait de penser que « *la voie qui a été choisie par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 21 février 1995¹⁷⁴ était préférable. En se référant aux contrats conclus pour les besoins de la profession afin de les soustraire à l'application de la loi protectrice du « non-professionnel ou du consommateur », cette jurisprudence présentait, outre l'avantage de rejoindre l'avis de la Commission des clauses abusives¹⁷⁵, celui de faire l'économie des incertitudes liées à une définition du « rapport direct » que la Cour a emprunté à la législation sur le démarchage à domicile.* »¹⁷⁶.

La suppression pure et simple de la référence au non-professionnel restait la seule option possible¹⁷⁷.

Cette position catégorique pouvait peut-être s'expliquer par le fait que ces auteurs tenaient à la distinction classique entre consommateur et professionnel fondée sur le principe de la protection du faible contre le fort. Or, une application rigoureuse de ce principe conduit à une application pure et simple du principe de l'unité et de la lutte des contraires; selon laquelle les contraires coexistent et s'opposent de façon permanente. De même que sur ce fondement, il l'eau tiède est une oeuvre de l'imagination, une fiction, de même l'application rigoureuse du critère du rapport direct permettait de rejeter l'idée d'un professionnel « faible » en droit de la consommation.

¹⁷³ J. Calais-Auloy, *Proposition pour un code de la consommation*, Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre, *Collection des rapports officiels*, avril 1990, spéc. pp. 20 et 21.

¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 21 février 1995, n°93-14041. Note sous arrêt, G. Paisant, *JCP E* 1995 n°42, p. 198-199.

¹⁷⁵ Avis du 14 septembre 1993, *Contrats, concurrence, consommation*, mai 1994.

¹⁷⁶ G. Paisant, « N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle », *art. préc.*

¹⁷⁷ V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, in *traité de droit civil*, Préface Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 182.

C'est pourquoi, la jurisprudence refusait d'appliquer les dispositions du code de la consommation « *aux personnes qui ont un « rapport direct » avec l'activité professionnelle* »¹⁷⁸. Or, « *l'emploi, par la langue française, de l'expression « non-professionnel » à côté du mot « consommateur » permet d'étendre à d'autres personnes le bénéfice des dispositions sur les clauses abusives : aux épargnants qui font des actes de placement (souscription de valeurs mobilières, achat d'un immeuble de rapport, etc.), et aussi aux particuliers qui vendent un bien (par exemple une voiture d'occasion)* »¹⁷⁹. Le terme non-professionnel renfermait donc une notion autonome.

54. Conclusion Section I.

Le critère du « *rapport direct* » ne permettait pas de régler pertinemment le problème des déséquilibres de puissance économique entre professionnels. En outre, il engendrait de nombreuses incertitudes¹⁸⁰, en laissant entière la question de la protection du professionnel « faible » en droit de la consommation.

En réalité, l'assimilation du professionnel « faible » dans une acceptation extensive du consommateur ne permettait pas de préciser les contours de la notion même de consommateur. Nous considérons, à cet effet, que le critère du « rapport direct » n'était pas le critère le plus approprié de définition du non-professionnel. Si la jurisprudence l'utilisait uniquement pour accorder ou non la protection du droit de la consommation à certains professionnels « faibles », il ne semble pas qu'il s'agissait d'un critère d'identification véritable du non-professionnel.

Or, une définition du consommateur ne permet pas d'assimiler le non-professionnel à celui-ci. Par exemple, l'on retrouve dans les travaux préparatoires de la loi de 1978 une réponse ministérielle, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, relative à une définition des consommateurs considérés comme « *ceux qui concluent des contrats en vue d'obtenir des produits ou des services pour satisfaire leur besoins propres (...)* »¹⁸¹. C'est cette logique qui va guider le juge européen dans sa décision du 22 décembre 2001¹⁸².

¹⁷⁸ J. Mestre, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges Breton-Derrida*, D. 1991, p. 252 et s.

¹⁷⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, spéc. p.10.

¹⁸⁰ Dans ce sens, voir not. J. Mestre, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 252 et s.

¹⁸¹ G. Paisant, « N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle », *art. préc.*

¹⁸² CJCE, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, arrêt du 22 novembre 2001.

La position des tribunaux français sur la notion de non-professionnel allait, de ce fait, être clairement précisée après cet arrêt. Ainsi, le juge européen continuait d'exclure directement le professionnel de la protection, tout en permettant aux États européens d'étendre la protection du droit de la consommation à certains de ces professionnels.

SECTION 2. L'ACCEPTATION D'UNE NOTION AUTONOME DE NON-PROFESSIONNEL PAR LE DROIT FRANÇAIS

55. L'arrêt *Cape*

Après le célèbre arrêt *Cape* de la CJCE, il était évident que le législateur français ne pouvait plus considérer que certaines personnes morales sont des consommateurs. La notion de non-professionnel a donc servi d'alternative crédible pour protéger certains contractants faibles autres que les simples consommateurs personnes physiques (§1). Cette consécration d'une notion autonome s'est traduite dans la loi sur la tacite reconduction des contrats, avant que le législateur ne donne une définition légale du non-professionnel dans la loi n°2017-203 de ratification du 21 février 2017 (§2).

§1. La consécration de la notion de non-professionnel par les tribunaux français

56. L'audace de la Cour de cassation.

Après avoir procédé par tâtonnement dans la protection du professionnel « faible », la jurisprudence a fini par clarifier sa position sur la notion de non-professionnel.

Après l'abandon du critère de « la compétence », le critère du « rapport direct » avait presque toujours pour résultat l'exclusion des professionnels de la protection du droit de la consommation.

La position des tribunaux français a évolué lorsque le juge européen a donné une définition stricte du consommateur. Cette décision du juge européen a éloigné toute possibilité, pour le juge français, d'inclure le non-professionnel dans une conception plus large du consommateur. Le juge national avait donc le choix entre l'abandon du concept de non-professionnel ou la consécration de ce dernier. S'il optait pour l'abandon d'une notion autonome de non-professionnel, le juge serait resté dans l'esprit des rédacteurs du Code de la consommation qui voulaient que le « non-professionnel » et le « consommateur » soient synonymes. Pourtant, la haute juridiction eût le courage

de choisir le camp adverse en consacrant une notion autonome de non-professionnel en droit français de la consommation.

Quel était le sens de cet arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (A) ?

Quelle fut sa portée en droit français (B)?

A. Le sens de l'arrêt Cape

57. Une définition du consommateur qui exclut toute personne morale.

L'arrêt *Cape* de la Cour de justice des communautés européenne (CJCE) a donné une définition du consommateur comme une notion visant « *exclusivement une personne physique* ».

La définition donnée par le juge européen présentait la particularité d'exclure toute personne morale de la notion de consommateur. Au demeurant, la notion de consommateur en tant qu'une personne physique exclusivement, n'était plus la même notion rencontrée en science économique. En effet, la microéconomie¹⁸³ ne donne aucune définition du consommateur ; elle oppose le consommateur à l'entreprise (le producteur). Cela signifie que le consommateur et l'entreprise sont les deux agents économiques s¹⁸⁴. En science économique, il n'existe pas, par exemple, de conception extensive du consommateur incluant certains professionnels.

58. Une définition du consommateur qui s'éloigne de son origine économique.

Le consommateur n'est pas une notion juridique, mais il est, à l'origine, une notion économique¹⁸⁵.

En effet, la science économique a une conception particulière du consommateur qu'elle considère comme tout individu de façon abstraite. Le consommateur est celui qui exprime une demande sur le marché. Le consommateur, c'est l'agent économique pour lequel on applique « *l'hypothèse de la rationalité* ». Cette hypothèse est inhérente à la théorie de l'utilité. Pour l'économiste, l'individu, le consommateur, est rationnel, il est

¹⁸³ « La micro-économie est la branche de l'économie qui analyse le comportement de marché des ménages (entreprises et foyers) dans le but de comprendre leur processus de prise de décision. Elle s'attache à l'étude de l'interaction entre les acheteurs et les vendeurs, mais aussi aux facteurs qui influencent leurs choix. La micro-économie se concentre en particulier sur l'offre et la demande, la détermination des prix et le rendement de marchés spécifiques, comme celui du café par exemple » Lexique -Café de la Bourse : <https://www.cafedelabourse.com/lexique/definition/micro-economie#>.

¹⁸⁴ R. Ferber, *Théorie de la consommation*, (Université de l'Illinois), traduit par François BERTAULT, Economica, Paris : 1976, pp. 63.

¹⁸⁵ V. dans ce sens, J.-P. Chazal, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », *Dalloz* 1999, p. 249 et s.

capable de définir ses préférences et de les classer. Tout part donc de préférences individuelles. L'individu a la possibilité de consommer un certain nombre de biens X. On lui demande de définir ses préférences sur un bien¹⁸⁶. On définit des paliers de consommation/ vecteurs de consommation sur les biens X. On attend de l'individu qu'il classe ses préférences sur toutes les combinaisons possibles de biens¹⁸⁷.

Le consommateur est dans cette hypothèse l'agent économique, personne physique ou morale, qui choisit, utilise et consomme un bien ou un service et procède de ce fait à leur destruction partielle ou totale. Cette consommation peut être « finale » lorsque l'utilisation du bien consommé correspond à un usage personnel privé. Par exemple, prendre un verre de vin, regarder un spectacle, se promener en voiture. Elle est « intermédiaire » lorsque le bien ou le service consommé contribue à la création d'un bien ou d'un service. Par exemple un artisan utilisant une voiture pour se rendre chez un client¹⁸⁸.

59. Les théories du consommateur en micro-économie.

En microéconomie, la place centrale de la « théorie des choix du consommateur » est une illustration réelle de la notion¹⁸⁹. Cette théorie illustre assez bien le principe selon lequel, en économie de marché, le consommateur dispose et exerce une faculté majeure : pouvoir choisir et choisir sur un marché concurrentiel. Il dispose de ressources ou de revenus qu'il peut dépenser sur un ensemble de biens ou de services disponible sur le marché. Les préférences exprimées par le consommateur lui permettent de maximiser son utilité sous la contrainte de ses ressources¹⁹⁰.

Cependant, l'exemple de l'artisan qui utilise une voiture montre que le consommateur en Économie peut être un professionnel. L'artisan qui utilise une voiture pour se rendre chez un client le fait dans un but professionnel. Autrement dit, cette consommation entre dans le cadre de son activité professionnelle.

Néanmoins son activité professionnelle ne se limite pas à prendre une voiture pour se rendre chez un client. Cette démarche est accessoire à son activité habituelle. Par exemple, décorer une salle de fête. La définition économique du consommateur comprend donc les professionnels tant que le bien ou le service consommé n'est pas

¹⁸⁶ R. Ferber, *Théorie de la consommation*, (Université de l'Illinois), traduit par François BERTAULT, Economica, Paris : 1976, pp. 63.

¹⁸⁷ Voir dans ce sens, P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, De Boeck, Collection « Ouvertures économiques » 2009, 2^{ème} éd., 1072 p.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ R. Ferber, *Théorie de la consommation*, (Université de l'Illinois), traduit par François Bertault, Economica, Paris : 1976, pp. 63.

final ou total.

Nous pensons que cette conception est bien proche de la conception extensive du consommateur en droit de la consommation. En somme, en science économique, le fait de consommer est une fonction, on parle alors de fonction de consommation¹⁹¹. C'est en raison de l'influence de cette conception économique sur le droit que les contours de la notion de consommateur ont été difficiles à préciser.

60. La distinction claire entre la conception économique du consommateur et la conception juridique.

Pourtant, depuis l'arrêt *Cape* de la CJCE du 22 novembre 2001, il existe une distinction claire entre la conception économique du consommateur et la conception juridique.

Dans cette espèce, à l'occasion d'un litige opposant les sociétés « Cape » et « Omai » à la société « Idealservice », trois questions préjudicielles, relative à l'interprétation de l'article 2, b) de la directive 93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation, ont été posées au juge européen. Les sociétés Omai, Cape et la société Idealservice ont conclu en 1990 et 1996 deux contrats portant sur la fourniture aux premières de machines de distribution automatique de boissons, lesquelles ont été installées dans les locaux de celles-ci et destinées à l'usage exclusif de leur personnel. Dans le cadre de l'exécution desdits contrats, les sociétés « Cape » et « Omai » ont formé une opposition à l'injonction de payer, en soutenant que la clause attributive de compétence était abusive et par conséquent inopposable aux parties au litige, sur le fondement du droit italien.

Dans les deux affaires, Idealservice soutenait que les sociétés Cape et Omai ne pouvaient être considérées comme des consommateurs sur le fondement de la directive relative aux clauses abusives. De plus, le demandeur estimait que les deux sociétés en cause étaient des personnes morales et non des personnes physiques.

La question principale dans cette affaire était de savoir si l'on pouvait qualifier une société personne morale de consommateur.

61. Définition de la Cour de justice des communautés européennes.

La Cour de justice des communautés européenne avait alors répondu à cette question en affirmant que « *la notion de consommateur telle que définie à l'article 2, sous b) de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives*

¹⁹¹ R. Ferber, *Théorie de la consommation*, (Université de l'Illinois), traduit par François Bertault, Economica, Paris : 1976, pp 63.

dans les contrats conclus avec les consommateurs doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ».

Par cette définition stricte du consommateur par le juge européen, il était évident que toute conception large du consommateur comprenant un professionnel faible était contraire au droit européen.

Néanmoins, l'argument en faveur d'une assimilation de la personne morale au consommateur soutenu par le gouvernement espagnol était fort intéressant. En effet, le gouvernement espagnol prétendait que « *si le droit communautaire considère que, en principe, les personnes morales ne sont pas des consommateurs au sens de la directive, il n'est pas exclu une interprétation conférant une telle qualité à ces dernières* ». Avec le gouvernement français, il faisait valoir que la définition du consommateur donnée par la directive n'exclut pas la possibilité pour les droits nationaux des Etats membres, lors de la transposition de celle-ci, de considérer une société comme un consommateur »¹⁹². Cette position du gouvernement espagnol sera néanmoins nuancée et exprimée plus subtilement par le juge français dans sa décision du 15 mars 2005 consacrant la notion autonome de non-professionnel. D'autres arrêts de la Cour de justice ont confirmé cette position du juge européen sur la conception restrictive du consommateur.

62. L'arrêt Di Pinto.

Ainsi, on peut rapprocher cet arrêt de l'arrêt *Di Pinto*, du 14 mars 1991. Dans ce dernier arrêt, la CJCE était appelée à se prononcer sur la notion de consommateur protégé par la directive du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, dite « *directive sur le démarchage à domicile* ».

En l'espèce, la Cour de justice a jugé également que ne peut être qualifié de consommateur, au sens de cette directive, un commerçant démarché en vue d'un contrat de publicité relatif à la vente de son fonds de commerce, au motif que ce contrat reste attaché à son activité professionnelle. Mais dans l'arrêt *Di Pinto*, la Cour de justice a reconnu cette marge de manœuvre dont dispose les Etats, en dehors du champ d'application de la directive sur le démarchage, en raison, non seulement, du caractère minimal de sa clause d'harmonisation, mais aussi parce que le contractant en cause était un professionnel personne physique.

¹⁹² Point 14 CJCE arrêt *Cape*.

C'est sur ce dernier point que ces deux arrêts se distinguent, puisque dans l'arrêt *Cape*, la Cour de justice statuant sur la notion de consommateur dans la directive sur les clauses abusives se contente de l'affirmer, alors qu'il s'agit aussi d'une directive d'harmonisation minimale, que cette directive vise exclusivement le consommateur, personne physique, sans ajouter qu'elle ne s'oppose pas à une extension de la protection contre les clauses abusives aux personnes morales dans les droits nationaux¹⁹³.

Pour autant, l'arrêt *Cape* ne marquait pas une rupture dans la jurisprudence de la Cour de justice à propos de la marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans la transposition des directives minimales dans leur droit interne. Il ne saurait être interprété comme leur interdisant de prendre des mesures dans des domaines non couverts par la directive sur les clauses abusives, comme celui de la protection des personnes morales¹⁹⁴.

C'est cela qui va pousser la Cour de cassation à consacrer une notion autonome du non-professionnel en droit français¹⁹⁵.

B. Conséquence de l'arrêt *Cape* : une consécration jurisprudentielle de la notion du non-professionnel

63. L'amorce d'une définition du non-professionnel par la Cour de cassation.

Après l'arrêt *Cape* de la CJCE du 22 novembre 2001, une redéfinition du concept de non-professionnel était devenue nécessaire en droit français. C'est la première chambre civile de la Cour de cassation qui allait consacrer une conception autonome du non-professionnel¹⁹⁶. La Cour de cassation prenait ainsi le contre-pied de la CJCE en admettant la protection de certaines personnes morales par le biais de la notion de non-professionnel contenue dans le Code de la consommation.

Néanmoins la haute juridiction a continué à utiliser le critère du « *rapport direct* » pour admettre ou exclure le non-professionnel de la protection du droit de la consommation.

C'est la même application de ce critère du « *rapport direct* », utilisé pour la première

¹⁹³ J.-P. Pizzio, « Le consommateur est une personne physique », *D.* 2002, p. 2929 et s.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13285. A. Decoux, « Le consommateur peut aussi être une personne morale », *Lamy Droit civil*, 2005 n° 16, p. 12. V. not. J. Mestre et B. Fages, « Les personnes morales peuvent bénéficier de la protection sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393 et s. Note sous arrêts, G Raymond, *CCC* 2005 n°5, p. 31-33. D. Bert, « Personnalité morale et clauses abusives : la Cour d'appel prend le contre-pied de la CJCE », *Les petites affiches*, 2005 n°94, p.12-15.

¹⁹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13285. V. en ce sens, A. Boujeka, « Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français », *Dalloz* 2005, p. 1948 et s. Voir aussi S. Tisseyre, « Paradoxe autour de la notion de non-professionnel », note sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *D.* 2011, p. 2245 et s.

fois dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 24 janvier 1995¹⁹⁷, qui est maintenue.

64. La tacite reconduction des contrats.

Enfin, dans un autre arrêt relatif à la tacite reconduction des contrats, la Cour de cassation avait eu l'occasion de confirmer cette nouvelle notion autonome de non-professionnel¹⁹⁸.

En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la possibilité pour une personne morale, syndicat des copropriétaires d'un immeuble, de bénéficier des dispositions de l'ancien article L. 136- 1 du Code de la consommation¹⁹⁹. En effet, la juridiction de proximité « *s'était bornée à énoncer que le syndicat des copropriétés (SDC), qui est une personne morale, ne pouvait se prévaloir de l'article L.136- 1 du code de la consommation qui vise exclusivement les personnes physiques* ».

Cela signifiait pour les juges du fond que le SDC, en sa qualité de personne morale n'est pas un consommateur et ne pouvait ainsi prétendre mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction, et ce alors, même qu'il n'avait pas été informé par le professionnel dans le délai légal.

65. L'existence de la qualité de non-professionnel

On pouvait se demander si les juges du fond avaient connaissance de l'existence de la qualité de non-professionnel permettant à certains professionnels, notamment aux personnes morales, de bénéficier de la protection du droit de la consommation.

En l'espèce, la Cour de cassation estima que les juges du fond avaient ignoré cette possibilité. Elle rappela que « *les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions susvisées, ...* ».

La Cour de cassation, par cette décision, permet aux personnes morales de bénéficier des dispositions protectrices des non-professionnels du droit de la consommation.

¹⁹⁷ Cassation, civile 1^{ère}, 24 janvier 1995, n° 92-18227. Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 janvier 1995 », *D.* 1995, p. 327 et s. Chronique numéro 7 (suite et fin), J. Huet, *Les petites affiches*, 1995 n°80, p. 22 et s.

¹⁹⁸ Cassation, civile 1^{ère}, 23 juin 2011, n° 10-30645. Note sous arrêts, R. Loir, *JCP E*, 2012 n°2, p. 23-24. G. Raymond, « Personnes morales et application de l'article L.136-1 du Code de la consommation », *CCC*, 2011 n°10, p.40. V. not.

¹⁹⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Un syndicat de copropriété est un non-professionnel au sens de l'article L136-1 du code de la consommation », *L'essentiel Droit des contrats*, 1^{er} septembre 2011 n°8, p.2 et s.

Certains auteurs avaient alors considéré que la qualité de non-professionnel ne pouvait être accordée aux professionnels, personnes physiques²⁰⁰.

Ainsi, la catégorie des non-professionnels devrait être entendue de façon identique, qu'elle soit visée par la législation sur les clauses abusives (Code de la consommation article L.212-2 et R.212-2 et suivants) ou par la réglementation de l'information sur la reconduction des contrats (Code de la consommation article L.215-3). Elle recouvre les personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle²⁰¹. L'exercice d'une activité professionnelle, à but lucratif, excluait donc certains professionnels de la catégorie des non-professionnels.

La question demeure toutefois quant à la délimitation de la catégorie de personnes morales concernée, puisque la protection n'est pas automatique contrairement au consommateur.

66. Une conception restrictive de la catégorie des non-professionnels ?

Nous pouvons donc nous opposer à cette conception restrictive de la catégorie des non-professionnels pour deux raisons.

La première est qu'aucun texte législatif ne désigne clairement les personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle à but lucratif²⁰² concernées ; d'autant que seuls quelques syndicats de copropriété ou des comités d'entreprise ont pu bénéficier de la protection. En outre, il faut rappeler qu'il existe des personnes morales de droit public à but non lucratif, comme les organisations non gouvernementales ou certaines associations.

Ces personnes morales peuvent-elles être qualifiées de non-professionnels ? Si oui, dans quelles mesures ? Les personnes morales de droit privé à but non lucratif comme les associations, les syndicats, peuvent bénéficier de la protection du droit de la consommation sous le qualificatif de « non-professionnel ». Cela ne signifie pas que certains petits professionnels, comme les artisans, dont la situation de faiblesse peut être caractérisée dans certains cas, ne puissent pas bénéficier de cette protection. Or,

²⁰⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », RCD 2011/4, p. 1246 et s. Pour la protection du professionnel personne physique, V. not. J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 et s.

²⁰¹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Un syndicat de copropriété est un non-professionnel au sens de l'article L. 136-1 du code de la consommation », *l'essentiel Droit des contrats*, 1 septembre 2011 n°8, p.2 et s. Dans le même sens, v. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique* », Thèse Paris : 1998.

²⁰² Par exemple les lois Scrivener transposées dans le code de consommation ne visent que les personnes morales de droit privé.

ces petits professionnels ne sont pas, selon la définition donnée par l'article liminaire du Code de la consommation, des non-professionnels, mais des professionnels.

La deuxième raison tient au fait que l'exclusion des personnes physiques de la conception du non-professionnel ne nous semble pas judicieuse. En effet, comment concevoir qu'un professionnel, qui conclut un contrat sans « rapport direct » avec sa profession ne puisse pas être qualifié de non-professionnel. Dans l'arrêt de 2005, la Cour de cassation affirmait que « la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives »²⁰³. En aucun cas, la Cour de cassation n'a affirmé que seules les personnes morales pouvaient bénéficier de la qualité de non-professionnel.

La protection d'un contractant par rapport à un autre est fondée sur l'idée selon laquelle l'un est la partie faible au contrat. Si des critères existent pour retenir ou exclure certains contractants, il n'est pas justifié que certains contractants répondant à ces critères ne puissent pas bénéficier de la protection instituée.

Autrement dit, si le juge retenait le critère du rapport direct, rien ne dit qu'un professionnel, personne physique ne puisse pas entrer dans la catégorie des non-professionnels.

67. Par ailleurs, nous estimons que ce critère du « *rapport direct* » est inopérant pour déterminer la protection dont doit bénéficier le non-professionnel car il est trop restrictif.

Il n'est pas non plus question d'accorder la qualité de non-professionnel à une SCI dans le cadre de son activité habituelle. À moins qu'il ne s'agisse d'un contrat domestique, il est clair que tout contrat conclu par une SCI a forcément un rapport avec son activité professionnelle.

Le critère du « *rapport direct* » ne pouvait donc qu'aboutir à l'exclusion de la SCI de la catégorie des non-professionnels, en raison de la nature même du contrat. La solution aurait été discutable, en revanche, si le contrat portait sur la réalisation d'une publicité au profit de la SCI.

Dans cette dernière hypothèse, il n'est pas évident que le contrat de publicité ait un quelconque « *rapport direct* » avec l'objet social de la SCI. En définitive, le rapport entre le contrat et l'objet social du professionnel nous permet de relativiser l'objectivité

²⁰³ V. not. J. Mestre et B. Fages, « Les personnes morales peuvent bénéficier de la protection sur les clauses abusives », *art. préc.*

du critère du « rapport direct » et l'utilité d'une définition du non-professionnel dans le Code de la consommation.

68. Statut du professionnel.

À supposer, par exemple, que le professionnel, personne physique soit très expérimenté cela ne signifie pas qu'il sache mieux défendre ses intérêts qu'une personne morale. Tout repose sur la question de la protection qu'on pourrait octroyer au professionnel qui contracte un contrat sans « rapport direct » avec sa profession.

À moins d'ignorer ce critère du rapport direct qui est largement partagé par la jurisprudence comme en doctrine, comment admettre qu'une personne morale soit moins apte, qu'une personne physique, à défendre ses intérêts.

Nous considérons que la conception du non-professionnel retenue par Madame Sauphanor-Brouillaud conduit indirectement à revenir au critère de la compétence professionnelle, critère pourtant abandonné par la jurisprudence.

En effet, l'idée d'une protection fondée sur ce critère vient du fait qu'on considère qu'en dehors de son domaine de compétence, tout individu est moins apte à se défendre. La personne morale qui n'exerce pas d'activité lucrative serait donc considérée comme incompétente lorsqu'elle contracte avec un professionnel. Or cette personne morale conclura toujours des contrats ayant un rapport direct avec son objet social.

Dans ce cas, seule une protection de cette personne morale sur le fondement du critère de la compétence justifie la conception de Madame Sauphanor-Brouillaud. C'est-à-dire que la personne morale n'exerçant pas d'activité lucrative est moins compétente que son cocontractant professionnel. Néanmoins, la consécration de la notion de non-professionnel par le législateur trouve un écho particulier dans notre étude.

§2. La consécration de la notion de non-professionnel par le législateur français

C'est d'abord dans les lois sur la tacite reconduction des contrats qu'apparaît une notion autonome de non-professionnel (A). Puis, le législateur a donné une définition légale du non-professionnel dans un décret de février 2017 (B).

A- Les lois sur la tacite reconduction des contrats dites lois Châtel

69. Reconnaissance d'une notion autonome de non-professionnel par le législateur.

Le législateur a fini par consacrer l'autonomie de la notion de non-professionnel que la jurisprudence avait amorcée.

C'est dans la loi Châtel 2 que cette distinction a été consacrée par le législateur. En effet, la loi Châtel 1 avait retenu la formulation de la loi sur les clauses abusives et l'article L. 215-3 du Code de la consommation dans sa rédaction initiale protégeait le « non-professionnel ou consommateur » contre la tacite reconduction. C'est dans la version réformée de cette loi appelée Châtel 2, que l'ancien article L. 215-3 du Code de la consommation fût modifié avec la précision que cette législation s'appliquait désormais « aux consommateurs et aux non-professionnels ».

Le nouveau texte distinguait, pour la première fois, la notion de consommateur de celle du professionnel dans le Code de la consommation. Pour comprendre cette innovation, il faut s'intéresser aux travaux préparatoires de la loi Châtel 2.

70. Travaux préparatoires de la loi Châtel 2.

Le doyen Cornu, son rapport précisait que « *l'obligation d'information introduite début 2005 ne s'applique pas aux personnes physiques agissant dans le cadre d'une activité professionnelle, alors même que bon nombre d'entre elles, entrepreneurs individuels, artisans et commerçants, professionnels libéraux (...), sont en pratique placées dans une situation exactement semblable à celle des consommateurs en ce qui concerne la gestion courante des contrats de service nécessaires à l'exercice de leur activité. En effet, ils ne disposent pas pour l'immense majorité d'entre eux, de personnels dédiés à cette gestion et l'assurent donc eux-mêmes, à la manière d'un chef de famille* ».

De ce fait, « *il semblerait donc opportun (...) de faciliter la gestion de l'ensemble de leurs contrats de service par les professionnels qui assurent eux-mêmes cette gestion en leur ouvrant le bénéfice des conditions d'information prévues par la loi Chatel de 2005. Cette ambition rend nécessaire, pour l'application des dispositions de l'article*

L215-3 du Code de la consommation, d'assimiler aux consommateurs les personnes physiques agissant pour leur besoins professionnels (...) »²⁰⁴.

Cette conception large du consommateur a le mérite de faire disparaître toute incertitude.

Ainsi, un auteur approuvait cette analyse en estimant que « concernant l'artisan qui contracte un contrat d'assurance, s'il fallait choisir, il serait même peut-être préférable qu'il fût assisté dans le domaine professionnel plus grave de conséquences plutôt que dans celui de sa vie privée »²⁰⁵. L'application des règles protectrices utiles au seul consommateur stricto sensu conduit à un cloisonnement artificiel et à une discrimination discutable à l'égard des non-professionnels²⁰⁶.

Mais son inconvénient est qu'une telle conception en droit de la consommation paraissait simpliste. Vouloir protéger tous les professionnels et dans toutes les situations n'est pas la vocation du droit de la consommation. Néanmoins une conception aussi large du consommateur montrait l'intérêt juridique, voire économique que revêt la notion de non-professionnel en droit de la consommation.

Aujourd'hui, cette autonomie de la notion de non-professionnel trouve son appui dans sa définition légale donnée à l'article liminaire du Code de la consommation.

B- La définition légale du non-professionnel

71. La définition de la notion de non-professionnel.

La définition de la notion de non-professionnel a fait l'objet d'un important arrêt du 4 février 2016 la Cour de cassation dans lequel elle a estimé qu'une SCI, « *promoteur de l'immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction* » et a approuvé la cour d'appel qui avait « *pu retenir que celle-ci devait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application* » de l'article L 212-1 du Code de la consommation²⁰⁷.

²⁰⁴ G. Cornu, cité par N. Sauphanor-Brouillaud dans « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s.

²⁰⁵ J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Presses universitaires de France, 1994, p. 9 et s.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 2016, n°14-29347. S. Piedelièvre, « Clause abusive et professionnelle d'une autre spécialité » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/14, p. 33 et s. C. Sizaire, « Le promoteur immobilier, exerçant sous forme de société immobilière, est un non-professionnel au sens de la législation sur les clauses abusives », *Construction-Urbanisme*, 2016/3, p. 37 et s. C.-M. Péglion-Zika, « Clauses abusives du Code de la consommation : un professionnel peut s'en prévaloir ! », *D.* 2016/11, p. 639 et s. D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglia... » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/12, p. 20 et s. Note sous arrêt, *RJDA* 2016/4, p. 316 et s. P. Dessuet, « La validité des clauses limitatives de responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage remise en cause même en RC de droit

Cela rappelait très fortement le critère de la compétence professionnelle qui consistait à considérer comme un non-professionnel, tout professionnel agissant en dehors de son domaine de compétence.

Cette occurrence est constatée dans l'arrêt du 28 avril 1989²⁰⁸ dans lequel la Cour de cassation avait manifesté sa préférence pour une conception plus élargie en admettant au bénéfice de la protection un agent immobilier qui avait contracté pour l'acquisition et la maintenance d'un système d'alarme pour ses locaux professionnels. La Cour estimait que ce professionnel, « étranger à la technique très spécial » de ce type de matériel, « était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ».

Le non-professionnel pouvait donc être un professionnel personne physique agissant pour les besoins de son activité professionnelle mais en dehors de son domaine de « compétence professionnelle » ou pour un acte sans « rapport direct » avec cette activité professionnelle. Cette conception n'excluait pas le non-professionnel personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle.

Les travaux préparatoires de la réforme de 1995 confirment clairement cette dualité. Tant au Sénat²⁰⁹ qu'à l'Assemblée Nationale²¹⁰, le non-professionnel était qualifié de professionnel ! Mais un professionnel contractant hors de sa spécialité, c'est-à-dire, dans un domaine qui lui est étranger²¹¹. Le ministre de l'économie de l'époque avait répondu à un sénateur qui s'interrogeait sur le bien-fondé du maintien de la référence au non-professionnel que faute par la loi de le mentionner, on ne pourrait protéger les artisans ou autres personnes « dont l'activité professionnelle n'est pas spécialement concernée » par le contrat conclu²¹².

Ainsi donc, la protection du non-professionnel était essentiellement liée à l'idée de protection du petit professionnel, autrement dit du petit professionnel.

commun », *Revue Générale du Droit des Assurances*, 2016/4, p. 176 et s. S. Bernheim-Desvaux « Une SCI peut bénéficier de la législation sur clauses abusives », *CCC*, 2016/4, p. 36 et s. S. Carval, « Un promoteur immobilier peut se prévaloir du Code de la consommation dans ses rapports avec un contrôleur technique », *AJC-Concurrence-Distribution*, 2016/4, p. 200 et s. D. Houtcieff, « Les clauses abusives abusées par la cause » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/16, p. 25 et s. « Clause abusive dans le contrat entre un contrôleur technique et une SCI », *Responsabilité civile et assurances*, 2016/5, p. 23 et s. B. Boubli « Le contrôleur technique ne peut limiter sa responsabilité dans ses rapports avec un non-professionnel », *Revue de droit immobilier*, 2016/5, p. 290 et s. J.-B. Seube, « Clauses et équilibre du contrat », *JCP E*, 2016/24, 37 et s. J. Ghestin, A.-S., Barthez, P. Grosser, G. Loiseau, N. Sauphanor-Brouillaud, Y.-M. Serinet, G. Virassamy, « Droit des contrats », *JCP G* 2016/27, p. 1372 et s.

²⁰⁸ Bull. civ. 1, n° 134; D. 1987. Somm. 455, obs. J.-L. Aubert; D. 1988, note Ph. Delebecque; JCP 1987. II. 20893, note G. Paisant, *Rtd civ.* 1987. 537, obs. J. Mestre.

²⁰⁹ Rapp. Fosset, *doc. Sénat*, n° 64, 1^{re} sess. Ord. 1994-95, p. 26.

²¹⁰ Rapp. Charié, *doc. Ass. Nat.*, n° 1775, 10^e lég., p. 12.

²¹¹ G. Paisant, « Retour sur la notion de non-professionnel », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation in Mélanges en l'honneur du Doyen B. Gross*, PUN 2009, spéc. 235.

²¹² *Ibid.*

72. Protection du non-professionnel.

Initialement prévu comme bénéficiaire de la protection contre les clauses abusives, le non-professionnel « a recueilli les faveurs du législateur qui, par des interventions tout autant aléatoires que ponctuelles, l'a progressivement étendue à d'autres domaines que celui des clauses abusives »²¹³.

Le non-professionnel est donc, aux côtés du consommateur, créancier de plusieurs dispositions protectrices du droit de la consommation. Ces dispositions sont relatives à l'interdiction des clauses abusives²¹⁴, l'information sur la non-reconduction du contrat²¹⁵, l'interprétation *in favorem* en cas d'ambiguïté d'un contrat²¹⁶. Il profite également des mêmes garanties que les consommateurs dans les contrats de services de communications électroniques²¹⁷, dans ceux portant sur la fourniture de gaz ou de pétrole liquéfié²¹⁸ ou encore pour l'information précontractuelle dont ils sont créanciers à l'égard des intermédiaires agissant par voie électronique pour la vente de biens ou la fourniture de prestations de services²¹⁹.

La loi nouvelle étend également au non-professionnel le bénéfice de la protection contre les pratiques commerciales trompeuses, par commission et par omission²²⁰.

Néanmoins, le non-professionnel restait, jusqu'à une date récente, une catégorie de contractants non définis par le législateur ce qui engendrait ces difficultés quant à la délimitation des contours de la notion. La jurisprudence, sur le sujet, « s'est montrée évasive, entretenant le mystère du non-professionnel »²²¹.

73. L'ordonnance n°2016-301.

Depuis l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, le Code de la consommation distingue d'une part, le consommateur, conçu et défini par la loi Hamon²²² comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

²¹³ G. Paisant, « Le « non-professionnel » en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau code de la consommation) », *Petites affiches*, 14/04/2016, n° 75, p. 9 et s.

²¹⁴ Article L. 212-1 du Code de la consommation.

²¹⁵ Article L. 215-3 du Code de la consommation.

²¹⁶ Article L. 211-4 du Code de la consommation.

²¹⁷ Article L. 224-42 du Code de la consommation.

²¹⁸ Article L. 224-24 du Code de la consommation.

²¹⁹ Article L. 111-7 du Code de la consommation.

²²⁰ Article L. 121-5 du Code de la consommation.

²²¹ G. Loiseau, « À la rencontre du non-professionnel », *D.* 2016, p. 1844 et s.

²²² Voir en ce sens, C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *RDC* 2014/3, p. 456 et s.

D'autre part, le non-professionnel est désormais conçu comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ». Par ces précisions, le législateur entend faire d'une pierre deux coups; le droit français reste ainsi conforme au droit européen sur la définition du consommateur, tout en conservant sa spécificité par la protection du non-professionnel.

Si le consommateur ne peut qu'être une personne physique, le non-professionnel sera exclusivement une personne morale. Le non-professionnel, selon la conception nouvelle du législateur français n'est que l'équivalent du consommateur avec la seule différence que ce dernier est une personne physique. Cela n'est pas vraiment une nouveauté puisque depuis l'arrêt du 15 mars 2005, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, on savait qu'une personne morale comme un consommateur, pouvait être le non-professionnel du Code de la consommation²²³. La différence avec le consommateur «*n'a cependant qu'une faible valeur ajoutée puisqu'elle se fait, non en considération de la finalité du contrat, mais en fonction de la qualité de la personne juridique qui agit, personne physique ou morale*»²²⁴.

74. Pour une définition du non-professionnel.

Cette définition du non-professionnel trouve aujourd'hui sa justification dans le fait que le Code de commerce et le droit commun des contrats prévoient des dispositions suffisantes pour protéger les professionnels faibles, notamment le petit professionnel. D'abord, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permet de protéger le professionnel « faible », soumis et vulnérable contre le déséquilibre significatif dans son rapport avec son partenaire commercial. Cette protection, qui est purement procédurale, trouve son effectivité dans l'action du ministre du Commerce qui en assure l'essentiel des poursuites²²⁵.

En outre, le Code civil prévoit aussi des dispositions non seulement pour prévenir le déséquilibre dans le contrat, mais aussi pour lutter contre ce déséquilibre. Ainsi, l'article 1112-1 du Code civil impose un devoir d'information précontractuel à tout contractant dans son rapport avec son cocontractant dès lors que cette information est « déterminante ». L'article 1104 du Code civil impose une condition de bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat.

²²³ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13285, B. I n° 135 p.116.

²²⁴ G. Loiseau, « À la rencontre du non-professionnel », *Loc. cit.*

²²⁵ V. en ce sens, D. Mazeaud, Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

Si ces mesures paraissent insuffisantes pour obtenir un contrat équilibré, les articles 1170 et 1171 du Code civil vise, *a posteriori*, à rétablir l'équilibre contractuel mise à mal par une clause abusive.

Le premier de ces articles porte sur les clauses concernant l'obligation essentielle du contrat, tandis que le second concerne le déséquilibre significatif engendré par la clause abusive. En somme, la définition nouvelle du non-professionnel, ainsi que sa protection, peut être complétée par des dispositions en dehors du Code de la consommation.

75. La nouvelle définition du non-professionnel.

La nouvelle définition du non-professionnel permet donc de le distinguer clairement du consommateur. La nouvelle formulation retenue « *coïncide mieux avec l'intention du législateur d'attirer dans le champ de la catégorie définie des personnes morales qui n'exercent pas d'activité professionnelle, comme les associations, les syndicats de copropriétaires ou les organisations non gouvernementales* »²²⁶. En d'autres termes, cette conception du non-professionnel va dans la droite ligne de la brèche laissée par le considérant 13 de la directive 2011/83/UE. En effet, cette dernière autorise les États qui le souhaitent à étendre ses dispositions à des contractants comme ceux cités²²⁷.

L'intérêt de cette définition du non-professionnel vient aussi du fait qu'elle permet d'accueillir en son sein « *des personnes morales dont l'activité statutaire n'est pas d'ordre professionnel au sens de l'article préliminaire, même si, à titre accessoire, ces mêmes personnes morales peuvent avoir une activité commerciale* »²²⁸.

Cette définition est dans une certaine mesure source d'interrogations ; le non-professionnel est-il uniquement la personne morale de droit privé ou peut-elle s'entendre aussi des personnes morales de droit public?

Puisqu'en l'état actuel du texte rien n'empêche qu'une commune, qui contracte auprès d'un organisme professionnel pour la location d'un local ou pour la fourniture de services divers destinés à l'installation d'une crèche municipale ou à l'accueil et au fonctionnement des associations œuvrant dans l'intérêt collectif des habitants du lieu²²⁹.

²²⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *RDC* 2017/1, p. 109 et s.

²²⁷ Considérant 13^e de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs.

²²⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *Loc. cit.*

²²⁹ G. Paisant, « Le « non-professionnel » en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau code de la consommation) », *Petites affiches*, 14/04/2016, n° 75, p. 9 et s.

En tout état de cause, les sociétés commerciales sont clairement exclues de la catégorie des non-professionnels. La notion de non-professionnel n'est donc pas très éloignée de l'idée d'une protection du professionnel faible contre le professionnel dominant. Il nous a donc semblé utile de rapprocher la protection de ce contractant avec celle du petit professionnel.

76. Une personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle

Désormais, l'article liminaire de la partie législative nouvelle du Code de la consommation définit le non-professionnel comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ». Le non-professionnel est donc une personne morale à la différence du consommateur que le même texte définit comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Cette définition du consommateur nous semble beaucoup plus complète que celle du non-professionnel dans la mesure où l'activité professionnelle n'est pas définie.

Néanmoins, cette définition du non-professionnel confirme la tendance constante de la jurisprudence au profit des « personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle »²³⁰. Cet intérêt pour la personne morale « faible » se limite aux personnes morales de droit privé qui n'exercent pas d'activités lucratives.

77. La difficulté de la définition de l'activité professionnelle.

La protection de la personne morale dans la catégorie des non-professionnels est l'apport principal de l'arrêt du 15 mars 2005²³¹. Cette décision de la Cour de cassation a été confirmée par d'autres arrêts²³².

Il a fallu, néanmoins, préciser les contours de cette notion de non-professionnel personne morale. Pour une partie de la doctrine, le non-professionnel, personne morale, doit être de droit privé, et en tout cas, une personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle.

Or, dans certains arrêts, la Cour de cassation précisait que le syndicat des copropriétaires peut bénéficier des dispositions de l'ancien article L. 136-1 du Code de

²³⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *art. préc.*

²³¹ J. Mestre et B. Fages, « Les personnes morales peuvent bénéficier de la législation sur les clauses abusives », *RTD Civ.* 2005, p.393 et s.

²³² G. Cattalano-Cloarec, « Le syndicat des copropriétaires demeure un « non-professionnel », *L'Essentiel Droit des contrats* 2016, n°1, p. 3 et s.

la consommation même s'il est représenté dans ses rapports avec le contractant par un syndic agissant en sa qualité de mandataire du syndicat²³³. Pour une partie de la doctrine, « peu importe l'évidente qualité de professionnel du représentant : sa personne s'efface, il est transparent et seule compte la qualité de non-professionnel du syndicat représenté »²³⁴.

Cette analyse est pertinente en ce sens que le mécanisme de représentation dans le contrat de mandat fait que la personne mandataire, qui agit pour le nom et pour le compte de son mandant, disparaît au profit de dernier. C'est dans ce sens seul que nous approuvons cette décision.

78. Le caractère lucratif de l'activité non déterminant.

Toutefois, la Cour de cassation devrait être sévère dans la reconnaissance de cette situation de vulnérabilité de la personne morale.

Nous ne partageons pas, en effet, l'avis de la doctrine qui propose d'inclure dans la définition du consommateur la personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle lucrative. Le but non lucratif de l'activité de la personne morale ne lui enlève pas toute compétence²³⁵.

La personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle lucrative agit toujours dans le cadre de son objet social, donc dans son domaine de compétence. Or, le critère du champ d'application de l'activité principale du professionnel est, nous l'avons vu, un retour déguisé du critère de la compétence professionnelle. Affirmer qu'il existe une catégorie de personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle est tout aussi contestable qu'une proposition de définition du consommateur comprenant cette personne morale.

Nous approuvons donc l'exclusion des sociétés commerciales. Mais quid des sociétés civiles à but lucratif ? La Cour de cassation, en considérant qu'un professionnel de l'immobilier n'est pas un professionnel de la construction, ne semble pas écarter les sociétés civiles immobilières de la catégorie des non-professionnels du droit de la consommation.

²³³ Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2015, n°14-20760 et Cass. 1^{re}, civ. 25 novembre 2015, n°14-21873.

²³⁴ G. Cattalano-Cloarec, « Le syndicat des copropriétaires demeure un non-professionnel », *L'ESSENTIEL droit des contrats* 2016, n°1, p.3 et s.

²³⁵ S. Tisseyre, « Paradoxe autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245 et s.

Le caractère lucratif de l'activité n'est donc pas déterminant²³⁶ comme le prouve l'existence de groupements n'exerçant pas d'activité professionnelle, telles que les fondations, qui sont pourtant dotées d'organes et d'une capacité structurelle leur permettant de s'informer et de se défendre face à un professionnel²³⁷. En somme, la société civile immobilière, tout comme le syndicat de copropriété ou l'association, est bénéficiaire de la protection du droit de la consommation²³⁸.

79. Une personne morale de droit privé ?

Par ailleurs, une partie de la doctrine considère également que la personne morale doit être de droit privé. Or, aucun texte, ni la jurisprudence, ne semble confirmer cette analyse ; il ne s'agit donc pas d'un élément déterminant dans la qualification du non-professionnel.

Une personne morale de droit public peut donc tout à fait être qualifiée de non-professionnel puisque le considérant 13 de la directive 2011/83/UE cite l'ONG comme bénéficiaire de la protection. La nouvelle définition du non-professionnel n'a pas encore fait l'objet d'une application pratique par la jurisprudence ; il est néanmoins possible d'envisager quelle réalité recouvre cette nouvelle définition.

80. Conclusion section 2.

En somme, la notion de non-professionnel est aujourd'hui réduite à une catégorie uniforme comprenant des personnes morales n'exerçant pas d'activité lucrative. Elle reste néanmoins une notion importante en ce sens que sa concrétisation confirme l'originalité du droit français de la consommation, mais aussi du contractant faible qu'elle représente.

En outre, elle confirme, en partie, la tendance du législateur européen à étendre la protection à d'autres contractants faibles autres que le consommateur. Le non-professionnel est l'un de ces contractants faibles en droit français, mais il n'est pas le seul. En plus du consommateur, le droit européen a consacré la notion et la protection du petit professionnel, qui peut légitimement prétendre à une protection du droit de la consommation ; lorsque le jeu de la concurrence lui est défavorable.

²³⁶ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., n°4).

²³⁷ K. de la Asuncion Planes, « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? », *LPA*, 3 mars 2010, p. 3 et s.

²³⁸ Considérant 13 de la directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs.

81. Conclusion Chapitre I.

Concernant le non-professionnel, ces critères ont donc été déterminants dans la protection du non-professionnel, professionnel faible, autrement dit du professionnel-consommateur. L'assimilation systématique du professionnel faible n'était donc pas la solution idéale comme l'a démontré les limites du critère de la compétence professionnelle. L'utilisation d'un critère objectif fondé sur l'absence de rapport direct entre le contrat conclu et l'activité exercée par le professionnel n'était pas non plus une alternative crédible, puisque sa mise en oeuvre aboutissait systématiquement à l'exclusion de tout professionnel du bénéfice de la protection du droit de la consommation. Si ces critères ont donc permis de protéger ponctuellement quelques professionnels faibles, ils n'ont pas permis de dégager une notion autonome de non-professionnel.

C'est donc tout naturellement que la définition du consommateur par le juge européen a ensuite permis au juge français d'affirmer plus clairement sa position par rapport à la protection du professionnel faible en droit de la consommation. Ainsi, la protection du non-professionnel, après avoir été essentiellement l'œuvre d'une interprétation extensive des textes par le juge français, trouve désormais son fondement dans les textes législatifs eux-mêmes. Il ne s'agit plus d'une protection subsidiaire ou accessoire à celle du consommateur car la protection est distinctement accordée par la loi.

CHAPITRE 2

UNE DILUTION DE LA NOTION DE PETIT PROFESSIONNEL DANS UNE CONCEPTION LARGE DE PROFESSIONNEL « FAIBLE »

La notion de petit professionnel est complexe car il n'existe pas d'unanimité sur le critère de définition de ce contractant (section 1). Néanmoins, une notion autonome de petit professionnel permet de le protéger contre tout professionnel dominant (section 2).

SECTION I. LA NOTION DE PETIT PROFESSIONNEL

82. Le petit professionnel

Le petit professionnel n'existait pas en tant que tel comme contractant faible protégé, puisque la notion n'a été consacrée que par la directive n°2011/83/UE (§1).

Néanmoins, certaines législations européennes connaissaient bien cette notion de petit professionnel « faible », d'autres protégeaient ce petit professionnel dans une acceptation large des professionnels faibles. Il n'existait donc pas une notion autonome de petit professionnel avant ladite directive puisque celui-ci était dilué dans une notion large de professionnel faible (§2).

§ 1. LA DEFINITION DU PETIT PROFESSIONNEL

83. Droit européen.

En droit européen, le consommateur n'est pas le seul contractant faible. En effet, la directive 2011/83/UE prévoit que « *les Etats membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application des règles de la présente directive à certaines personnes ou physiques qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises* ».

Non seulement le texte européen permet une possibilité de protection au profit du non-professionnel, mais elle admet aussi cette possibilité de protection pour les petites et moyennes entreprises, autrement dit les « petits professionnels ». La loi Hamon, qui a transposé ce texte européen en droit français, étend la protection du consommateur au petit professionnel dans les contrats conclus à distance et hors établissement.

Ainsi, l'article L. 221-3 du Code de la consommation prévoit que « *les dispositions des sections 2, 3, 6 du présent chapitre applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* ». De cette disposition, nous déduisons que le droit français admet une protection du « petit professionnel » dans les contrats conclus hors établissement. Le non-professionnel et le petit professionnel sont donc des contractants faibles en droit de la consommation.

84. La directive 2011/83/UE.

Partant, la directive 2011/83/UE autorise les Etats membres, qui le souhaitent, à étendre l'application de son régime aux « *personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs au sens de la présente directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises* »²³⁹.

Le droit européen admet de ce fait la possibilité d'une protection de certains professionnels notamment les petites et moyennes entreprises. Les petites et moyennes entreprises sont couramment désignées sous le vocable de « *small business* », c'est-à-dire des petits professionnels.

²³⁹ Considérant 13^e de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs.

Cette préoccupation liée à la protection du petit professionnel est exposée dans la communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, à travers le Small business act²⁴⁰. Le Small Business Act (SBA) vise à créer un environnement économique, financier et juridique nécessaire à la promotion et à l'épanouissement des petites et moyennes entreprises au niveau européen.

Ainsi, le SBA, qui repose sur dix principes dont l'application est garantie par plusieurs mesures politiques et législatives, invite la Commission et les Etats membres à s'attaquer aux obstacles qui entravent la capacité des petites et moyennes entreprises à se développer et à créer des emplois²⁴¹. Ce texte européen souligne toutefois « *qu'il convient de ne pas oublier que toutes les petites et moyennes entreprises sont uniques : leurs différences de taille, de domaine d'activité et de forme juridique exigent que les décideurs politiques leur accordent une attention dûment personnalisée* »²⁴².

C'est l'ancienne proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente qui a donné une définition de la petite et moyenne entreprise. Cette texte définissait la petite et moyenne entreprise comme un « *un professionnel : a) qui emploie moins de 250 personnes et* » ; « *b) dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 million d'euros ou le bilan total annuel n'excède pas 43 millions d'euros* ».

85. La notion de petit professionnel et le petit commerce.

Très concrètement, la notion de petit professionnel vise le petit commerce, la petite ou moyenne entreprise plutôt qu'un petit professionnel donné. Or, pour protéger cette activité le droit européen de la consommation, et dans son sillage le droit français, étend la protection au petit professionnel qui exerce ce commerce. Or, la taille même du petit professionnel protégé pose problème.

En droit anglais, la législation concerne la catégorie des petites entreprises, petits professionnels et non des petites et moyennes entreprises, qui peuvent avoir jusqu'à 250 employés. En droit anglais, le petit professionnel est clairement l'entreprise qui a entre 0 et 9 salariés²⁴³.

²⁴⁰ COM (2011) 78 final, Réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe; Auparavant, Com. 2008, 394 final.

²⁴¹ *Ibid.* n°1.

²⁴² *Ibid.* n° 1.

²⁴³ V. not. B. Fauvarque-Cosson, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé 1 », *RDC*, 2013/2, p. 671 et s.

En droit français, le petit professionnel, la loi Hamon définit le petit professionnel comme l'entreprise qui emploie entre 0 et 5 salariés²⁴⁴. Ce petit professionnel bénéficie de la protection du droit français de la consommation si l'acte qu'il a conclu ne relève pas du champ d'activité principale du professionnel.

Si le droit européen donne une définition de la petite ou moyenne entreprise, au sein des États membres il n'y a pas de critère uniforme de la taille du petit professionnel. Chaque État membre accorde donc la protection au petit professionnel selon ses propres critères. Le consensus existe cependant sur la possibilité d'étendre la protection du droit à cette catégorie de contractants faibles : les petits professionnels.

NB: *Le critère de la taille de l'entreprise, un élément de distinction entre non-professionnel et petit professionnel.*

En effet, l'article 51 de la loi modernisation de l'économie dite loi LME²⁴⁵ a introduit en droit français un classement des entreprises en quatre catégories pour les besoins de l'analyse statistique et économique : les microentreprises, les petites et moyennes entreprises (PME), les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et les grandes entreprises. Par exemple, est considérée comme une PME, l'entreprise dont l'effectif est inférieur à 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total de bilan n'excède pas 43 millions d'euros²⁴⁶. Il s'agit de la même définition qui était retenue à l'article 7-2 de la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente (DCEV).

Cette proposition de règlement, si elle était adoptée, permettrait d'harmoniser la définition de la PME au niveau européen. Il s'agit ainsi d'éviter des distorsions de concurrence consécutives à des programmes de soutien aux PME. Ces programmes, bien qu'en apparence similaires entre États, ont des effets asymétriques en raison d'une différence dans les seuils déterminant les bénéficiaires²⁴⁷.

Le critère principal de définition et de protection du petit professionnel est la taille de l'entreprise ; c'est-à-dire l'effectif des salariés. L'ajout d'un critère de chiffre

²⁴⁴ Article L. 221-3 du Code de la consommation.

²⁴⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. V. not. J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *art. préc.*

²⁴⁶ Site du Ministère de l'économie et des finances : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises>.

²⁴⁷ F. Levêque, « Caractéristiques des PME et droit de la concurrence : le regard de l'économiste » in *Les PME et le droit de la concurrence, Analyse critique, comparative et prospective*, Y. Chaput (dir.) Litec, Paris : 2009, spéc. p. 22.

d'affaires et d'un critère d'indépendance juridique affine la définition de la PME²⁴⁸. Le nombre de salariés de la PME et son poids économique semblent donc les critères déterminant dans la protection de cette dernière.

Cela signifie que l'utilisation d'un support contractant comme un site internet ne peut pas avoir une influence particulière dans la protection du petit professionnel. Si le petit professionnel est protégé en raison des critères ci-dessus, tout professionnel qui n'entre pas dans la catégorie des petits professionnels ne saurait bénéficier de la protection. Autrement dit, tout professionnel autre qu'un petit professionnel est en principe exclu de la protection due aux petits professionnels.

Le critère principal: la taille de l'entreprise.

Le critère principal de définition du petit professionnel est la taille de l'entreprise ; c'est-à-dire l'effectif salarié et le chiffre d'affaires. Or, la loi Hamon qui a transposé la directive n°211/83/UE sur le droit des consommateurs retient un critère supplémentaire pour permettre la protection du professionnel par le droit de la consommation.

En effet, l'art. L.221-3, III du Code de la consommation vise « *un nombre de salariés employés inférieur ou égal à cinq* ». Ce critère est accompagné d'un autre relatif au champ de l'activité principale du professionnel. Si la PME est celle qui emploie moins de 250 salariés, le professionnel qui emploie un nombre de salariés inférieur ou égal à cinq semble être une microentreprise. En effet, le décret 2008-1354 du 18 décembre 2008 précise les critères permettant de déterminer l'appartenance à une catégorie d'entreprises. Ainsi, la microentreprise est celle dont l'effectif est inférieur à 10 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros²⁴⁹. Deux raisons peuvent expliquer cette apparente contradiction entre la notion de petit professionnel en droit européen et la définition donnée par le droit français de la consommation.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Site du Ministère de l'économie et des finances : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises>.

86. La notion de petit professionnel -2

D'abord, la notion de petit professionnel permet d'englober toutes les entreprises dont le nombre de salariés est inférieur à 250. Cela inclut donc les entreprises dont le nombre de salariés se situe entre un et cinq. La notion de petit professionnel englobe dès lors les microentreprises et les PME. Et ensuite, le professionnel visé par l'article L.221-3 du Code de la consommation peut être n'importe quelle entreprise dès lors que le nombre de salariés est inférieur à ou égal à cinq.

Quid alors de l'entreprise commerciale, par exemple une SARL ou l'entrepreneur individuel dont le nombre de salariés est inférieur à cinq ? En principe, si le droit de la consommation autorise la protection de certaines personnes morales, c'est à la condition essentielle que cette personne morale ne soit pas commerçante. Par exemple, il a été constamment jugé qu'une société commerciale ne pouvait pas bénéficier de la protection contre la tacite reconduction des contrats de consommation²⁵⁰.

En toute hypothèse, si des professionnels devraient bénéficier de la protection du droit de la consommation, c'est à la condition de ne pas revêtir la forme d'une société commerciale. C'est pourquoi, l'article L 221-3 du Code de la consommation accompagne le critère du nombre de salariés par un autre relatif à un objet du contrat «*qui n'entre pas dans le champ d'activité principale du professionnel* ». Ce qui nous amène à constater qu'une société commerciale est exclue d'office de cette catégorie de contractants. Le commerçant étant par définition celui qui accomplit, de façon habituelle et professionnel, des actes de commerce²⁵¹.

87. Un critère subsidiaire: le poids économique.

L'ajout d'un critère de chiffre d'affaires complète la définition de la PME²⁵². Le nombre de salariés de la petite ou moyenne entreprise et son poids économique sont les critères déterminant dans la protection de cette dernière. Toutefois, dans la logique de la protection du petit professionnel, il ne faut pas confondre le critère de l'activité

²⁵⁰ Civ 1, 11 décembre 2008, n°07-18128, CCC 2009, comm. 69, obs. L. L. V aussi Com. 6 septembre 2011, n°10-21583 et n°10-21584. Voir en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel », *RDC* 2012/2, p.498 et s.

²⁵¹ Le commerçant peut être défini en raison de la forme de l'entreprise. De même, il peut être défini en raison de l'objet de son entreprise. Dans ce dernier cas, le commerçant « accomplit des actes de commerce de façon habituelle ». Voir en ce sens, J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires – Commerçants, concurrence, distribution*, 8^{ème} édition, L.G.D.J., Paris : 2015, spéc. p. 89 et s.

²⁵² *Ibid.*

principale du professionnel et celui de l'absence de « rapport direct » entre le contrat litigieux et l'activité du professionnel. En effet, dans un récent arrêt, il a été jugé par la Cour de cassation « qu'un professionnel de l'immobilier n'est pas un professionnel de la construction », ce qui lui a permis de bénéficier de la protection contre les clauses abusives²⁵³.

C'est l'utilisation, en l'espèce, du nouveau critère du champ de l'activité principale du professionnel qui a permis d'étendre la protection contre les clauses abusives à un promoteur immobilier. Cette décision d'étendre la protection contre les clauses abusives à un professionnel, en l'occurrence un commerçant, reste un arrêt isolé.

Ainsi, le droit français exige que le petit professionnel « faible » agisse en dehors de sa sphère de compétence professionnelle pour lui accorder sa protection. Si la possibilité de protéger les petits professionnels est acquise en droit européen, il faut reconnaître que tous les professionnels ne peuvent pas bénéficier de la protection de ce droit.

88. Dispositions du droit de la consommation.

En droit français, ce petit professionnel, en plus de bénéficier de certaines dispositions du droit de la consommation, est efficacement protégé contre le déséquilibre contractuel par le Code de commerce. En effet, la protection ainsi instituée au profit du professionnel vulnérable l'est en considérable de sa situation de faiblesse économique avérée face à un professionnel dominant.

Or, le petit professionnel est par nature le contractant soumis ou qui subit la domination des grands professionnels. Cette situation de vulnérabilité particulière du fait de sa seule faiblesse économique se traduit par une dépendance ou une détresse économique caractéristique. Cela se traduit dans les faits par l'adhésion de ce petit professionnel au contrat proposé par le professionnel fort ou par une négociation déséquilibrée car dirigée par le contractant économiquement puissant.

Dans ces cas, la situation de faiblesse du petit professionnel est comparable à celle de tout consommateur ou non-professionnel. Il en résulte que sa protection soit dans une certaine mesure comparable à celle du non-professionnel.

²⁵³ Civ. 3^{ème}, 4 février 2016, n°14-29347. Voir en ce sens, P. Dessuet, « La validité des clauses limitatives de responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage remise en cause même en RC de droit commun », *Assurance*, Régime général du droit des assurances, 01 avril 2016 n°4, p. 176 et s. Voir également, G. Paisant, « Le « non-professionnel » en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau Code de la consommation) », *Petites affiches*, 14 avril 2016 n°75, p.9 et s.

89. Les personnes morales qualifiées de non-professionnels.

Objectivement, les personnes morales qualifiées de non-professionnels ne sont pas dans une situation de faiblesse ou d'infériorité manifestement plus significative que les sociétés qui, pour la réalisation de leur objet social, contractent dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole mais dans un domaine de spécialité différent de cette activité²⁵⁴.

C'est pourquoi, la protection du petit professionnel trouve impérativement son aboutissement dans les dispositions du Code civil et du Code de commerce. Ces dispositions sont relatives à l'équilibre contractuel et sont une suite logique de la protection prévue par le Code de la consommation.

90. L'aboutissement d'une ambition de la Commission.

Cette protection du professionnel « faible », qualifié de petit professionnel, est l'aboutissement d'un travail de la Commission européenne. Celle-ci décida, en effet, de faire entrer les petites et les moyennes entreprises dans certaines catégories de protection, ou du moins de permettre aux Etats membres, qui le souhaitent, de les y faire entrer.

Pour ce faire, le droit européen créa alors un cadre normatif approprié pour atteindre cet objectif. Par exemple, la directive n° 2011/83 du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs²⁵⁵, et qui est d'harmonisation maximale, permet aux Etats membres de protéger directement le petit professionnel²⁵⁶. Cette tendance fût renforcée par une proposition européenne pour un droit commun de la vente du 11 octobre 2011²⁵⁷, qui n'a finalement pas été adoptée. Deux propositions de directives, à savoir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique du 9 décembre 2015 et celle concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens, du même jour, ont remplacé la proposition de règlement sur un droit commun européen de la vente.

²⁵⁴ G. Loiseau, *Loc. cit.*

²⁵⁵ Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement Européen et du Conseil et abrogeant le directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil.

²⁵⁶ L'article 2-1) de la directive 2011/83/UE dispose que le « consommateur » est « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

²⁵⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011, (COM (2011) 635 final).

Avant cette tendance à la protection directe du petit professionnel par le droit européen, le mécanisme des clauses d'harmonisation minimale permettait aux États européens d'étendre la protection du droit de la consommation à certains professionnels en situation de faiblesse.

§2. LES VARIANTES DE LA NOTION DE PETIT PROFESSIONNEL DANS CERTAINS ÉTATS EUROPÉENS

91. Le petit professionnel et les petites entreprises

Littéralement, le terme de petit professionnel englobe les petites entreprises. Cela renvoie à l'expression courante de petites ou moyennes entreprises. Dans certains pays européens, des professionnels « faibles », à l'image du petit professionnel, bénéficiaient de la protection de certaines dispositions du droit de la consommation. Cependant, il ne s'agissait pas d'une catégorie de contractants faibles identifiée. Comme en droit français, la protection se faisait au cas par cas, selon les circonstances de chaque espèce. Si donc, la notion de petit professionnel est surtout développée en droit anglais, la protection du professionnel « faible » n'est pas absente en droit Allemand ou en droit Espagnol (A). Aujourd'hui, il existe en droit français de la consommation des dispositifs de protection spécifiques au petit professionnel (B).

A. La protection du professionnel « faible » dans certains pays européens

92. Plan.

La notion de petit professionnel vient du droit anglais et ce droit semble le premier à admettre clairement une protection autonome au profit des petits professionnels (1). Toutefois, l'idée d'une protection de certains professionnels faibles n'était pas absente en droit allemand et espagnol (2).

1- La protection du petit professionnel en droit anglais

93. Les lois anglaises relatives au droit de la consommation et l'institution de la protection du petit professionnel.

La notion de petit professionnel tire son origine du droit anglais où ces professionnels sont désignés sous le vocable de « *small business* ». La notion de « *small business* »²⁵⁸ est très connue en droit anglais et sa protection est régie par des textes particuliers.

En effet, deux grandes lois traitent actuellement des clauses abusives en droit anglais et écossais : l'*Unfair Contract Terms Act (UCTA)* de 1977 et l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 (UTCCR)²⁵⁹. Aussi, en février 2005, la *Law Commission* anglaise et son homologue écossaise ont publié un rapport commun sur les clauses abusives dans les contrats, intitulé *Unfair Terms in Contracts*.

Le rapport suggérait d'étendre la protection prévue pour les consommateurs à cette autre catégorie de contractants faibles, par nature même exclues de la définition du « consommateur » : les petites entreprises (« *small businesses* »)²⁶⁰. Le rapport considérait qu'une petite entreprise est souvent dans la même situation d'ignorance et de faiblesse qu'un simple consommateur et qu'elle n'a pas les moyens de s'offrir des conseils juridiques.

94. Une protection étendue.

C'est le même motif que la Cour de cassation française avait retenu pour étendre la protection à certains professionnels, dans une conception large de la notion de consommateur²⁶¹.

²⁵⁸ Le terme « *small business* » désigne spécifiquement les petites et les moyennes entreprises, auxquels on assimile certaines organisations non-gouvernementales. Dans le dictionnaire en ligne wordreference.com, l'expression *small business* signifie littéralement petite entreprise, petit commerce ou même petite société (<http://www.wordreference.com/enfr/small%20business>).

Dans la logique de la protection de certains professionnels par le droit de la consommation, l'article 7 du Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente-COM (2011)635 final du 11 octobre 2011 dispose que « 1. *Le droit commun européen de la vente ne peut être appliqué que si le vendeur du bien ou le fournisseur du contenu numérique est un professionnel. Lorsque toutes les parties contractantes sont des professionnels, le droit commun européen de la vente peut être appliqué si au moins l'une d'elles est une petite ou moyenne entreprise (« PME »).*

2. *Aux fin du présent règlement, une PME est un professionnel : a) qui emploie moins de 250 personnes et b) dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros ou dont le bilan total annuel n'excède pas 43 millions d'euros, ou, pour une petite et moyenne entreprise qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre dont la monnaie n'est pas l'euro ou dans un pays tiers, le montant équivalent dans la monnaie de cet Etat membre ou pays tiers. ».*

²⁵⁹ Voir en ce sens, B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « *Unfair Terms in Contracts* » des Law Commissions anglaise et écossaise », *RDC* 2005/3, p.891 et s. Voir également, H. Beale, « La réforme du droit français des contrats et le « droit européen des contrats » : Perspective de la Law Commission anglaise », *RDC* 2006/1, p. 135 et s.

²⁶⁰ B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « *Unfair Terms in Contracts* » des Law Commissions anglaise et écossaise », *article préc.*

²⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1993, n° 91-11631. Voir en ce sens, N. GILDA, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit immobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

Aussi, la catégorie même des entreprises n'est pas uniforme. En effet, il faut distinguer les petites entreprises, au sens strict, employant moins de dix salariés et celles communément considérées comme moyennes. En ce sens, un auteur affirmait « *qu'il importe de ne pas confondre la catégorie des « small businesses » avec celle, plus large, des « Small and Medium Sized entreprises » (SMSE), lesquels peuvent contenir jusque 250 employés* »²⁶². La proposition de règlement pour un droit commun de la vente définissait aussi les petites et moyennes entreprises comme des « professionnels » employant jusque 250 salariés.

En conséquence et pour des raisons de commodité, nous utiliserons l'expression « petit professionnel » pour désigner ces deux catégories d'entreprises²⁶³.

95. Les arguments des Law Commissions pour une protection du petit professionnel.

Sur le fond, les *Law Commissions* observaient que de nombreuses personnes considèrent aujourd'hui que la protection accordée par les lois existantes couvre un champ trop étroit, car principalement limité aux consommateurs.

Or, les petites entreprises se heurtent souvent à des dispositions qui sont abusives, sans que ces lois leur permettent de les remettre en cause²⁶⁴. D'après les chiffres fournis par ce rapport, au Royaume Uni, 69% des entreprises n'ont pas d'employés, 20% n'en ont pas plus de quatre et 5% entre 4 et 9. Sont ainsi visés, des petites entreprises, petits professionnels, et non des petites et moyennes entreprises qui peuvent avoir jusqu'à 250 employés²⁶⁵.

Dans leurs consultations, les *Law Commissions* avaient découvert que parmi les clauses les plus souvent imposées aux petites entreprises de manière abusive, figuraient non seulement les clauses limitatives de responsabilité (déjà couvertes par UCTA) mais aussi les clauses résolutoires ou bien encore, des clauses visant à transférer les risques,

²⁶²B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « Unfair Terms in Contracts » des Law Commissions anglaise et écossaise », *art. préc.*

²⁶³ En effet, la notion de « small business » peut englober, plus généralement, toutes les petites ou moyennes entreprises (PME). Voir en ce sens, Communication de la commission « Think Small First : priorité aux PME - Un « *Small Business Act* » pour l'Europe » - COM (2008) 394 final. Voir également, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions, Réexamen du « *Small Business Act* » pour l'Europe – COM (2011) 78 final.

²⁶⁴ Voir not. O. Lando « The Commun European Sales Law : Social justice or social dumping ? », *RDC* 2012/1, p. 213 et s. Voir également, B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « *Unfair Terms in Contracts* » des Lavv Commissions anglaise et écossaise », *RDC* 2005/3, p. 891.

²⁶⁵ Voir notamment l'article 7 de la proposition de règlement européen pour un droit commun de la vente qui définit en son § 2 une PME comme un professionnel qui emploie moins de 250 personnes.

tel celui de la force majeure ou de manquement des tiers, sur la petite entreprise, alors que c'est le moins bien placée pour les supporter (§5 .9)²⁶⁶.

96. La directive du 5 avril 1993.

La directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives trouvait dans le droit anglais une application assez large. S'agissant d'une directive d'harmonisation minimale, l'extension de la protection aux petits professionnels se comprenait parfaitement. L'adoption de la directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 était de nature à maintenir cette situation. Le droit anglais permettait non seulement de protéger des petites entreprises en situation de faiblesse face au professionnel, mais il élaborait également un certain nombre de critères pour définir ce qu'est un petit professionnel.

Contrairement au droit anglais, le droit français protège la petite entreprise uniquement par le biais d'un critère de définition du non-professionnel²⁶⁷. Il n'existe pourtant aucun élément tangible permettant de désigner telle personne morale de non-professionnel en droit français. Or, la catégorie des non-professionnels n'est pas uniforme²⁶⁸. En droit anglais, le petit professionnel semble mieux défini par rapport à sa taille et en raison de certaines considérations relatives au contrat.

97. Le critère de définition du petit professionnel en droit anglais.

Le critère principal proposé est celui du nombre d'employés : neuf employés. Un critère secondaire l'accompagne. Celui-ci est fondé sur la valeur du contrat (« *transaction value limit* ») et sur sa nature : les contrats portant sur un montant plus important que 500 000 livres sterling sont exclus, ainsi que ceux portant sur des services financiers, les contrats d'assurance, transfert d'un intérêt sur un bien immobilier ou d'un droit relatif à la propriété intellectuelle, droit des sociétés, sûreté et droit maritime²⁶⁹.

²⁶⁶B. Fauvarque-Cosson, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *RDC* 2013/2, p. 671 et s. Voir également, B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « Unfair Terms in Contracts » des Law Commissions anglaise et écossaise », article précité.

²⁶⁷ C. Auvert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *RDC* 2014/3, p. 456 et s.

²⁶⁸ Pour une amorce de la délimitation de la catégorie des « non-professionnels » voir not., N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 141 et s.

²⁶⁹ Voir en ce sens B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « Unfair Terms in Contracts » des Law Commissions anglaise et écossaise », *RDC* 2005/3, p. 891 et s.

Si l'entreprise satisfait à ces deux critères, elle peut alors contester une clause du moment qu'elle n'est pas essentielle (« *non core term* ») et, surtout qu'elle n'a pas été négociée individuellement. Plus précisément, le rapport recommandait que la protection ne concerne que les « *terms* » (clauses) qui sont des « *standard terms* » (clauses standardisées) et qui n'ont pas été modifiés dans un sens favorable à la petite entreprise (§5. 75). Le même « *fair and reasonable test* » devait s'appliquer pour les « *small business contracts* », selon les mêmes lignes directrices et conformément à la même liste indicative que pour les autres contrats. Ainsi le rapport distinguait entre trois nouvelles grandes catégories de contrats derrière lesquelles tendent à s'effacer les notions de consommateurs et de professionnels : « *consumer contract, small business contract, general business-to-business contract* »²⁷⁰.

98. Rapport au droit français.

Comparativement au droit français, l'idée est non seulement intéressante mais féconde. Ainsi, en Allemagne comme au Royaume Uni, les personnes morales et/ou les entrepreneurs bénéficiaient d'une protection contre les clauses abusives²⁷¹. La transposition de la directive du 25 octobre 2011 dans ces différents pays restait relativement simple. L'acceptation des petites entreprises, petits professionnels par ses différents pays, allait être confirmée par le 13^{ème} considérant de ladite directive ; ce qui donnait un écho particulier à celle-ci dans leur droit national.

Cette réalité invite aujourd'hui à réfléchir sur les nouveaux contours de la protection contre les abus dans les contrats ; notamment en permettant une protection accrue de ces petits professionnels contre les clauses abusives. Il apparaît clairement que le droit anglais proposait la protection d'une catégorie de parties faibles appelées « *small business* » bien avant le droit commun européen de la vente et la directive européenne sur les droits des consommateurs. Il s'agirait ainsi d'une catégorie de professionnels bénéficiant de la protection du droit anglais.

Le mérite revient donc au législateur anglais d'avoir conceptualisé la protection de cette catégorie spécifique de parties faibles. En revanche, cette conception existait aussi dans d'autres droits nationaux. Par exemple, le droit allemand et le droit espagnol protégeait une certaine catégorie de professionnels faibles similaires au petit professionnel.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Voir en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Les clauses abusives ; Observations », *Petites affiches*, 12 février 2009 n°31, p.54 et s.

2- La protection du professionnel faible en droit allemand et espagnol

Le dispositif de protection du professionnel « faible » n'est pas le même selon qu'on se place du point de vue du droit allemand (1) ou du droit espagnol (2).

2-1. Le droit allemand

99. La protection indifférenciée du contractant faible contre les clauses abusives.

L'un des traits caractéristiques du droit allemand est sans doute la protection particulière dont bénéficient les contractants qui se voient imposer par leurs partenaires contractuels des conditions générales d'affaires. La jurisprudence allemande s'est servie de longue date de normes générales du BGB pour étendre sa protection à tous ceux qui, commerçants compris, se voient imposer des conditions contractuelles pré formulées pour une série de contrats (§1 AGBG)²⁷².

À cet égard, la notion de contractant faible en droit allemand apparaissait comme contradictoire au droit européen de la consommation tel qu'il résulte de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives. En effet, la directive du 5 avril 1993 était destinée exclusivement à la protection du consommateur contre les clauses abusives.

Or, d'une part, en « *écartant de son champ d'application les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle et en adoptant une définition des clauses abusives proche de celle du § 9 AGBG – les deux normes se réfèrent au déséquilibre significatif ou déraisonnable et à la violation du principe de bonne foi* »²⁷³. Cette directive étant d'harmonisation minimale, elle laisse une marge de manœuvre permettant aux États membres qui le souhaitent d'étendre leur protection à certains contractants qui ne sont pas des consommateurs. Le droit civil allemand n'est donc pas en contradiction avec le droit européen sur le champ d'application de la directive sur les clauses abusives. De plus, cette protection est limitée en ce sens que le législateur a tenu compte de ce que les commerçants n'ont pas en tous points besoin de la même protection que les consommateurs : en vertu du § 2 AGBG, quatre dispositions de la loi (§2, 10, 11 et 12) ne sont pas applicables « *aux conditions générales d'affaires qui sont utilisées envers un commerçant, lorsque le contrat a trait à son activité commerciale* »²⁷⁴.

²⁷² V. not. C. Witz, F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », juillet 1995-septembre 1996, *RTD Civ.* 1997 p.264 et s.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*

100. Un droit au champ d'application large, en raison de la personne.

La protection est accordée au cocontractant en situation de faiblesse en raison d'un déséquilibre contractuel ; peu importe que ce dernier soit lui-même un professionnel. La seule limite à cette protection non fondée sur la qualité des contractants faibles réside dans le fait que le professionnel « faible » ne bénéficie pas de tous les dispositifs de protection réservés au consommateur.

Cependant, on peut constater qu'il a tout de même un champ d'application *rationae personae* plus large que le texte européen. En effet, le bénéficiaire de la protection en droit allemand est non seulement le consommateur, mais aussi le commerçant, professionnel, dont le rapport contractuel avec le professionnel est caractérisé par un « déséquilibre significatif »²⁷⁵.

Cette conception du professionnel faible est contraire à celle du droit français où un professionnel, personne physique ou morale, ne bénéficie pas de la protection du droit de la consommation. En autres termes, ce professionnel bénéficie de la protection contre les clauses abusives en dehors du droit de la consommation. Est-ce à dire que le droit allemand est-il plus protecteur de la partie faible que le droit français ? En admettant une protection du commerçant, le droit allemand est d'une subtilité remarquable. Elle reste en cohérence avec le droit européen qui définit le consommateur comme étant « *exclusivement une personne physique* ».

Or, le commerçant protégé en droit allemand est essentiellement une personne physique et cette protection se fait en marge du champ d'application de la directive sur les clauses abusives qui est d'harmonisation minimale.

Cette protection contre les clauses abusives fondée, en réalité, non pas sur la qualité du contractant, mais sur l'existence du déséquilibre contractuel, essentiellement un déséquilibre significatif n'est possible que pour les contrats d'adhésion ou contre les clauses standardisées.

101. Une transposition de la directive européenne sur les clauses abusives en droit allemand facilitée.

La transposition de cette directive en droit allemand fût facilitée parce que cette directive européenne était très proche du droit allemand. Elle puise même sa source du droit allemand. Néanmoins, l'adoption de la directive du 5 avril 1993 concernant les

²⁷⁵ Surtout cette protection du professionnel commerçant est contraire à la conception d'un droit français de la consommation qui exclut les personnes morales non commerçantes. Sur cette notion, voir notamment D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p.276 et s.

clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs nécessitait une réforme du droit civil allemand.

Concernant la transposition de cette directive, il faut distinguer le champ d'application matériel et le champ d'application personnel de ladite directive. D'une part, en ce qui concerne le champ d'application matériel, le législateur allemand a écarté les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle pour ne retenir qu'une définition identique à celle de la directive. Le droit allemand se réfère au « déséquilibre » significatif ou déraisonnable et à la violation du principe de bonne foi²⁷⁶.

Mais la particularité du droit allemand par rapport à la directive est axée sur la définition des conditions générales d'affaires. En effet, le droit allemand définit ces conditions générales de façon plus restrictive que la directive qui, elle, vise « toute clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle »²⁷⁷. Or, le § 1 AGBG de la loi allemande exige que ces clauses aient été conçues pour une série de contrats. De plus, l'appréciation du caractère abusif se fait, selon la directive, de manière circonstanciée, c'est-à-dire en tenant compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat²⁷⁸. Or, le § 9 de l'AGBG opte pour une appréciation abstraite²⁷⁹. Le droit allemand a donc une définition de la clause abusive plus restrictive que la directive.

102. Clause d'harmonisation minimale.

D'autre part, cette directive contenait, elle-même, une clause d'harmonisation minimale permettant aux États membres d'étendre la protection du droit de la consommation à certains professionnels en situation de faiblesse²⁸⁰.

Le législateur allemand « soucieux de préserver le plus possible la loi de 1976, sans pour autant vouloir la doubler d'un texte totalement distinct, a inséré en 1996, dans la dernière section de la loi de 1976 consacré à son champ d'application, une nouvelle norme, le §24 a) qui précède la disposition finale relative au domaine d'application tiré de la qualité des contractants »²⁸¹.

²⁷⁶ § 9 de AGBG ; v. en ce sens C. Witz, F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », juillet 1995-septembre 1996, *RTD Civ.* 1997 p.264 et s.

²⁷⁷ Article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

²⁷⁸ Article 4 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

²⁷⁹ V. en ce sens, C. Witz, F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », juillet 1995-septembre 1996, *art. précit.*

²⁸⁰ Voir not., Arrêt *Invitel* du 26 avril 2012, CJCE – affaire C-472/10.

²⁸¹ C. Witz, F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », juillet 1995-septembre 1996, *art. précit.*

On peut donc dire que la protection contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion est le plus grand pilier de la protection des PME contre les déséquilibres contractuels. Les PME sont – vis-à-vis des grandes entreprises, pratiquement traitées comme des consommateurs²⁸². Le droit allemand a donc un champ d'application *rationae personae* plus large que la directive européenne sur les clauses abusives.

103. Une protection du petit professionnel « faible » grâce à la directive du 25 octobre 2011 sur le droit des consommateurs.

L'approche du droit allemand, qui consiste à protéger le contractant faible en raison du déséquilibre contractuel est renforcée, par la clause d'harmonisation minimale contenue dans la directive du 25 octobre 2011, (articles 32 et 33), permet au droit allemand de protéger certains professionnels. En vertu de cette clause, le droit allemand peut faire bénéficier au petit professionnel « faible » en situation de déséquilibre contractuel significatif des dispositions protectrices de ladite directive. Cette possibilité de protection est renforcée par la brèche ouverte par la directive elle-même en son considérant 13^{ème}, qui permet, elle aussi, une protection de certains contractants qui ne sont pas des consommateurs au sens strict. C'est ainsi que l'a compris la jurisprudence de la Cour Fédérale qui est très favorable aux petites et moyennes entreprises²⁸³. La transposition de la directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011, en droit allemand a été donc sans grande difficulté.

Cette persévérance dans la protection des petits professionnels était visionnaire. Il en était de même en droit espagnol, mais dans une moindre mesure.

2-2. La protection du professionnel par le droit espagnol de la consommation

104. Une loi générale de protection des consommateurs.

L'Espagne ne dispose pas d'un Code la consommation comme nous en avons en France mais il existe un droit espagnol de protection des consommateurs. C'était une loi générale, rassemblant des dispositions règlementaires et législatives, qui constituait le socle du droit espagnol de protection des consommateurs et des usagers²⁸⁴. Pour

²⁸² *Ibid.* V. également, S. Lorenz, dans R. Schulze, G. Wicker, (dir.), *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, 212 p., spéc. p. 110.

²⁸³ S. Lorenz, dans R. Schulze, G. Wicker (dir.), *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, 212 p., spécialement page 108.

²⁸⁴ La loi espagnole n° 26/1984 du 19 juillet 1984, dites loi générale pour la défense des consommateurs et usagers.

souligner l'importance que revêtait la protection du consommateur, cette dernière prenait sa source dans la constitution espagnole.

C'est en ce sens qu'un auteur affirmait que « *le droit à la protection du consommateur a, en Espagne, un fondement constitutionnel. Les pouvoirs publics ont une obligation, non seulement de garantir la défense et l'information du consommateur, mais jusqu'à son éducation (article 51.2 de la constitution du 27 décembre 1978), alors qu'il n'est pas fait mention de lui une seule fois dans la Constitution française* »²⁸⁵.

105. L'usager en droit espagnol : une notion large.

La loi générale espagnole sur la consommation protégeait à la fois le consommateur mais également tous les « usagers ».

Que faut-il entendre par « usagers » ? L'article 1. 2 de l'ancienne loi générale espagnole disposait que : « *pour l'application de la présente loi, sont consommateurs ou usagers les personnes physiques ou morales qui acquièrent, utilisent ou jouissent, comme destinataires finaux²⁸⁶, de biens meubles ou immeubles, produits, services, activités ou fonctions, quel que soit la nature publique ou privée, individuelle ou collective, de ceux qui les produisent, procurent, fournissent ou expédient* ».

Les bénéficiaires de la protection, en droit espagnol de la consommation, étaient à la fois le consommateur au sens strict, mais aussi tous les contractants ayant la qualité d'usager. Il pouvait s'agir, ici, de tous les contractants assimilés aux consommateurs, comme des professionnels en situation de faiblesse. Deux raisons pouvaient expliquer l'idée d'une assimilation du professionnel « faible » à un usager.

D'une part, dans l'arrêt *Cape*, la Cour de Justice des Communautés Européenne définissait la notion de consommateur comme celle qui vise « *exclusivement une personne physique* »²⁸⁷. Ce qui excluait de façon évidente la personne morale de la protection du droit européen. Pourtant, le droit espagnol de protection des consommateurs et des usagers protégeait à la fois la personne physique et la personne morale. Si le consommateur était une personne physique, le terme « usager » pouvait recouvrir les petits professionnels et plus globalement des personnes morales qui concluent des contrats de consommation. C'est-à-dire des petits professionnels ou des

²⁸⁵Maître P. Alfredo, « Les chroniques ibériques », *La Semaine Juridique, entreprises et affaires* n°39, 27 septembre 2001, Etude, p.1520 et s.

²⁸⁶ Pour une définition du destinataire final du processus de consommation, voir en ce sens, F. Ferber, *Théorie de la consommation*, (Université de l'Illinois), traduit par F. Bertault, Economica, Paris : 1976, 63 p.

²⁸⁷ CJCE, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, arrêt du 22 novembre 2001.

personnes morales qui se trouvent dans une situation comparable à celle du consommateur.

Cette notion d'usager, en droit espagnol, était complétée par la notion de « destinataires finaux ». C'est ainsi l'usager ou le consommateur final du bien ou du service qui était protégé par la loi générale espagnole. En somme, un auteur affirmait que si la loi générale espagnole « *vise les « destinataires finaux » sans exiger que ces derniers « utilisent ou jouissent » des biens de consommation ou des prestations de services à des « fins » « étrangers » « extérieures » ou « sans rapport direct » avec leur profession, on peut considérer que cet article ne s'applique pas uniquement au consommateur »*²⁸⁸.

D'autre part, en Sciences économiques le critère du destinataire final suppose un individu qui « éteint la chose », l'utilise en dernier, indépendamment du rapport entre le contrat et son activité professionnelle²⁸⁹. Par exemple, la société qui acquiert un logiciel « *gestion de marketing clients »* serait considérée comme un « usager »²⁹⁰. En conséquence, il serait protégé au même titre qu'un simple consommateur par la loi espagnole « de protection des consommateurs ».

Mieux, la notion d'usager, destinataire final du bien ou du service de consommation pouvait être une société commerciale. Ainsi, les sociétés commerciales pour importantes qu'elles soient, sont des consommateurs bénéficiant de la protection offerte à la ménagère, pour peu qu'elles soient les destinataires finaux du produit ou du service objet du contrat. C'est-à-dire comme le précise l'article 1.3 de la loi, que l'acquisition de ces produits ou services ne soit pas faite aux fins d'intégration dans un processus de production, de transformation, commercialisation ou prestation à des tiers²⁹¹.

²⁸⁸ En effet, l'article 10 de la loi générale espagnole de 1984 donnait une définition large du consommateur. Etaient consommateurs « toutes les personnes physiques ou morales qui, en qualité de destinataires finaux, acquièrent des biens meubles ou immeubles, produits, services, activités ou fonctions, les utilisent ou en jouissent, quel que soit l'autre contractant, individuel ou collectif, privé ou public ». Voir en ce sens, Maître Alfredo, « Les chroniques ibériques », *La Semaine Juridique, entreprises et affaires* n°39, 27 septembre 2001, Etude, p.1520 et s. Voir également, G. Garcia-Cantero, « Les clauses abusives en droit espagnol », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, J. Ghestin (dir.), L.G.D.J., Paris : 1991, spéc. p.273 et s.

²⁸⁹ V. not. J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, Paris : Les classiques des sciences sociales, 1803, spéc. p.439.

²⁹⁰ La jurisprudence française considère qu'une société qui se dote d'un système informatique, notamment l'acquisition d'un logiciel « gestion du marketing clients » n'est pas un non-professionnel. Un tel contrat d'acquisition est considéré comme un achat d'équipement et entre dans la catégorie des contrats ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle. Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, n°93-18684.

²⁹¹ En droit français, les sociétés commerciales sont exclues de la catégorie des non-professionnels et ne bénéficient d'aucune protection du droit de la consommation. Civ 1, 11 décembre 2008, n°07-18128, CCC 2009, comm. 69, obs. L. L. V. également, Cass. com. 6 septembre 2011, n° 10-21583 et Cass. com.

En somme, il s'agissait d'une conception très extensive de la « partie faible » qui pouvait comprendre le petit professionnel. Même la société commerciale qui répond aux critères de définition du petit professionnel pouvait bénéficier de la protection du droit de la consommation²⁹².

106. La nouvelle définition du consommateur en droit espagnol.

Depuis l'arrêt *Cape* et l'adoption de la directive du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs, la définition du consommateur ou de l'utilisateur en droit espagnol a changé. Le nouveau concept suppose au moins deux changements. D'une part, le destinataire final est celui qui agit en dehors du cadre de son activité. D'autre part, le consommateur est celui qui agit pour la satisfaction d'un besoin de nature privée et qui n'est pas lié à son activité professionnelle. Dans certains cas, « *pour être considéré comme consommateur, le contractant doit tout d'abord agir dans un domaine où il n'a pas la qualité de spécialiste ou auquel il ne se consacre pas professionnellement ; ensuite, l'objet du contrat conclu ne doit pas être destiné ou s'inscrire dans son activité professionnelle ou commerciale, ce qui traditionnellement était considéré comme « la destination privée » du bien de consommation* »²⁹³.

107. Protection du consommateur.

En droit espagnol, les contours de la protection du consommateur ou de l'utilisateur sont incertains. Est assimilé à un consommateur, celui qui agit dans un domaine où il n'a pas la qualité de spécialiste, puisque la matière n'entre pas dans le cadre de son activité professionnelle. En effet, si le professionnel contracte dans un champ où il n'a pas la qualité de spécialiste, même lorsqu'il en obtient un rendement (qui pourrait être diffus, et à la condition que ce ne soit pas un bénéfice direct), il pourra être qualifié de consommateur ou d'utilisateur et bénéficier ainsi de la protection du droit espagnol de la

n°10-21584. Voir en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Une société commerciale n'est pas un non-professionnel », *L'Essentiel Droit des contrats* 2011, n°10, p. 3 et s.

²⁹² L'hypothèse de la société commerciale dont le nombre de salariés est inférieur ou égale à 5 et qui passe un contrat dont l'objet « n'entre pas dans le champ de son activité principale » peut poser problème. Mais il est presque impossible qu'une société commerciale contracte en dehors du champ de son activité principale.

²⁹³ M. T. Alvarez Moreno, « Les clauses abusives appréhendées par le droit civil espagnol », in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud, E. Lauroba (dir.), Droit comparé et européen, vol. 13, Société de législation comparée, Paris : 2013, spéc. p 32. Voir également, J. RIBOT, « Clauses abusives et droit de la consommation dans la jurisprudence espagnole récente », *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud, E. Lauroba (dir.), Droit comparé et européen, vol. 13, Société de législation comparée, Paris : 2013, p.181 et s.

consommation²⁹⁴. La personne morale bénéficie ainsi de la protection du droit espagnol de la consommation sur le fondement du considérant 13 de la Résolution du Parlement Européen sur la Proposition de Directive du 23 juin 2011, devenue directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011²⁹⁵. C'est sur ce fondement que le petit professionnel continue de bénéficier de la protection en droit espagnol.

108. L'extension de la protection aux petits professionnels.

En définitif, si la notion de petit professionnel « faible » n'a pas une importance significative dans le droit allemand de la consommation, la définition large de l'utilisateur en droit espagnol permet une extension de la protection aux petits professionnels. Avec l'adoption de la directive du 25 octobre 2011, on peut s'étonner que ces États n'aient pas consacré une protection autonome du petit professionnel. Toutefois, l'extension de la protection à la personne morale dans ces États européens renforce l'idée que le bénéficiaire du droit de la consommation n'est pas le seul consommateur. C'est de cette protection directe du petit professionnel que le droit anglais tire son originalité.

En droit français, un auteur pensait déjà, à cette même époque, que la qualité de professionnel n'excluait pas celle de partie faible²⁹⁶. Avec la transposition de la directive du 25 octobre 2011 en droit français, le petit professionnel est désormais une catégorie de contractants faibles à part entière dans ce droit.

B. Notion de petit professionnel en droit français

109. La loi Hamon et la protection du petit professionnel en droit français.

La notion de « *small business* » européen en tant que contractant protégé renvoie à la notion de « *petits professionnels* »²⁹⁷. C'est la loi Hamon qui a introduit cette notion de petit professionnel en droit français. Il s'agit de la loi ayant transposé la directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs²⁹⁸. Elle ne s'est pas seulement limitée à la transposition de cette directive et a profité de cette occasion

²⁹⁴ M. T. Alvarez Moreno, « Les clauses abusives appréhendées par le droit civil espagnol », in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud, E. Lauroba (dir.), Droit comparé et européen, vol. 13, Société de législation comparée, Paris : 2013, spéc. 33.

²⁹⁵ *Ibid.* p.36.

²⁹⁶ D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD Com*, 1998, p.104 et s.

²⁹⁷ L'expression « petits professionnels » est, ici, empruntée de T. Genicon. Voir en ce sens, T. Genicon, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p.276 et s.

²⁹⁸ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « *Loi Hamon* » ; JO 18 mars 2014, p. 5400.

pour modifier un grand nombre de dispositions du Code de la consommation. Son intérêt pour notre étude tient principalement à la transposition de la directive sur les droits des consommateurs, qui a introduit dans le droit de la consommation français la notion de petits professionnels.

Ainsi, si la protection de la directive s'applique dès lors que les contrats sont conclus entre un consommateur et un professionnel, une extension de la protection est conservée pour les contrats conclus hors établissement. La directive n°2011/83/UE autorise cette extension pour les Etats membres qui le souhaiteraient puisque la protection des contractants autres que les consommateurs se situent en dehors du champ harmonisé dans lequel les Etats conservent une très large marge de manœuvre²⁹⁹.

110. Loi Hamon - Un droit de rétractation du petit professionnel

Concrètement, dans les relations entre professionnels, qui impliquent donc des petits professionnels, la loi Hamon a apporté d'importantes innovations. La loi Hamon apporte une modification de l'article L. 441-6 du Code de commerce, sur les conditions générales de vente, en instituant un droit de rétractation au profit des professionnels. Avant la loi Hamon, le droit de rétractation existait au profit des petits professionnels.

Or, suivant une tradition civiliste attachée au principe du consualisme et à la force obligatoire des contrats, la jurisprudence a imposé une interprétation particulièrement extensive du critère du « rapport direct », considérant qu'il y avait rapport direct non seulement lorsque l'objet du contrat était indispensable à l'activité commerciale mais également lorsque cet objet était indispensable aux activités secondaires de l'entreprise.

Dans la pratique, cette extension du critère du « rapport direct » a limité grandement la faculté de rétractation, plaçant *de facto* plusieurs petites entreprises dans des situations délicates.

C'est sans doute en tenant compte de la vulnérabilité de ces petits professionnels à certaines pratiques (notamment la pratique des ventes one shot) que le législateur a décidé d'agir et d'élargir les possibilités d'exercice de ce droit³⁰⁰.

Désormais, pour que le petit professionnel puisse bénéficier de ce droit de rétractation, il faut que la réunion de certaines conditions. Le droit de rétractation, à compter de la

²⁹⁹ C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi *Hamon* », *RDC* 2014/3, p.456 et s.

³⁰⁰ S. Astier, « L'extension du droit de rétractation aux professionnels », *HAAS Avocats*, 26/06/2015.

réception du bien ou de la date de conclusion du contrat de service, s'applique aux professionnels qui (article L. 221-3 du Code de la consommation) ont moins de 5 salariés dans une entreprise et si l'objet du contrat n'est pas dans le champ d'activité principale de l'entreprise.

Selon ce texte, l'objet du contrat n'a plus à avoir un objet ayant un rapport direct avec l'activité de l'entreprise mais doit désormais seulement correspondre au « champ de l'activité principale » ce qui constitue par nature un élargissement du périmètre de ce droit.

111. Loi Hamon - Les conditions d'application du nouveau droit de rétractation

Le droit de rétractation est encadré par trois conditions précises :

i. Le contrat doit être conclu hors établissement

Il s'agit d'un contrat conclu :

- Dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle, en la présence physique simultanée des parties, y compris à la suite d'une sollicitation ou d'une offre par le consommateur ;
- Dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément présentes ;
- Pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur.

Limite – exclusion des contrats conclus à distance

Les professionnels ne bénéficient donc pas de droit de rétractation pour les contrats à distance entendus comme les contrats conclus sans la présence physique simultanée des parties, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat.

ii. L'objet du contrat ne doit entrer dans le champ de l'activité principale du professionnel

Sur la base de la jurisprudence existante, un site internet de l'entreprise serait dans le champ d'activité car il permet d'exercer l'activité. En revanche, un contrat d'assurance-vie du petit professionnel ou un contrat de vidéosurveillance d'un magasin n'entre pas dans le champ de l'activité principale de ce professionnel.

On peut donc attendre de la DGCCRF et de la jurisprudence de préciser cette notion de « l'activité principale du professionnel ».

iii. Le nombre de salariés employés per le professionnel doit être inférieur ou égale à cinq

La loi Hamon ajoute ici une condition assez stricte, limitant le droit de rétractation aux très petites entreprises.

112. Loi Hamon - Possibilité de dérogation au délai de quatorze jours.

Enfin, lorsque les trois conditions sont remplies, le petit professionnel, comme le consommateur, peut se rétracter dans un délai de 14 jours à compter de la conclusion du contrat (prestation de service) ou de la réception des biens (vente de biens).

Toutefois, le point de départ de ce délai peut être différé dans la limite de douze mois tant que le vendeur n'a pas informé son client petit professionnel de sa capacité à pouvoir se rétracter sous quatorze jours³⁰¹.

113. L'abandon du critère du « rapport direct » par la loi Hamon.

La loi Hamon a donc abandonné le critère du « *rapport direct* » introduite par la loi sur le démarchage qui avait été à l'origine de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'extension de la notion de consommateur³⁰².

Pour la protection du petit professionnel, ce critère est remplacé par deux critères cumulatifs : un objet du contrat « *qui n'entre pas dans le champ d'activité principale du professionnel sollicité* » et un « *nombre de salariés employés inférieur ou égale à cinq* » (article L.121-16-1, III du Code de la consommation)³⁰³. Le professionnel

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18227. Sur la notion d'entreprise, voir E. Alfandari, *Droit des affaires*, Litec, Paris : 1993, spéc., p. 165 et s. Lorsque, l'entreprise est le résultat d'un acte unilatéral privé, on parle d'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (SARL). Voir également, J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires – Commerçants, concurrence, distribution*, 8^{ème} édition, L.G.D.J., Paris : 2015, spéc. p. 177 et.

³⁰³ Voir en ce sens C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *art. préc.* Pour certains auteurs, il s'agit d'un retour au critère de « la

(l'entreprise) qui emploie un nombre de salariés inférieur ou égal à cinq est, de ce fait, considéré comme un « petit professionnel ».

Un auteur pensait rapprochait cette disposition de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce qui permet lui aussi de protéger les « petits professionnels », grâce à l'action du Ministre du commerce³⁰⁴. Nous pensons aussi que la volonté de protéger le petit professionnel trouve aujourd'hui son aboutissement dans la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun des contrats depuis l'ordonnance de réforme du 10 février 2016.

114. La directive d'harmonisation minimale.

Pendant longtemps certaines personnes morales, considérées aujourd'hui comme des petits professionnels, ont été assimilées aux consommateurs. Par exemple une association n'a pas été reconnue comme un consommateur par une cour d'appel.

En l'espèce, par acte sous seing privé, l'Association syndicale libre la Valentelle a conclu, avec la S.A.R.L. Jardin Service une convention d'entretien des espaces verts du lotissement la Valentelle pour une durée d'un an. On sait tous que l'article L 136-1 du Code de la consommation protège le non-professionnel contre la tacite reconduction des contrats. Pourtant, la S.A.R.L. souhaitait que l'Association soit condamnée pour rupture abusive de la convention.

La cour d'appel adoptait ce raisonnement « Ainsi que le Tribunal l'a bien énoncé, à juste titre cette notion de consommateur n'est pas incompatible avec celle de personne morale³⁰⁵.

Cependant, la personne morale ne bénéficie de la protection du Code de la consommation que pour autant qu'elle intervienne en dehors de son secteur d'activité habituel. Telle n'est pas le cas d'une association syndicale de propriétaires, réglementée et structurée, à l'effet d'assurer l'entretien d'équipements collectifs.

À défaut d'appartenir à une catégorie professionnelle déterminée, une association qui fait de la mise en culture de ses pelouses et de ses arbres son secteur d'activité habituelle, dont elle a une certaine expérience, ne peut pas prétendre à la qualité de consommateur au sens de l'article L 136-1 susvisé du Code de la consommation.

compétence professionnelle » ; V. en ce sens, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglia... », *Gaz. Pal.* 22/03/2016 n°12, p. 20 et s.

³⁰⁴ Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *art. préc.*

³⁰⁵ En ce sens, voir CA Aix-en-Provence du 3 février 2011, n°10/08197.

Les directives européennes de protection des consommateurs, telle que la directive 93/13/CEE du Conseil du 05 avril 1993, ont longtemps été étendues à des personnes morales en raison du principe d'harmonisation minimale.

115. L'harmonisation totale.

Cette situation perdure toujours du fait que la directive 2011/83/UE est elle-même d'harmonisation totale ciblée. C'est-à-dire que l'harmonisation n'est totale que pour certains volets de la directive et non pour tous. En effet, « *les points d'achoppements dans les négociations concernaient principalement les chapitres sur la vente et les clauses abusives en raison du degré maximal d'harmonisation obligeant les Etats membres à abandonner leur législation nationale plus protectrice des consommateurs* »³⁰⁶.

La garantie de conformité et les clauses abusives ont été finalement retirées du champ de la directive ; laissant ainsi les directives n°99/44/CE du 25 mai 1999 et n°93/13/CE du 5 avril 1993 toujours applicables. Il ne reste que deux dispositions obligeant simplement les Etats à informer la Commission des choix faits en vertu de la clause minimale (article 32 et 33 de la directive).

En cette matière, peu importe donc la qualité du cocontractant du professionnel. Ce qui compte, c'est le déséquilibre significatif dans la relation contractuelle ; c'est parce qu'il s'est vu imposer des conditions générales d'affaires par le professionnel économiquement puissant que le petit professionnel « faible » est protégé. Cette conception semble être reprise dans le droit commun des contrats et le droit de la concurrence français. En effet, depuis la réforme du droit des contrats³⁰⁷, tout cocontractant du professionnel est aujourd'hui protégé contre les clauses abusives dès lors que le contrat litigieux n'a pas donné lieu à une négociation préalable.

Il en est de même dans le Code de commerce depuis la loi de modernisation de l'économie. C'est essentiellement l'article 1171 du Code civil qui prévoit cette protection indifférenciée du contractant faible fondée sur la nature du contrat litigieux. Cet article dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite...* ». Le critère de protection du petit professionnel « faible » par le droit commun des contrats et par le droit allemand est le déséquilibre significatif qui

³⁰⁶ En ce sens voir notamment C. Aubert de Vincelles, « Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs ! » *RDC* 2011/4, p.1224 et s.

³⁰⁷ V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Les clauses abusives régis par le droit commun », *RTD civ.* juin 2016.

résulte de la nature du contrat conclu avec l'autre professionnel. Le législateur allemand suit donc depuis longtemps le principe selon lequel le contrôle des clauses abusives en matière de contrat d'adhésion n'est pas restreint à la relation entre professionnels et consommateurs, protection qui a été introduite en France par la modification de l'article L.442-6 du Code de commerce par une loi pour la modernisation de l'économie (LME) de 2008³⁰⁸, mais qui ne limite pas la protection aux contrats d'adhésion³⁰⁹.

116. La directive 2011/83/UE et l'harmonisation minimale.

Toutefois, nous ne pouvons pas affirmer que la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 est d'harmonisation minimale. Le considérant 2^{ème} de la directive stipule que le réexamen du texte « *a montré qu'il convient de remplacer ces deux directives par une seule. La présente directive devrait donc définir des règles standards pour les aspects communs des contrats à distance et hors établissement, en s'écartant du principe d'harmonisation minimale présent dans les anciennes directives tout en permettant aux États membres de maintenir ou d'adopter des règles nationales concernant certains aspects.* ». Ce considérant complète le considérant 13^{ème} qui ouvre la possibilité de protection des petits professionnels.

En effet, le considérant 2 de la directive 2011/83/UE confirme les dispositions de l'article 114- 3 TFUE³¹⁰. Ce article dispose que, contrairement aux directives du 05 avril 1993, du 20 décembre 1985³¹¹ et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive n°2011/83/UE est d'harmonisation maximale en toutes ses dispositions.

Sauf pour certains aspects pour lesquels la directive autorise les États membres à « *maintenir ou à adopter* » des règles nationales. C'est ce qu'elle fait en ouvrant la possibilité aux États membres d'étendre les dispositions protectrices de la directive à certaines personnes qui, au sens, de la présente directive ne sont pas des consommateurs.

La clause d'harmonisation minimale introduite par les articles 32 et 33 de la directive du 25 octobre 2011 permet ainsi de compléter l'œuvre de protection de ces

³⁰⁸ Sur cette protection du professionnel par le droit des pratiques restrictives de concurrence, v. *infra* chapitre 2, titre 2, 2^e partie.

³⁰⁹ V. en ce sens, S. Lorenz, dans R. Schulze, G. Wicker, (dir.), *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, Berlin : LIT, 2013, 212 p., spéc. p. 110.

³¹⁰ Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne 2012/C326/01.

³¹¹ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. *JOCE* du 31 décembre 1985, p. 31. Voir également, V. Legrand, « Le nouveau droit de la vente à distance et du démarchage », *Petites affiches*, 12 mars 2014 n°51, p.8 et s.

contractants dans les domaines non concernés par l'harmonisation maximale. Par exemple, dans le domaine de la lutte contre les clauses abusives, qui reste toujours régit par la directive du 5 avril 1993, qui est d'harmonisation minimale.

117. La directive n°2011/83/UE et les droits des consommateurs.

Dans ces domaines, en utilisant la possibilité que leur laisse la directive n°2011/83/UE sur les droits des consommateurs, les États membres peuvent maintenir leur législation protectrice aux profits des petits professionnels.

Cela est illustré par l'arrêt Di Pinto, qui avait déjà permis une telle possibilité avant l'adoption de la directive sur les droits des consommateurs. En l'espèce, Monsieur Di Pinto était le gérant d'une société spécialisée dans l'immobilier. Cette société publiait une revue périodique dans laquelle étaient insérées des offres de vente de fonds de commerce. Pour recueillir ces offres, Monsieur Di Pinto, faisait démarcher par ses représentants, à domicile ou dans leur entreprise, les commerçants qui, lors d'un premier contact téléphonique, avaient exprimé leur intention de vendre leur fonds. Le 28 mars 1989, le tribunal de grande instance de Paris avait condamné Monsieur Di Pinto pour contravention à la loi sur le démarchage.

En effet, alors que l'article 4 de cette loi interdisait aux démarcheurs de percevoir un versement en numéraire avant l'expiration d'un délai de réflexion de sept jours, les représentants de M. Di Pinto percevait un règlement immédiat du prix de la prestation. Par ailleurs, ces représentants ne mentionnaient pas la faculté pour les consommateurs de renoncer à leur engagement avant l'expiration du délai de réflexion.

Monsieur Di Pinto et le procureur de la République interjetèrent appel contre ce jugement. Le 7 juillet 1989, la cour d'appel de Paris a condamné par défaut M. Di Pinto. Le 11 juillet 1989, ce dernier s'opposait à l'exécution de l'arrêt. Monsieur Di Pinto soutenait que, contrairement à ce qui a été jugé à diverses reprises par la Cour de cassation, les commerçants démarchés en vue de la vente de leur fonds de commerce ne bénéficient pas de la protection instaurée par la loi sur le démarchage, et que s'il en allait autrement, cette loi serait contraire à la directive européenne sur les contrats conclus hors établissement. En effet, l'article 8, partie I, sous e), de la loi française sur le démarchage, excluait de son champ d'application « *les ventes, locations ou locations-ventes de marchandises ou d'objets ou les prestations de services lorsqu'elles sont proposées pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle*

ou commerciale ou d'une activité professionnelle »³¹². L'article 2 de la directive européenne précisait qu'il faut entendre par : « *consommateur* », *toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* »³¹³.

La cour d'appel de Paris avait alors soumis à la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) deux questions préjudicielles. D'une part, elle soutenait que le commerçant démarché à domicile pouvait être assimilé à un consommateur, et d'autre part, que la directive s'opposait à ce qu'une législation nationale sur le démarchage étende la protection à des commerçants, lorsque ceux-ci accomplissent des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce. En effet, l'article 8 de la directive européenne sur les contrats conclus hors établissement autorisait les États membres à adopter ou à maintenir un degré de protection plus élevée que la directive elle-même.

C'est pourquoi, la Cour de justice des communautés européennes avait alors estimé que « *cette disposition a pour objet de déterminer la liberté qui est laissée aux États... Elle ne saurait, dès lors, être interprétée comme interdisant aux États de prendre des mesures dans un domaine qu'elle ne concerne pas, comme celui de la protection des commerçants* ».

La protection des commerçants se situait donc en dehors du champ harmonisé de la directive du Conseil des Communautés Européennes du 20 décembre 1985. C'est dans cet ordre d'idée que la CJCE avait alors conclu que « *la directive ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale sur le démarchage étende la protection qu'elle établit à des commerçants, lorsque ceux-ci accomplissent des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce* ». Cet arrêt démontre, en somme, que le petit professionnel pouvait être protégé par les textes relatifs aux droits de la consommation.

C'est l'esprit de l'arrêt Di Pinto, confirmé dans l'arrêt Capec, qui a animé le législateur européen dans la rédaction de la directive n°2011/83/UE. Cette directive autorise, en fait, les États membres qui le souhaitent, à étendre la protection à certains contractants qui ne sont pas consommateurs ; c'est-à-dire à des contractants qui ne sont pas des consommateurs selon la définition de la directive elle-même, notamment les

³¹² Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. JO du 23 décembre 1972 n°13348.

³¹³ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. JOUE n° L372 du 31/12/1985, p. 31 – 0033.

petites et moyennes entreprises ou les jeunes entreprises, en somme les petits professionnels³¹⁴.

118. Conclusion section I.

On le voit, il n'existait pas une notion autonome de petit professionnel qui serait protégé comme tel par le droit européen, encore moins dans la majorité des législations européennes. Si cette protection était nécessaire, comme l'ont bien établi les législateurs anglais, dans la plupart des États européens, ce contractant faible semblait négligé car sa protection était diluée dans celle plus large des professionnels faibles. La conséquence de cet état de fait c'est que ce petit professionnel n'était protégé qu'en marge des textes européens et subsidiairement dans les législations nationales.

SECTION 2 : L'ACCEPTATION D'UNE PROTECTION AUTONOME DU PETIT PROFESSIONNEL EN DROIT INTERNE ET EUROPÉEN

119. Le droit européen.

Le droit européen prévoit des dispositifs appropriés de protection des consommateurs. Ces textes ont permis, dans un premier temps, de protéger uniquement les consommateurs. C'est seulement dans un second temps que ces dispositifs ont pu protéger certains professionnels. Pendant longtemps, les contractants professionnels bénéficiaient de façon indirecte de ces mécanismes de protection. Autrement dit, il s'agissait de mécanismes de protection assez souples pour permettre aux États d'étendre la protection du consommateur à ces autres contractants « faibles »³¹⁵.

Le législateur préférait un processus d'uniformisation du droit européen à travers des clauses d'harmonisation minimale. C'est-à-dire qu'il était imposé aux États un seuil minimum de protection en deçà duquel le droit de l'État n'était plus conforme au droit européen. Les États disposaient de la faculté de maintenir ou d'introduire un degré de

³¹⁴ J. Rochfeld, « Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? », *RDC* 2013/2, p. 489 et s.

³¹⁵ C'est l'idée même de l'existence de clause d'harmonisation minimale dans certaines directives européenne. Par exemple, l'article 8 de la directive sur les clauses abusives permet aux Etats membres « d'adopter ou de maintenir, dans le domaine régi par la directive, des dispositions plus strictes... ».

protection plus élevée que celui imposé par le droit européen³¹⁶ ; l'inverse était impossible.

Aujourd'hui, les normes européennes sont essentiellement d'harmonisation maximale. C'est-à-dire que les États ne disposent plus de la faculté de maintenir ou d'introduire un degré de protection plus élevé que celui exigé par le droit européen. Par exemple, la directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 et les propositions de directive concernant les contrats de vente de biens et de contenus numériques sont d'harmonisation totale.

120. Plan.

Ces textes européens prévoient des dérogations, dans la protection, au profit de certains professionnels « faibles ». Après avoir étudié le dispositif de protection prévu par la directive n° 2011/83/UE au profit du petit professionnel (§1), nous constaterons que les deux propositions de directive relatives aux contrats numériques prévoient une possibilité de protection du petit professionnel (§2).

§1. Le dispositif de protection du petit professionnel dans la directive n° 2011/83/UE

121. La directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011.

La directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 est la première directive européenne d'harmonisation maximale adoptée par le Parlement et le Conseil Européen³¹⁷. Il s'agit d'une directive d'harmonisation totale ciblée qui a pour vocation de faciliter la réalisation du marché intérieur par la promotion des contrats transfrontières et le renforcement de la protection du consommateur. Elle a abrogé les directives 85/577/CEE et 97/7/CE³¹⁸. Cette directive prévoit la possibilité pour les États membres d'étendre leur législation protectrice aux petits professionnels. Cette protection de la directive peut se faire sur deux fondements.

D'une part, c'est le considérant 13 de la directive qui prévoit directement une protection pour le « small business » (A). D'autre part, le considérant 17 de la même directive

³¹⁶ J. Rochfeld, « La communautarisation des sources du droit – De l'harmonisation maximale », *RDC* 2009/1, p.11 et s.

³¹⁷ La proposition de directive de 2008, à laquelle a été substituée celle du 25 octobre 2011, ne fût pas adoptée par le Parlement et le Conseil européen. Elle pouvait être regardée comme la première d'un processus plus ambitieux dans le sens de l'harmonisation des droits nationaux. Voir en ce sens J. Rochfeld, « La communautarisation des sources du droit – De l'harmonisation maximale », *RDC* 2009/1, p. 11 et s.

³¹⁸ Considérant 64 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs.

permet de protéger le professionnel, par assimilation au consommateur, dans les contrats mixtes de consommation (B).

A. L'extension de la protection du droit européen au professionnel en situation de faiblesse : le petit professionnel dans la directive n°2011/83/UE

122. Le créancier principal de la protection en droit européen.

En droit européen, comme en droit français, le bénéficiaire principal de la protection est le consommateur, personne physique, telle qu'il résulte de l'arrêt *Cape*³¹⁹. Or, le professionnel est souvent une personne physique, mais il peut aussi être une personne morale.

Ainsi, l'article 2 de la directive n°2011/83/UE sur les droits des consommateurs le définit comme « *toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive* ».

Toutefois, la directive n° 2011/83 du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs³²⁰, qui est d'harmonisation maximale, permet aux Etats membres « *d'appliquer le régime de la directive à des personnes physiques et morales qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive* »³²¹. Cette directive couvre la matière des informations pré-contractuelles, des contrats à distance et des contrats conclus hors établissements commerciaux. Le consommateur n'est donc pas une personne morale.

³¹⁹ Le consommateur reste une personne physique. Voir arrêt *Cape* de le CJCE du 22 novembre 2001, n° C-541/99 et C-542/99, *D.* 2002 p. 90 et s. Voir notamment, J.-P. Pizzio, « Le consommateur est une personne physique », *D.* 2002 p.2929. Dans le même sens, J. Mel, « La notion de consommateur européen », *Petites affiches* 2006, n°22 p. 5.

³²⁰ Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement Européen et du Conseil et abrogeant le directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil.

³²¹L'article 2-1) de la directive 2011/83/UE dispose que le « *consommateur* » est « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

123. L'agriculture reste une activité professionnelle.

La définition restrictive du consommateur en droit européen pose la question du statut de l'agriculteur individuel, c'est-à-dire la personne physique qui exerce une activité agricole³²².

En droit interne, l'activité agricole est prévue aux articles L.311-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime. Cet article L.311-1 du Code rural et de la pêche maritime définit les activités agricoles comme « *toutes activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation* ».

L'alinéa 2 de ce texte précise que « *les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil. Or, le texte consacre une évolution qui tend à placer sur un même plan l'agriculture traditionnelle, dans laquelle l'exploitant donne aux animaux les aliments qu'il produit, et l'agriculture industrielle, dans laquelle l'exploitant achète en dehors de son exploitation les animaux ou leurs aliments* »³²³. L'agriculteur est donc une personne qui exerce une activité professionnelle.

C'est ainsi que dans un arrêt du 2 juillet 2014, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'agriculteur qui conclut un contrat en rapport avec son activité professionnelle ne pouvait pas bénéficier des dispositions protectrices en matière de reconduction des contrats de consommation³²⁴.

En outre, un auteur a montré que « *l'ouverture aux agriculteurs de la clause compromissoire par la loi n°2001-420 du 15 mai 2011 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), la création d'un fonds agricole par la loi n°2010-11 d'orientation agricole du 5 juin 2010, illustrent la tendance à la commercialisation des professions agricoles* »³²⁵. Néanmoins, l'agriculteur qui est un professionnel, peut tout aussi bien se retrouver dans une situation de faiblesse comparable à celle d'un consommateur.

Il en sera de même pour certaines personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle.

³²² V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC* 2016/03, p.492 et s.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, n° 13-16312. V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p. 331 et s.

³²⁵ D. Bert, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucobza, Institut Universitaire Varenne, coll. De thèses, vol. 55, 2011, n°70.

124. Quid de la protection de la personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle ?

Dans l'arrêt *Cape*, rendu par la CJCE, le 22 novembre 2001, le litige opposait, deux professionnels, personnes morales³²⁶. L'une des parties estimait pouvoir bénéficier des dispositions protectrices de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives.

L'autre partie estimait au contraire que son cocontractant ne pouvait bénéficier de cette protection parce qu'elle était une personne morale. Cet arrêt important a permis de préciser les contours de la notion de consommateur. En effet, certains Etats membres, dont la France, assimilaient aux consommateurs les professionnels, personnes morales non commerçantes, par application du critère de l'absence de « *rapport direct* » entre le contrat et l'activité du professionnel. La question de la protection de ces professionnels ou de la personne morale se pose toujours en droit européen. Par exemple, quelle protection accorder à une association et une ONG (organisation non gouvernementale) ? En ce qui concerne les associations, elles sont régies en droit français par la loi de 1901³²⁷ et sont, en tout état de cause, des personnes morales à but non lucratif.

Par exemple, une association d'aide aux victimes d'une catastrophe climatique telle une tempête est par définition une personne morale.

Une telle association doit-elle être considérée comme un consommateur ou un professionnel ? En principe, le but d'une association humanitaire est désintéressé car elle vient en aide aux victimes et agit en conformité avec son objet social. C'est pourquoi, l'article 2 de la directive n°2011/83/UE ne cite pas l'activité associative comme une activité professionnelle. Or, la définition légale du consommateur en droit européen, comme en droit interne, n'inclut pas la personne morale.

Pourtant, dans un arrêt du 1^{er} juin 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'une association, la Société Protectrice des Animaux (SPA), « *lorsqu'elle procède à un don de chiens, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, de sorte qu'elle n'a pas la qualité de professionnel* »³²⁸ au sens l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Par conséquent, l'association peut donc être qualifiée de non-professionnel.

³²⁶ Arrêt *Cape* CJCE du 22 novembre 2001, Conclusions de M. Mischo – Affaires jointes C-541/99 et C-542/99.

³²⁷ Le régime juridique des associations est régi par la loi de 1901. Voir en ce sens, H. Oberdorff, Droits de l'homme et libertés fondamentales, L.G.D.J., 6e éd., Paris 2017, n° 541 et s.

³²⁸ Cass. civ. 1re, 1er juin 2016, n° 15-13236.

125. L'extension de la protection du consommateur à certaines personnes morales.

Comment qualifier ces personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle lucrative, mais qui se trouvent dans une situation de faiblesse comparable au consommateur ?

La directive n°2011/83/UE permet une possibilité de protection au profit de personnes physiques ou morales qu'elle ne définit pas. En effet, le considérant 13^{ème} de la directive du 25 octobre 2011 prévoit que : « ... *Les Etats membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application des règles de la présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs au sens de la présente directive, comme les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises...* ».

Ce considérant donne des exemples précis de la catégorie des contractants considérés, par exemple, comme des petits professionnels. Il énumère un nombre de personnes que, ni l'article 2³²⁹ de la présente directive, ni l'arrêt *Cape* ne définissent comme des consommateurs. Les contractants visés seront, entre autres, les organisations non gouvernementales, les jeunes entreprises ou les petites et moyennes entreprises.

126. L'exemple des associations de consommateurs.

Les exemples donnés par le considérant 13^{ème} de la directive du 25 octobre 2011 visent des professionnels mais aussi les ONG et les associations. Or, les organisations non gouvernementales, tout comme les petites et moyennes entreprises sont des personnes morales. En droit français, on admet que la catégorie des non-professionnels ne renferme que les personnes morales n'exerçant pas d'activités professionnelles³³⁰, comme les organisations non gouvernementales, les associations à but non lucratif et les syndicats de copropriété³³¹.

Cette protection de personnes morales, comme les associations, par exemple, est assez similaire à celle retenue dans l'arrêt *Invitel*, qui est une parfaite illustration de l'utilisation des marges de manoeuvre dans les directives d'harmonisation minimale.

³²⁹ L'article 2 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 définit le consommateur comme « *toutes personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

³³⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel », *RDC* 2012/2, p.498 et s.

³³¹ G. Cattalano-Cloarec, « Le syndicat des copropriétaires demeure un « non-professionnel », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* 2016 n°1, p.3 et s.

127. La protection du professionnel faible par la directive 2011/83/UE.

Au-delà des directives d'harmonisation minimale, le droit européen permet une extension de la protection de la directive aux personnes morales ayant la qualité de petit professionnel³³², c'est-à-dire les petites et moyennes entreprises, les jeunes entreprises. Comme exemple, les artisans, les agriculteurs peuvent prétendre à la qualité de petits professionnels. Or, ces derniers sont considérés en droit interne comme des professionnels.

Nous pouvons néanmoins affirmer que le droit français n'exclut pas totalement la personne physique ou morale exerçant une activité à but lucratif. Une analyse a contrario de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 2 juillet 2014 permettait de considérer que l'agriculteur qui conclut un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle peut être protégé³³³. Plus récemment, la troisième chambre civile de la Cour de cassation est même allée plus loin dans l'extension de la protection en admettant qu'un « *promoteur immobilier n'est pas un professionnel de la construction* ».

Si le professionnel peut être protégé, par sa qualification en petit professionnel en droit français, *a fortiori* l'association ou l'ONG qui n'exerce pas une activité à but lucratif. C'est précisément ce qui semble avoir été confirmé par le considérant 13 de la directive qui vise à protéger à la fois certains professionnels « *personnes morales ou physiques* » exerçant une activité lucrative.

La notion de petit professionnel englobe donc aussi bien les professionnels personnes morales que les professionnels personnes physiques.

128. Une proposition de loi de protection des artisans.

Enfin, en droit français, une proposition de loi intéressante avait pour vocation la protection de certains petits professionnels, notamment les artisans³³⁴.

Bien que cette proposition de loi ait eu pour vocation la seule protection des artisans contre le démarchage, elle avait le mérite d'être précise dans la désignation des professionnels bénéficiaires de la protection. Son inconvénient était qu'elle avait un champ d'application assez limité, voire éloigné, des préoccupations de la plupart des textes européens ou français. Le consensus étant en faveur d'une protection de ces

³³²J. Rochfeld, « Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? », *RDC* 2013/2, p. 489 et s.

³³³N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p. 331 et s.

³³⁴ Proposition de loi visant à protéger les artisans du démarchage enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2007.

professionnels contre les clauses abusives, tant en droit français qu'en droit européen³³⁵.

L'abandon de cette proposition de loi se justifie aujourd'hui avec l'adoption de la loi Hamon, qui a transposé la directive n°2011/83/UE en droit français. En effet, cette proposition de loi visait à introduire dans le Code de la consommation un article unique qui prévoyait que « *les dispositions de la section 3 du titre II du livre Ier du Code de la consommation sont également applicables aux personnes physiques immatriculées au répertoire des métiers* »³³⁶.

Or, la loi Hamon a introduit dans le Code de la consommation un article L. 221-3 qui dispose que « *les dispositions des sections 2, 3, 6 du présent chapitre applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* ».

Ce texte prévoit une protection du petit professionnel et puisque l'artisan qui n'emploie le plus souvent guère plus de cinq salariés, il entre dans la catégorie des professionnels qui peuvent être protégés par le droit de la consommation³³⁷. Ces professionnels sont donc exactement ceux visés dans la loi Hamon qui les qualifie de petits professionnels.

Cette tendance à la protection du petit professionnel faible par la directive n°2011/83/UE trouve un autre fondement : son considérant 17. Le professionnel « faible » peut être protégé dans les actes mixtes de consommation.

B- La protection du professionnel « faible » dans les actes mixtes de consommation

129. La nature du contractant faible dans les actes mixtes de consommation.

Il peut résulter de certaines situations une confusion dans la détermination de la qualité de la personne qui prétend bénéficier de la protection consumériste. Ainsi, dans les actes mixtes de consommation³³⁸, le contrat conclu a une double finalité ; c'est-à-dire qu'il sert en partie à satisfaire des besoins personnels et en partie des besoins

³³⁵ J. Rochfeld, « Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? », *RDC* 2013/2, p. 489 et s.

³³⁶ Proposition de loi n° 388 visant à protéger les artisans du démarchage, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2007.

³³⁷ À la condition de remplir le critère du champ d'activité principale posée par la loi Hamon (Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation).

³³⁸ Voir également J.-L. Aubert, « Baux d'habitation et à usage mixte », *Deffrénois*, 15 avril 1996, n° 7, p. 457.

professionnels. Bien que la définition du consommateur soit stable, une certaine ouverture est réalisée pour ces contrats à double finalité, c'est-à-dire les contrats conclus, pour partie, « *à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé* ».

Par exemple, la question se posera lorsqu'un travailleur indépendant achètera un véhicule pour ses déplacements professionnels et personnels³³⁹. Dans ce cas, le considérant 17 de la directive n°2011/83/UE prévoit de qualifier cette personne de consommateur à la condition que la finalité professionnelle soit « *si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat* »³⁴⁰.

Cette solution n'est pas nouvelle, puisque la CJCE considérait déjà dans l'arrêt Gruber qu'une personne « *qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à son activité professionnelle* » n'est pas un consommateur ; « *sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extra professionnel prédomine étant sans incidence à cet égard* »³⁴¹.

130. Quelle protection accordée à l'agriculteur dans un contrat ayant une double finalité ?

En l'espèce, un litige opposait Monsieur Gruber, agriculteur à une société allemande à propos d'une exécution défectueuse d'un contrat de refaction de toiture.

Monsieur Gruber avait sollicité cette société allemande pour refaire la toiture de sa ferme qu'il utilisait en partie comme son logement mais également à des fins professionnelles. La partie de la ferme qui servait d'habitation était légèrement supérieure à 60% de la superficie totale de l'immeuble. Le reste de l'immeuble servait de lieu de stockage d'une partie du fourrage nécessaire à l'exploitation de sa ferme agricole. Monsieur Gruber ne précisât pas à son cocontractant si l'immeuble à couvrir avait un usage professionnel ou familial. Après avoir constaté que les tuiles utilisées par la société Bay Wa présentaient de grandes différences de couleurs, Monsieur Gruber assignât cette dernière en responsabilité contractuelle.

En première instance, les juges autrichiens avaient estimé que « *rien n'avait permis au vendeur de savoir objectivement si l'une ou l'autre finalité prédominait lors de la conclusion du contrat, en sorte que, dans le doute, il s'agirait d'un contrat conclu par*

³³⁹ C. Aubert de Vincelles, « Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs », *RDC* 2011/04, p. 1224 et s.

³⁴⁰ La Cour de cassation s'est déjà prononcée en ce sens. V. Ass. Plén., 2 février 1996, n°91-21373.

³⁴¹ Arrêt *Gruber*, CJCE, arrêt du 20 janvier 2005, affaire C-464/01.

un consommateur ». Une cour d'appel autrichienne avait fait droit à l'appel de la société et rejetât la demande de celui-ci au motif que les juridictions autrichiennes ne sont pas compétentes pour connaître du litige.

Pour cette cour d'appel « *pour que l'on soit en présence d'un contrat conclu par un consommateur, il faut que le contrat constitue un acte rattachable à une finalité autre que professionnelle ou commerciale dans le chef de la personne concernée* ». M. Gruber avait alors formé un pourvoi.

131. La solution de la CJCE.

La Cour suprême autrichienne avait alors posé plusieurs questions préjudicielles à la CJCE dont l'une intéressait le point de savoir si la qualité de consommateur se fondait sur la prépondérance du but privé ou du but professionnel du contrat litigieux.

En l'espèce, pour définir le consommateur, la Cour trace les contours d'une distinction dépassant le cadre de la Convention de Bruxelles : usage privé/usage professionnel³⁴². Selon le juge européen, « *une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie privé et en partie pour les besoins de son activité professionnelle n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice des règles prévues aux articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extra professionnel prédomine étant sans incidence à cet égard* ».

Il appartient à la juridiction saisie de décider « *si le contrat en cause a été conclu pour couvrir, dans une mesure non négligeable, des besoins relevant de l'activité professionnelle ou si cette dernière ne revêt qu'un rôle insignifiant* ». Sur la notion de contractant faible, le droit européen construisait un socle minimal commun ne laissant presque aucune possibilité de protection du professionnel « faible ».

132. La position de la cour d'appel de Paris sur la question.

Contrairement au juge européen, un arrêt de la cour d'appel de Paris admettait que l'utilisation de biens ou de services devrait tendre uniquement « *à la satisfaction des seuls besoins personnels pour conférer la qualité de non-professionnel* »³⁴³.

³⁴² J.- M. Jude, « Notion d'acte mixte de consommation, à la fois à usage professionnel et privé, Cour de justice des Communautés européennes (2^e Ch.). 20 janvier 2005 (affaire C-464/01) », *RTDIP*, 2005 p. 493 et s.

³⁴³ Décision de la Cour d'Appel de Paris, 9 novembre 1994.

Cet arrêt de la cour d'appel de Paris était critiquable puisque l'usage professionnel d'un bien n'exclut pas nécessairement son usage à des fins personnelles. Dans ces cas, la personne qui conclut ce contrat peut être considérée comme un consommateur à la condition que la finalité professionnelle soit « *si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat* »³⁴⁴.

S'appliquera donc désormais la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal, comme le suggéraient les principes « *Acquis* » (ACQP 1 :201)³⁴⁵ ou le Draft Common Frame of Reference (art. I- 1 :105)³⁴⁶. La nouveauté avec la directive n° 2011/83/EU est qu'elle permet directement la protection du petit professionnel « faible », par assimilation au consommateur, dans les actes mixtes de consommation.

La protection du petit professionnel trouve également sa source dans d'autres textes européens, notamment des directives sur le droit commun de la vente numérique et celles relatives au droit de la concurrence.

§ 2 : Le petit professionnel dans les directives relatives au droit de la vente numérique et en droit de la concurrence

Il faut distinguer les textes relatifs aux contrats de vente numérique (A) et les directives sur la concurrence (B).

A- Les propositions de directives concernant les contrats de vente de biens et de contenus numériques

133. L'abandon du DCEV au profit de deux propositions de directive concernant les contrats de vente de biens et de contenus numériques.

Avec l'abandon du règlement sur un droit commun européen de la vente, l'adoption de directives européennes d'harmonisation maximale dans le domaine des contrats de vente de biens et de contenus numériques paraît n'avoir aucun intérêt, car apparaissent

³⁴⁴ Considérant 17 directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs.

³⁴⁵ “Consumer means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person’s business activity”. *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract II, Sellier European Law Publisher, 2009*. Pour une opinion différente, v. G. Paisant, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif » : *JCP G* 1993, I, 3655.

³⁴⁶ “A “consumer” means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his trade, business or profession”. *Principles, Definitions and model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of reference (DCFR), édition complete, Sellier European Law Publisher, 2009*.

davantage comme un constat d'échec que comme une forme réduite d'un droit commun européen de la vente.

En effet, la proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente, qui proposait un instrument optionnel, était une forme achevée d'harmonisation des droits nationaux³⁴⁷ ne nécessitant aucune loi de transposition. Avec les propositions de directive relatives aux contrats numériques se pose un problème de cohérence. Une fois adoptées, comment ces directives relatives aux contrats numériques pourront-elles s'articuler avec d'autres directives européennes très proches ?

Il faudra notamment qu'elles s'articulent avec la directive sur la garantie de conformité de 1999 et la directive n° 2011/83/UE sur les droits des consommateurs qui ont toutes deux des éléments en commun avec ces textes. C'est la question de la protection du professionnel « faible » dans ces deux propositions de directives qui pose problème.

134. Plan.

Après avoir envisagé l'articulation entre ces différents textes, nous constaterons qu'il existe des cas de figure où le professionnel « faible » bénéficie de la protection du droit européen (1). Toutefois, nous continuons de penser que l'instrument optionnel proposé dans le DCEV était un outil efficace dans la protection du consommateur, et partant dans la réalisation du marché intérieur (2).

1. / L'articulation entre les propositions de directives concernant les contrats de vente de biens et de contenus numériques et les directives sur la garantie de consommation ou la directive 2011/83/UE

135. L'introduction d'une garantie supplémentaire pour le contractant faible dans la vente. D'une part, se posera la question de l'articulation entre ces deux directives et la directive sur la garantie légale de consommation. La directive 99/44/CE a été transposée en droit interne par l'ordonnance du 17 février 2005 et a introduit en droit français une nouvelle garantie fondée sur la règle selon laquelle le bien vendu doit être conforme au contrat.

Le droit romain, par l'intermédiaire de Domat et de Pothier, a transmis au Code civil de 1804 un système de protection de l'acheteur qu'il convient d'appeler « *garantie contre les vices cachés* »³⁴⁸. Cette nouvelle garantie est donc venue s'ajouter à la garantie des vices cachés et à la garantie légale de conformité.

³⁴⁷ Directive 99/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. V. not. J. Calais-Auloy, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.* 2005 p.701 et s.

³⁴⁸ J. Calais-Auloy, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *art. précit.*

La particularité de cette garantie légale de conformité, c'est qu'elle s'applique uniquement dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. En effet, le but de la directive sur la garantie de conformité, comme de nombreuses autres directives, est d'assurer aux consommateurs faisant un achat transfrontière qu'ils trouveront une protection équivalente quelle que soit la loi applicable. La garantie de conformité ne sera exigée que dans le cadre d'un contrat de vente.

Or, le considérant 4 de la proposition de directive concernant les contrats de vente en ligne rappelle que « *les ventes en ligne de biens constituent la grande majorité des ventes à distance dans l'Union* ». Ce même considérant prévoit que « *la présente directive devrait couvrir tous les circuits de vente à distance, y compris les ventes par correspondance et par téléphone* ». Le contrat conclu par voie électronique est un contrat à distance. Les articles 4 et 5 de cette proposition de directive prévoient la garantie de conformité dans les contrats conclus par voie électronique³⁴⁹.

136. Un problème d'articulation entre des textes aux finalités proches.

Se posera donc ici, un problème d'articulation entre les deux directives quant aux dispositions à appliquer en cas de contrat transfrontière conclu par voie électronique. Soit l'adoption des directives sur le droit commun numérique a pour effet d'abroger la directive sur la garantie de conformité pour les contrats conclus à distance. Soit, cette dernière directive ne sera applicable qu'entre cocontractants présents. Le considérant 5, de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre à distance de biens du 9 décembre 2015³⁵⁰, sous-entend que la directive de 1999 sur la garantie de conformité, qui est d'harmonisation minimale continuera de régir les droits nationaux en matière de vente.

Cela montre la portée limitée de cette proposition de directive. Or, le droit commun européen de la vente paraissait plus complet à ce stade du contrat. En effet, c'est surtout au stade de l'exécution du contrat que l'apport de la proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente était plus marqué. Si la question de l'intégrité du consentement est abordée dans le mécanisme de l'option; au stade de l'exécution du contrat, le droit commun européen de la vente se démarquait complètement de notre droit civil français. La protection était importante dans le droit commun européen de la vente.

³⁴⁹ V. en ce sens, A. Danis-Fatome, « Une garantie spéciale de conformité pour les biens achetés en ligne ou à distance », *RDC* 2016/3, p. 464 et s.

³⁵⁰ Voir Laurence Usunier (RTciv), Jean-Sylvestre Bergé (RDC), moi-même dans la *RDC* et aussi dossier spécial dans une autre revue à chercher avec les commentaires de Natacha Sauphanor

137. Conception moniste en matière de garantie dans la vente.

D'abord, c'est la conception moniste qui était retenue, mêlant défaut de conformité et garantie des vices cachés. Comme le faisait déjà la directive du 25 mai 1999, le droit commun européen de la vente retenait l'approche moniste. La garantie de conformité est conçue sur le modèle de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise et la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et les garanties des biens de consommation³⁵¹.

Ensuite, le droit commun européen de la vente admettait la théorie de l'imprévision³⁵². Les cocontractants avaient l'obligation de renégocier le contrat lorsque l'exécution de la prestation due par l'une des parties est devenue excessivement onéreuse. L'initiative de la renégociation du contrat devait venir soit de l'acheteur ou du vendeur professionnel. Et si la négociation échouait, le juge pouvait adapter lui-même le contrat ou y mettre fin³⁵³. Mais cela revenait à proposer un autre modèle de vente plus adapté, dans ce cas, aux ventes successives dont l'exemple le plus connu est celle des contrats cadres de distribution.

C'est seulement dans cette forme de vente que le droit français admet une révision, non pas du contrat dans sa globalité, mais du prix et autorise le juge à y procéder en cas d'échec des parties³⁵⁴. La réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 permet désormais une révision judiciaire du contrat, une forme de contrôle du contenu du contrat au stade de son exécution, que certains auteurs ont qualifié de « forçage du contrat ».

138. Articulation entre les propositions de directives concernant les contrats de vente de biens et de contenus numériques et la directive 2011/83/UE.

Il pourra se poser une question relative à l'articulation entre le droit des contrats de vente de biens et de contenus numériques et la directive 2011/83/UE qui a vocation aussi à régir les contrats conclus à distances et hors établissement. Mais le considérant 12 de la proposition sur certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens a prévu une solution à ce problème d'articulation puisque « lorsqu'un contrat comprend des éléments relevant à la fois de la vente de biens et de

³⁵¹ Sur la garantie de conformité du au consommateur, voir not., A. Benabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^{ème} édition, L.G.D.J., Paris : 2015, spéc. p. 189 et s.

³⁵² Sur cette notion et ses implications, v. spéc. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, éd. Economica, Paris 2011, spéc. n° 97 et s.

³⁵³ Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016/2, p.373 et s.

³⁵⁴ *Ibid.*

la prestation de services, la directive ne devrait s'appliquer qu'à la partie relative à la vente de biens, conformément à l'approche adoptée par la directive 2011/83/UE ».

On en déduit que la directive 2011/83/UE continuera à s'appliquer à la partie du contrat qui n'est pas une vente. Ici, le petit professionnel « faible » pourra être protégé dans les contrats conclus par voie électronique mais uniquement sur le fondement de la directive 2011/83/UE. En effet, la proposition de directive sur certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens ne prévoit aucune protection au profit du contractant petit professionnel.

Le seul bénéficiaire de cette proposition de directive est le consommateur que son article 2 prend le soin de définir de façon restrictive. Contrairement donc à la directive 2011/83/UE, la personne morale comme l'association ou l'ONG ne pourra pas non plus bénéficier de la protection du droit commun numérique. S'agissant d'une directive d'harmonisation maximale, se pose ici la question de future transposition. Le droit français protège le non-professionnel qui peut être une personne morale alors que la définition retenue dans cette proposition de directive exclut toute protection possible pour la personne morale.

2/. La faculté laissée aux consommateurs et aux PME d'opter pour l'application du droit commun de la vente

139. Le droit commun européen de la vente.

Le droit commun européen de la vente a été réduit à deux propositions de directive concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute vente à distance de bien³⁵⁵ et sur les contenus numériques qui ont pour ambition de créer un « marché unique numérique ». La proposition de règlement initiale paraissait plus aboutie ; puisqu'elle comportait un instrument optionnel permettant aux États membres d'appliquer la proposition de règlement lorsque le contrat serait conclu entre un professionnel, et un consommateur, et une petite ou moyenne entreprise (PME).

Ces propositions de directive du 9 décembre 2015 permettront aux consommateurs et aux petites ou moyennes entreprises européennes d'acheter des biens, ou de télécharger des produits numériques³⁵⁶, à des professionnels établis dans un autre pays sous un nouveau régime contractuel européen, sans pouvoir invoquer leur droit national.

³⁵⁵ Proposition de directive 2015/0288 du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute vente à distance de bien du 9 décembre 2015. COM (2015) 635 final.

³⁵⁶ On parle plus de produits ou contenus numériques parce que même si l'objet du contrat de vente porte nécessairement sur une chose (bien corporel ou incorporel), les ventes numériques peuvent parfois être extrêmement complexes. Il n'est pas rare de rencontrer des opérations contractuelles portant sur une

140. Le fonctionnement du mécanisme de l'option dans le DCEV.

L'article 3 de la proposition de règlement pour un droit commun de la vente prévoyait que « *les parties peuvent convenir de soumettre au droit commun européen de la vente leurs contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes, dans le cadre du champ d'application territorial, matériel et personnel défini aux articles 4 à 7* ».

Cette disposition était relative au caractère facultatif du DCEV. L'article 7, de son côté, inclut les petites ou moyennes entreprises dans le champ d'application personnel du DCEV. En effet, par une obligation d'information³⁵⁷, le vendeur devait informer l'acheteur que, s'il accepte, le contrat sera régi par le droit commun européen de la vente. C'était une obligation qui incombait au professionnel et qui lui imposait de présenter à l'acheteur les principaux éléments du régime de ce droit européen. Le professionnel devait non seulement avertir l'acheteur de son intention de recourir à ce droit européen, mais il devait également lui fournir les informations sur le contenu de ce droit³⁵⁸. Cette option n'était, néanmoins, possible que dans les ventes transfrontières³⁵⁹.

141. La cohérence dans le droit commun européen de la vente.

En général, les rapports entre les professionnels sont illustrés dans le droit de la distribution par la situation de dépendance dont certains peuvent être victimes. C'est pourquoi il existe de nombreux règlements européens d'exemptions³⁶⁰ relatives à la distribution sélective et aux clauses d'achat ou de vente créant des situations de dépendance vis-à-vis d'un fournisseur. Dans le droit commun européen de la vente, le rapport entre le petit professionnel et le professionnel dominant était identique à celle du fournisseur et du distributeur. Autrement dit, il y avait une situation de dépendance entre le petit professionnel et le professionnel en position de force. Cette ressemblance avec le droit de la distribution est beaucoup marquée dans le contenu du contrat. Le

chose et un service en même temps. Certes, la question de la qualification distributive devrait permettre de résoudre une telle situation, mais au-delà de cette question de qualification nous retiendrons les termes « produits numériques » ou « contenues numériques » comme de nombreux auteurs. Voir dans ce sens C. Aubert de Vincelles, « Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats », *RDC* 2012/2, p. 457.

³⁵⁷ D. Sassolas, « L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Petites affiches* 2013, n° 256, p. 26.

³⁵⁸ Proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente, considération n° 23.

³⁵⁹ Pour une étude approfondie de la proposition de règlement pour un droit commun de la vente, voir not. Ph. Delbecque, P.-Y. GAUTIER, C. Goldie-Genicon, J.-P. Gridel, L. Leveneur, « Table ronde », *Petites affiches* 2012, n°238, p. 48 et s.

³⁶⁰ Voir dans ce sens M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p.62 et s.

déséquilibre manifeste est appréhendé d'une manière objective, par la preuve d'une disproportion arithmétique entre les prestations, et d'une manière subjective, au moyen de l'évaluation du comportement de chaque contractant. Par exemple, l'article 51 de l'annexe sanctionne l'exploitation déloyale, caractérisée par le fait d'avoir retiré du contrat un profit excessif ou un avantage déloyal et par le fait d'avoir profité de l'état de dépendance, de détresse ou d'ignorance de son cocontractant³⁶¹.

Les articles 79 et suivants, de l'annexe I, sanctionnent les clauses abusives. Si donc, le cocontractant du professionnel est une petite ou moyenne entreprise (PME), en principe, le droit commun européen de la vente avait vocation à s'appliquer. Sa protection contre les clauses abusives sera calquée sur le mécanisme existant qui passe essentiellement par la lutte contre le déséquilibre significatif³⁶².

142. La re-négociation du contrat

Si le principe même de la renégociation du contrat concernait dans le droit commun européen de la vente *stricto sensu*, alors il s'agissait d'un texte dont le degré de protection était très élevé pour les contractants faibles. Comment admettre que le contrat de vente qui est un contrat conclu *solo consensus*³⁶³ et à exécution instantanée puisse être révisé, même par les parties ?

En outre, comment admettre que le vendeur professionnel, contre lequel la protection est instituée, puisse bénéficier de l'initiative de la révision du contrat ? En effet, le contrat serait révisable même lorsque le coût de l'exécution a augmenté ou lorsque la valeur de la contreprestation a diminué³⁶⁴. Le texte n'était donc protecteur que lorsque le cocontractant du vendeur professionnel est une petite ou moyenne entreprise (PME) capable de prendre l'initiative de la révision du contrat. Admettre ici que le vendeur professionnel puisse, lui aussi, demander la révision du contrat lorsque le coût de sa

³⁶¹ Voir en ce sens, F. Bouard de, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J., Paris : 2007.

³⁶² Sur la notion de déséquilibre significatif voir, C.-M. Pégliion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132 du Code de la consommation* », Thèse de doctorat en droit privé, Paris : 2013, p. 231 et s.

³⁶³ La vente est un contrat *solo consensus* parce qu'il se forme par le seul consentement des parties. Le transfert de propriété est lié au seul échange des consentements des cocontractants. Voir en ce sens, Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 1994, n°92-20878. Sur le transfert de plein droit de la propriété, voir not. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^{ème} édition, L.G.D.J., Paris : 2015, spéc. p. 113 et s. Sauf, par exemple, lorsque les parties décident de retarder ce transfert de propriété à la répétition de la vente par acte authentique. Voir en ce sens, voir Cass. civ. 3^{ème}, 12 octobre 1994, n°92-18759.

³⁶⁴ Annexe I article 89. Voir en ce sens, A.-S. Choné-Grimaldi, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Contrats Concurrence Consommation* n°4, Avril 2012, étude 6.

prestation aura augmenté, c'est donné à ce texte son effet contraire pour la protection du contractant faible.

Ainsi, le professionnel profiterait à chaque fois de ce mécanisme ; alors même que le droit commun de la vente n'avait pas cette vocation de protéger le vendeur professionnel.

Nous pensons donc que l'avantage de la proposition de règlement résidait essentiellement dans sa cohérence. Cela se traduisait, d'abord, dans l'uniformité d'application des dispositions puisque l'objet du règlement était d'aboutir à une certaine harmonisation à terme de tous les droits nationaux de la vente. L'acheteur petit professionnel, saurait à l'avance les dispositions applicables à son contrat lorsqu'il contracte avec un professionnel établi dans un autre Etat-membre. Autrement dit, les termes du contrat de vente qu'il aurait conclu auraient été ceux du droit commun européen de la vente, bien évidemment lorsqu'il aurait usé de l'option qui lui est offerte.

Ce choix de la loi applicable était, généralement, fait lors des pourparlers pré-contractuels³⁶⁵. Peu importait l'Etat-membre de l'Union dans lequel sera installé son cocontractant professionnel. Le choix du droit commun européen de la vente lui aurait permis de savoir, par avance, la loi applicable à son contrat.

L'application d'un texte unique quelles que soient les parties et quel que soit le lieu de conclusion du contrat, au sein de l'Union, avait cet avantage de la cohérence. C'était un gage d'une sécurité juridique pour les cocontractants. Le texte profitait, en ce sens, à toutes les parties au contrat de vente régi par le DCEV.

143. La portée de la protection du petit professionnel dans le DCEV.

La légitimité de la protection accordée par la proposition de règlement pour un droit européen de la vente au petit professionnel tenait à l'objectif poursuivi. Le droit européen ne vise pas directement la protection de la partie faible ; mais la réalisation du marché intérieur qui est sensé, par lui-même, atteindre cet objectif³⁶⁶. En tant que droit optionnel, l'objectif poursuivi était d'aboutir à une harmonisation maximale des droits nationaux de la vente par l'effacement ou l'alignement progressif de ceux-ci sur le droit européen.

³⁶⁵ Voir article 8 de la proposition de règlement.

³⁶⁶ A.-S. Choné-Grimaldi, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Contrats Concurrence Consommation* n°4, Avril 2012, étude 6.

Ce n'était donc qu'un élément d'un puzzle dans la construction européenne. En effet, on constate clairement que la politique de marché s'immisce dans les fondements juridiques du droit matériel de la protection des consommateurs³⁶⁷. Presque tous les textes visant la protection de la partie faible en droit de la consommation sont guidés par l'objectif de réalisation du marché intérieur. Et le législateur semble voir dans la réalisation de ce marché l'aboutissement de la protection de ces parties faibles.

En somme, la protection accordée dans le droit commun européen de la vente au petit professionnel n'était qu'une suite logique de l'œuvre du législateur européen. Cette proposition de règlement s'alignait sur les différentes directives européennes de protection des consommateurs. De ce fait, elle renforçait la construction européenne par l'élargissement de la protection qu'elle opérait au profit d'une nouvelle catégorie de contractants faibles autre que les consommateurs. La proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente semblait donc un outil d'accélération dans la réalisation du marché intérieur.

En définitive, on constate clairement une tendance au renforcement des outils permettant la réalisation du marché intérieur. Il s'agit bien d'un processus marqué par plusieurs étapes. On voit bien que le degré d'uniformisation des droits nationaux est sans cesse relevé. D'abord, avec la directive sur les droits des consommateurs, on a abandonné le principe d'harmonisation minimale au profit de l'harmonisation totale ciblée. Ensuite, avec la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente, on abandonnait l'harmonisation totale ciblée au profit d'un règlement optionnel. Cela faisait dire à un auteur que « *la suite est prévisible : comme cela ne suffira pas toujours pour lever les obstacles aux échanges transfrontières, l'étape suivante sera celle du règlement non optionnel pour tous ; l'espéranto contractuel obligatoire* »³⁶⁸. Le principal mérite de ces textes est d'admettre aux côtés des consommateurs, le petit professionnel comme des contractants faibles à part entière. Aussi, la protection du petit professionnel en tant que contractant faible trouve aussi son fondement en droit de la concurrence.

³⁶⁷ Voir en ce sens, E. Poillot, E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, Paris : 2006, p. 42 et svts.

³⁶⁸ G. Paisant, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *Contrats et obligations*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 18, 30 avril 2012, doct. 560.

B- D'autres fondements de la protection du petit professionnel

144. La théorie de l'abus dans le contrat.

Chacune des parties au contrat peut exercer abusivement un droit qu'elle détient de la loi ou du contrat. Il en est ainsi du droit d'agir en justice, de celui de résilier le contrat ou encore de le modifier³⁶⁹. La théorie de l'abus de droit a été notamment illustrée, pour le droit de propriété, dans le célèbre arrêt Clément Bayard de 1915. La Cour de cassation y a affirmé alors que « *l'installation un terrain d'un dispositif ne présentant aucune utilité et n'ayant d'autre but que de nuire à autrui constitue un abus de droit de propriété* »³⁷⁰.

Traditionnellement, l'abus de droit peut être défini comme le dépassement de l'exercice normal d'un droit. Ainsi, pour Planiol, la « *formule « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit...le droit cesse où commence l'abus...* »³⁷¹. Pour Cornu, l'abus de droit est « *l'usage excessif d'une prérogative juridique* »³⁷². Ce qui nous intéresse dans la présente étude, c'est le lien qui peut exister entre l'abus et les droits contractuels.

145. Abus de droits contractuels.

Pour Monsieur Karimi, « *rien ne justifie l'exclusion des droits contractuels du champ d'application de la théorie de l'abus ; ces droits remplissent en effet toutes les conditions requises pour être considérés comme droits subjectifs et ils sont tout à fait assimilés aux droits légaux sous cet aspect* »³⁷³.

Pour Ripert, « *on ne peut admettre que le droit contractuel soit supérieur par sa nature au droit légal et, à ce titre, non susceptible d'abus* »³⁷⁴.

Ainsi, dans les relations contractuelles, « *si un cocontractant tire un profit excessif et contraire à la volonté commune des parties au moment de la conclusion du contrat, il abuse de ce droit contractuel* »³⁷⁵. C'est souvent le cas dans les rapports contractuels

³⁶⁹ A. Astegiano-La Rizza, « Abus de droit et assurances », *RGDA* 2016/11, p. 507 et s.

³⁷⁰ Req. 3 août 1915, Coquerel c/ Clément Bayard.

³⁷¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 10e éd., L.G.D.J., t.II, n° 871. Pour une définition contraire, v. not. L. Josserand, *Essai de théologie juridique*, I - De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, 2e éd., Dalloz, 1939, n° 234.

³⁷² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 1re éd. PUF, 1987. Sur les origines de l'abus de droit, v. not. A. Karim, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préface de Philippe Simler, L.G.D.J., Paris : 2001, n° 58 et s.

³⁷³ A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Préface de Philippe Simler, L.G.D.J., Paris : 2001, n°142.

³⁷⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., L.G.D.J., 1949, n° 101.

³⁷⁵ A. Karimi, *Op. cit.* n° 144.

entre professionnels, surtout si l'un d'eux est un petit professionnel et l'autre un professionnel dominant. Dans certains cas, le législateur permet au fournisseur de fixer librement et unilatéralement les prix des contrats d'applications dans les contrats-cadres, à charge pour le fournisseur de ne pas abuser de ce droit³⁷⁶.

Dans ces cas l'abus peut être caractérisé dès lors que la fixation par le fournisseur d'un prix excessif dès l'origine ne permet au cocontractant de faire face à la concurrence³⁷⁷.

En droit de la concurrence, le petit professionnel est victime de toute sorte d'abus notamment lorsqu'il est dans un rapport contractuel avec un professionnel dominant.

C'est typiquement le cas des abus découlant des ententes, des positions dominantes sur le marché ou encore de l'exploitation abusive de l'état ou de la situation de dépendance du cocontractant faible. Ainsi, pour Monsieur Karimi, « *toutes les clauses abusives, quelle que soit leur nature, comme elles présentent un avantage (déséquilibre significatif) pour l'une des parties, sont dues à un détournement du droit* »³⁷⁸. En matière de concurrence, il s'agira le plus souvent d'un abus de la liberté contractuelle entre cocontractants.

146. Loi n°78-23 du 10 janvier 1978.

On peut aussi noter que les travaux préparatoires de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, et notamment son chapitre IV relatif à la lutte contre les clauses abusives, avaient opéré très clairement un lien entre ces clauses abusives et la théorie de l'abus de droit³⁷⁹. La législation sur les clauses abusives a mis ainsi en place un mécanisme de nature préventive.

C'est cette législation qui a été étendue au droit de la concurrence par la loi de modernisation de l'économie. En droit européen, les règles de la concurrence, qui s'appliquent exclusivement aux entreprises, prohibent les ententes, les abus de position dominante et par ricochet les abus qui en découlent et qui peuvent restreindre la libre concurrence sur le marché.

C'est pourquoi, lorsque les règles de l'Union ont vocation à s'appliquer, parce que la pratique visée affecte le commerce entre les états membres, les autorités de la concurrence des Etats membres et les juridictions nationales qui mettent en œuvre leur

³⁷⁶ Article 1164 du Code civil.

³⁷⁷ Com. 4 novembre 2014, n° 11-14026.

³⁷⁸ A. Karimi, *Op. cit.* n° 246.

³⁷⁹ V. en ce sens, JO Doc Sénat, 1987-1988, Rapp. n° 291, p. 26.

droit national doivent aussi appliquer les règles européennes³⁸⁰. En droit européen, la concurrence et la lutte contre les abus sur le marché entre cocontractants professionnels sont prévues aux articles 101 et 102 TFUE. Pour le droit français, c'est essentiellement le Code de commerce qui prévoit les règles de la concurrence entre cocontractants professionnels, dont les petits professionnels.

147. Définition de l'abus.

On peut donc souscrire à l'idée développée par Josserand, selon laquelle les contrats « *sont des moyens employés en vue d'un but à atteindre ; les éloigner de ce but, c'est commettre un abus de droit contractuel* »³⁸¹. Les pratiques anticoncurrentielles sont effectivement sources d'abus au détriment des contractants faibles comme nous allons le démontrer dans cette étude. Le petit professionnel qui est un contractant faible parce qu'il est dominé par un contractant économiquement puissant est particulièrement vulnérable dans les rapports concurrentiels. C'est pourquoi, sa protection est en très grande partie organisée par les règles européennes et françaises relatives à la concurrence.

148. Conclusion section II.

La directive n°2011/83/UE permet, en somme, une protection du petit professionnel par le droit de la consommation ; sans passer par l'utilisation de la marge de manœuvre accordée aux états membres comme à l'époque où toutes les directives étaient d'harmonisation minimale. La directive n° 2011/83/UE constitue à elle seule un fondement suffisant de la protection du petit professionnel « faible » dans les contrats de consommation.

Aussi, le dispositif de protection prévu par ce texte est nécessairement complété par les textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles, car le petit professionnel reste avant tout un professionnel. Ces différents dispositifs de protection du petit professionnel contre les abus sont largement suffisants. Néanmoins, il faut noter que, désormais, le droit commun des contrats suit la tendance relative à la lutte contre les abus contractuels. Cela est aujourd'hui matérialisé, d'une part, par un devoir général d'information et l'extension de la lutte contre les clauses abusives et, d'autre part, par le contrôle du contenu du contrat tant pendant sa formation que pendant son exécution.

³⁸⁰ Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, JOUE, n° L 1 du 4 janvier 2003, article 3, relatif à la mise en oeuvre des règles de la concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, devenu TFUE, article 101 et 102.

³⁸¹ L. Josserand, *Op. cit.* n° 84

149. Conclusion Chapitre II.

Concernant le petit professionnel, en raison d'une acceptation subsidiaire des professionnels faibles, en marge du droit européen de la consommation, il n'existait pas de petit professionnel en tant tel.

La consécration de la qualité de professionnel ainsi que sa protection n'ont été reconnus que grâce à l'adoption de la directive n°2011/83/UE. Il ne s'agit pas d'une protection accessoire de celle du consommateur, puisque la protection est directement accordée par détermination de la loi. Pour le petit professionnel, la protection est également accordée par détermination de la loi et c'est là un autre point de convergence entre ces deux contractants faibles. La consécration d'une protection autonome du petit professionnel trouve bien sa source dans le droit interne et européen. Il s'agit d'une consécration suffisante en raison de la variété des textes qui permettent cette possibilité de protection. La consécration de la protection du non-professionnel et du petit professionnel renforce *de facto* la protection du consommateur qui, en étant au bout de la chaîne, est le véritable bénéficiaire de la protection.

150. Conclusion du titre I.

L'utilisation de premiers critères ont finalement conduit à l'exclusion quasi systématiquement des petits professionnels faibles de la protection du droit de la consommation.

La définition du non-professionnel donnée par le législateur a permis au droit français d'être en conformité avec le droit européen. Le non-professionnel est donc uniquement la personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle « *lucrative* ». Cette exclusion des professionnels faibles de la protection du droit de la consommation n'est pas, en réalité, totale puisque le législateur européen, d'abord, et le législateur français, ensuite, ont consacré une notion et une protection autonome de petit professionnel dans le droit de la consommation.

Ces contractants faibles sont nécessairement protégés dans les contrats de pure consommation. La particularité du petit professionnel tenant au fait que subsiste sa nature de contractant professionnel ; ce qui a pour conséquence que sa protection trouve son achèvement dans les règles anticoncurrentielles internes et européennes.

Ces contractants ne sont pas des consommateurs et ne peuvent en conséquence être assimilés au consommateur. C'est pourquoi, leur protection doit, en tout état de cause, être légitime. Il existe traditionnellement trois éléments d'infériorité qui doivent

caractériser tout contractant faible ; le non-professionnel et le petit professionnel ne font pas exception à ce principe.

TITRE II

DES RAISONS LÉGITIMES NÉCESSITANT UNE PROTECTION PARTICULIÈRE DU NON-PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

151. Le non-professionnel et le petit professionnel comme des contractants faibles.

On considère le non-professionnel et le petit professionnel comme des contractants faibles parce qu'ils peuvent se trouver dans une situation de faiblesse ; situation de faiblesse souvent caractérisée dans leur rapport avec un professionnel dominant.

Cette faiblesse est le plus souvent économique et, sur ce point, il existe un véritable consensus.

En effet, la plupart des contractants faibles protégés, le sont parce que cette infériorité économique est incontestable. Ainsi, le non-professionnel et le petit professionnel sont souvent protégés en raison de leur situation de faiblesse économique, face à un professionnel ayant une certaine puissance économique.

Néanmoins, si l'infériorité économique suffit à elle seule pour que le contractant faible soit protégé, il faut remarquer que ces contractants faibles peuvent également être caractérisée par une infériorité technique ou juridique.

152. L'identification de la situation de contractant « faible ».

L'identification d'une situation de faiblesse chez un contractant permet, en principe, de lui accorder la protection du droit. Pour ce faire, il faut que la situation de faiblesse de ce professionnel soit suffisamment caractérisée ; c'est à dire comparable à celle du consommateur³⁸².

Le plus important réside dans le fait que cette faiblesse soit incontestable ou qu'elle nécessite vraiment une protection. Peu importe donc les moyens de protection qui seront mis en oeuvre pour atteindre ce but ; la protection ne sera donc pas nécessairement identique à celle du consommateur³⁸³.

Ainsi, la détermination de la qualité de contractant faible du non-professionnel ou du petit professionnel permet de justifier une protection particulière ; cette détermination permet aussi de distinguer ces deux contractants faibles des professionnels.

³⁸² Par exemple, protection d'un joaillier ayant acheté des espaces publicitaires : CA Paris, 22 mars 1980. Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1988, pour un ecclésiastique ayant acheté un photocopieur pour les besoins de sa paroisse.

³⁸³ Le professionnel, fut-il un non-professionnel ou un small business, ne peut bénéficier de toutes les protections à l'image du consommateur.

En réalité, les éléments de faiblesse de ces deux contractants permettent de les rapprocher du consommateur ; puisqu'en identifiant la faiblesse du non-professionnel ou du petit professionnel, on cherche avant tout à les opposer distinguer professionnels « forts ». Or, seule une identification de ces éléments de faiblesse permet de justifier sa protection³⁸⁴.

Les éléments de faiblesse sont communs à tout contractant « faible » ; mais les situations de faiblesse ne se présente pas forcément de la même manière. Par exemple, le consommateur est supposé en situation de faiblesse lorsqu'il achète un appareil électronique.

La personne morale, non commerçante, tel un syndic de copropriété qui conclut un contrat de nettoyage des parties commune est considéré en situation de faiblesse par rapport au prestataire de service. Il peut, par exemple, bénéficier de la protection contre la tacite reconduction des contrats de consommation. Monsieur Jacquemin, dans sa thèse, a proposé plusieurs critères d'identification du contractant « faible » qui peuvent parfois se cumuler³⁸⁵.

Dans l'analyse des causes de la protection du non-professionnel et du petit professionnel « faible » nous expliquerons, d'abord, la situation de faiblesse économique de ces contractants face à un professionnel dominant (Chapitre 1). Ensuite, nous analyserons les situations de faiblesse technique et juridique de ces contractants (Chapitre 2).

³⁸⁴ En effet, le droit de la concurrence n'a pas pour l'objectif la protection de la partie faible. Voir en ce sens, J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997 p. 260 et s. Et le droit commun des contrats n'est pas en principe destiné à la protection du contractant faible, d'où l'idée même d'un droit de la consommation. Il faut donc voir dans le non-professionnel, une partie faible au contrat avant sa qualité de professionnel qui disparaît presque lorsqu'il se trouve dans une situation de faiblesse caractérisée. V. *infra* n° 153 et s.

³⁸⁵ H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible*, Editions Larcier, Bruxelles : 2010, spéc. n°21 et s.

CHAPITRE I

UNE SITUATION DE FAIBLESSE ÉCONOMIQUE AVÉRÉE FACE À UN PROFESSIONNEL DOMINANT

153. Une faiblesse économique.

Le non-professionnel et le petit professionnel sont considérés comme des contractants en situation de faiblesse par rapport à d'autres professionnels.

La faiblesse sera constatée, sur le plan économique, en raison du poids économique du professionnel pollicitant.

De plus, la faiblesse économique d'un contractant professionnel par rapport à un autre sera évidente dès lors que l'un a la possibilité, en raison de son poids économique, même temporaire, sur le marché, d'imposer à l'autre les termes du contrat. L'analyse de la faiblesse économique est donc importante en ce sens qu'elle constitue l'élément d'infériorité commun à ces deux contractants faibles.

154. La faiblesse économique, l'élément caractéristique de tout contractant faible ?

En générale, c'est la faiblesse économique qui justifie les dispositifs de protection prévus au profit de la majorité des contractants faibles. Ainsi, le consommateur a bénéficié d'un régime dérogatoire de droit commun en raison de sa faiblesse économique supposée³⁸⁶. Le petit professionnel est qualifié comme tel en raison de son poids économique supposé faible.

Le non-professionnel bénéficie d'une protection en droit français en raison de sa situation de faiblesse comparable à celle du consommateur. Cette comparaison avec la situation de faiblesse du consommateur prouve que le contrat déséquilibré ne l'est pas par rapport à la qualité du contractant qui subit le contrat, mais par rapport au contrat litigieux.

Ainsi, lorsque le contrat est déséquilibré, ce déséquilibre trouve sa source dans la volonté unilatérale du contractant qui impose ou propose à son cocontractant un contrat inégalitaire. À la différence des rapports entre professionnels et consommateurs, il est possible d'avoir une vision relativisée de l'abus de puissance économique³⁸⁷ entre professionnels. Le déséquilibre né d'une inégalité de puissance économique étant clairement caractérisé dans de nombreuses situations.

³⁸⁶ V. not. J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, spéc. p. 19 et s.

³⁸⁷ P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel, En marge du droit de la concurrence » *Petites affiches* 2000, n°116, p. 4 et s.

155. La prise en compte de la situation de faiblesse.

Ainsi, identifier la faiblesse économique du non-professionnel ou du petit professionnel « faible » permet de prendre en compte un certain nombre de situations fréquentes dans les rapports entre professionnels. La faiblesse économique n'est admise qu'au nom de l'équité³⁸⁸. Elle est le plus souvent constatée dans les contrats d'adhésion (Section 1). Mais peut aussi se rencontrer dans les contrats dont la négociation est dirigée par le professionnel économiquement dominant, c'est à dire les contrats contenant des clauses standardisées (Section 2).

SECTION I. LE NON-PROFESSIONNEL ET LE PETIT PROFESSIONNEL DANS LES CONTRATS D'ADHÉSION

156. Les caractéristiques du contrat d'adhésion.

Le contrat d'adhésion est l'une des principales sources de situations de faiblesse économique des contractants vulnérables.

Voici l'exemple d'un agriculteur qui contracte une assurance pour sa culture de blé dans le centre de la France. Des intempéries, de fortes inondations, causent un désastre dans ses champs de blé, à peine germés. Le sinistre est tel que la partie des champs épargnée par les inondations est négligeable. En principe, il est en droit de réclamer une indemnisation à son assureur pour le sinistre qu'il a subi. Or, voici que par le jeu des clauses abusives, cet assureur indélicat, avait parfaitement réussi à limiter sa responsabilité à travers des conditions générales mal comprises par l'agriculteur.

Faut-il conclure que l'agriculteur étant un professionnel qu'il ne peut pas invoquer les dispositions relatives à la lutte contre les clauses abusives ?

³⁸⁸ V. *supra* n° 2 et s.

Ici, le contrat est manifestement déséquilibré et le contrat d'assurance est l'exemple typique de contrat d'adhésion³⁸⁹. Le lien entre clauses abusives et contrats d'adhésion est manifestement établi³⁹⁰.

157. Les clauses visées par l'article 1170 du Code civil.

On sait aussi que les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont prohibées par le droit commun des contrats.

Avant la prohibition des clauses abusives par le droit commun, les tribunaux ont, par exemple, considéré que « *la clause limitative de responsabilité, qui permet au spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service de manquer à cette obligation essentielle, contredit la portée de l'engagement pris et devait être réputée non écrite* »³⁹¹.

Cette solution a été confirmée dans un autre arrêt de la même chambre commerciale quand celle-ci a décidé que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* »³⁹².

Cette jurisprudence a été consacrée par la réforme du droit des contrats intervenue grâce à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. En effet, le nouvel article 1170 du Code civil prévoit désormais que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Cette disposition concerne l'obligation essentielle du débiteur et doit s'entendre plus largement comme régissant toute clause qui contredit la portée de l'obligation essentielle du débiteur et pas uniquement une clause limitative de responsabilité.

La question qui se pose ici est celle de l'articulation entre cette disposition et l'article 1171 du Code civil qui a un champ d'application plus large.

La clause limitative de responsabilité est considérée comme abusive parce qu'elle crée un déséquilibre significatif. Or, l'article 1171 du Code civil régit toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties dans le contrat d'adhésion.

³⁸⁹ Pour la protection d'un agriculteur dont l'exploitation avait brûlé, voir not. Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, n° 80-14757. Pour les clauses abusives dans les contrats d'assurance, v. not. D. Mazeaud, *Defrénois*, 30/11/1998, n°22, p. 17279.

³⁹⁰ F. Chenede, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012/3, p. 1017 et s. V. aussi, R. Saleilles, *De la déclaration de volonté ; Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901.

³⁹¹ Arrêt *Chronopost*, Com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n°261.

³⁹² Arrêt *Faurecia*, Com. 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115.

On admet donc que par les dispositions de l'article 1170 le contractant faible est protégé contre la clause limitative de responsabilité même en dehors des contrats d'adhésion. C'est cette précision qui découle de l'expression « *la clause qui concerne l'obligation essentielle* »; de sorte qu'on ne peut pas appliquer simultanément les dispositions des articles 1170 et 1171 du Code civil. Ces deux dispositions ont des champs d'application bien délimités.

L'article 1170 du Code civil doit donc s'entendre dans le sens où il concerne effectivement le contrôle de l'objet principal du contrat ; autrement dit l'article 1170 a pour vocation générale d'assurer le contrôle du contenu du contrat.

158. Le contrat d'adhésion.

Le contrat d'adhésion peut être défini comme « *le contrat dont le contenu n'est pas négocié par les parties mais élaboré ou proposé par l'une à l'autre, laquelle n'a pas d'autre possibilité que de l'accepter ou le refuser en bloc*³⁹³ ».

L'alinéa 2 du nouvel article 1110 du Code civil définit le contrat d'adhésion comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

Mais cette définition est aujourd'hui remise en cause. En effet, le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, déposé le 6 juillet 2016, a finalement été enregistré au Sénat le 9 juin 2016.

Ainsi, la Direction des Affaires Civiles et du Sceau (DACCS) a précisé les contours de la notion du contrat d'adhésion qui viserait uniquement « celui dont les conditions générales sont établies à l'avance et qui est ensuite offert à l'adhésion du plus grand nombre »³⁹⁴. La DACCS affirme que « l'absence de négociation effective entre les parties ne suffit pas à qualifier le contrat de contrat d'adhésion » et elle rappelle que « l'élément caractéristique du contrat d'adhésion réside dans la *détermination unilatérale et définitive des conditions générales* du contrat ».

Mieux, les rédacteurs de l'ordonnance affirment que le critère du contrat d'adhésion n'est « pas l'insuffisance ou l'absence de négociation effective mais *l'impossibilité de*

³⁹³ Th. Revet, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC* 2015 n°1, p. 199 et s.

³⁹⁴ F. Chénéde, « Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats. À propos de quelques observations de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau et de leurs suites », *Dalloz* 2017, p. 2214 et s.

cette négociation des conditions générales, le contrat étant rédigé de manière invariable, ce qui exprime la notion de « soustraction » à la négociation »³⁹⁵.

Ainsi, les Sénateurs ont adopté une nouvelle définition du contrat de gré à gré et du contrat d'adhésion. Le nouvel article 1110 du Code civil serait ainsi rédigé : « le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte des clauses non négociables unilatéralement déterminées à l'avance par l'une des parties »³⁹⁶.

La limite de cette définition réside dans le fait qu'elle confond les contrats d'adhésion et les contrats contenant des clauses standardisées.

Il faut distinguer l'absence totale de négociation du contrat litigieux qui caractérise le contrat d'adhésion (§1), des conséquences des conditions générales sur l'équilibre du contrat (§2).

§1. ABSENCE DE NÉGOCIATION DU CONTRAT

159. La complexité de la question de la négociation.

Contrairement aux contrats généralement conclus entre professionnels, notamment les contrats-cadres de distribution, il n'existe aucune possibilité de négociation dans le contrat d'adhésion. L'article 1111 du code civil définit le contrat-cadre de distribution³⁹⁷ comme « *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* ».

Dans ce contrat le petit professionnel « faible » a la possibilité de négocier les termes du contrat, mais cette possibilité est tellement réduite, en raison de la puissance économique du professionnel, qu'elle est, en fait, illusoire. Or, dans le contrat d'adhésion, le non-professionnel ou le petit professionnel n'a véritablement aucune possibilité de négociation des termes du contrat qui lui ait proposé par son cocontractant. Le professionnel puissant économiquement propose en général un contrat dont les termes ne sont pas modifiables, ni négociables. Le non-professionnel

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ C. Dias, I. UrbainParleani, *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, PUAM 2014. Voir aussi, L. du Jardin, L. Vogel, J. Vogel et F. Trapani, *Les contrats de distribution sélective*, Bruylant, Bruxelles : 2014. M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, L.G.D.J., Paris : 1999.

ou le petit professionnel, comme le consommateur, est donc amené à adhérer au contrat pré-rédigé.

Ce qui est déterminant ici, c'est moins la dépendance économique du contractant faible que la nécessité de se procurer un le bien ou le service dont il a besoin. Or, l'état de nécessité du contractant faible est ce qui permet de caractériser sa faiblesse dans le contrat d'adhésion.

Puisque s'il accepte d'adhérer au contrat dont les clauses sont déterminées à l'avance par son cocontractant, c'est bien parce qu'il est vraiment dans un état de nécessité.

Par exemple, dans les contrats d'intégration comme la franchise, le franchiseur peut demander à l'épicerie Franprix de rue Dartagnan de relever le taux des primes qu'elle lui verse en raison des bons résultats qu'elle a obtenus. L'épicerie de la rue Dartagnan ne va refuser de relever le pourcentage de cette prime, puisque la survie de son commerce dépend des produits et du savoir-faire de son franchiseur.

C'est essentiellement l'état de vulnérabilité du contractant faible qui l'amène à se soumettre³⁹⁸ au contrat proposé par le professionnel dominant. Sa volonté n'intervient que pour donner une efficacité juridique à la volonté unilatérale du pollicitant³⁹⁹. L'adhésion peut être, en soi, la preuve de l'impuissance du contractant faible face au monopole de droit ou de fait de son cocontractant⁴⁰⁰. Dès lors, ce contractant faible subira toutes les conséquences de ce contrat auquel il a accepté de se soumettre.

160. Conséquences.

Les contrats d'adhésion ont autant de conséquences graves que l'accord de celui qui donne son adhésion au contrat s'applique fréquemment à des conditions générales dont il n'a pas une connaissance ou une compréhension réelle.

Pour le Professeur Revet, dans le contrat d'adhésion « il ne s'agit pas seulement d'une absence de négociation, il s'agit aussi et surtout, d'une impossibilité de négociation : les conditions générales ont été soustraites à la discussion précontractuelle ». ⁴⁰¹ Il complète son analyse en affirmant que « *soustraire les conditions générales d'un*

³⁹⁸ G. Berlioz, définit l'*adhésion* comme « un acte par lequel la partie contractante qui sait que l'autre partie entend traiter suivant les conditions de la stipulation, indique son intention de se soumettre pour cette transaction aux termes et conditions de cette stipulations ». G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Thèse, L.G.D.J., Paris : 1973, spéc. p. 31. Sur la notion de soumission dans les contrats entre professionnels, voir également, F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J., Paris : 2007.

³⁹⁹ G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Thèse de doctorat, L.G.D.J., Paris : 1973, spéc. p. 28.

⁴⁰⁰ Planiol, Ripert, Esmein, *Traité pratique du droit civil français, VI, Les obligations*, 2e éd. L.G.D.J. 1952.

⁴⁰¹ Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *Dalloz* 2016, p. 1771 et s.

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; le contrat d'adhésion est celui lors de la conclusion duquel l'une des parties est privée de la possibilité d'exercer une compétence consubstantielle à sa qualité de contractant, selon la conception moderne de cet acte juridique »⁴⁰².

C'est fréquemment le cas de certains professionnels, soit en raison de la petite taille de leur entreprise, soit en raison de la technique en cause⁴⁰³. C'est parce que le consentement du cocontractant n'est pas suffisamment éclairé que ces contrats sont sources d'abus.

On est en droit de se poser ici deux questions. D'une part, le contrat est-il d'adhésion lorsque les clauses litigieuses ont été portées à la connaissance du contractant faible ? D'autre part, le contrat déséquilibré mais dont les termes ont été négociés peut-il être valable ? Cette deuxième question renvoie au déséquilibre contractuel dans les contrats de dépendance où la négociation est dirigée par le professionnel dominant.

161. Hypothèses d'application concrète du droit commun en matière de clauses abusive.

Pa exemple, en ce qui concernant la première interrogation, voici la situation d'un kinésithérapeute qui a décidé d'installer dans son cabinet une seconde salle de soins, afin de répondre à la demande de ses patients, de plus en plus nombreux.

Pour ce faire, de nouveaux matériels sont nécessaires : un tapis de rééducation électrique et une table de massage. Le 15 juin 2017, ce professionnel de la santé a pris contact avec son fournisseur habituel, la société X, qui lui a proposé ces deux produits, à un prix global de 5400 euros, en lui précisant qu'ils seraient disponibles le 30 juin 2017. Le kinésithérapeute, soucieux de remplir son livre de rendez-vous au plus vite, s'est alors adressé à une entreprise concurrente, la société Y, qui lui a indiqué avoir en stock les matériels recherchés et consentir une importante réduction tarifaire sur la table de massage et sur le tapis de rééducation s'ils étaient achetés en même temps : 4200 euros l'ensemble, au lieu de 7900 euros.

Séduit par ce prix attractif et la disponibilité des produits, le kinésithérapeute a signé un bon de commande le 8 décembre. Au *recto* de ce document, figurent les

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ J. Ghestin, « Rapport introductif » in les *Clauses abusives entre professionnels*, sous la direction de C. JAMIN, D. Mazeaud, Economica, Paris : 1998, spéc. p.8.

caractéristiques techniques des deux produits, ainsi que leur prix respectif hors taxe et toute taxe comprise, et encore la date de livraison au cabinet du kinésithérapeute, fixée le 20 juin après-midi. Au verso du bon de commande, également signé, se trouvent pré-imprimées vingt clauses, au sein desquelles la société anonyme détaille ses droits et obligations, ainsi que ceux de ses cocontractants.

Le 20 juin, la société Y a livré la table de massage au kinésithérapeute et l'a informé que le tapis de rééducation ne serait finalement disponible que le 10 juillet 2017. En raison de ce retard, le kinésithérapeute a dû annuler tous les soins nécessitant l'usage de cette machine, ce dont se sont plaints les patients concernés. Le kinésithérapeute est extrêmement contrarié par cette perte de clientèle et également à cause de deux clauses inscrites au verso du bon de commande, qui ne l'avaient pas inquiété lors de la conclusion du contrat. L'une, la clause 3, prévoit que l'acheteur doit payer l'intégralité de la commande dans les dix jours de la livraison, celle-ci fût-elle partielle. L'autre, la clause 7, stipule que l'acheteur ne peut exercer aucune action contre le vendeur en cas de retard de livraison inférieur à un mois⁴⁰⁴. Ces clauses ont bien été portées à la connaissance du kinésithérapeute.

162. Deux types de clauses.

Il faut distinguer donc entre ces deux clauses. Sur le fondement de l'article 1170, dans le prolongement des principes posés par les arrêts *Chronopost* et *Faurecia*, la clause 7 est résolument abusive puisque la condition de la négociation de la clause semble indifférente dès lors que la clause porte sur une obligation essentielle du débiteur.

En revanche, la question est plus complexe concernant la clause 3.

D'abord, sur le fondement de l'article L. 212-2 du Code de la consommation, celle-ci ne peut être réputée non écrite puisque le kinésithérapeute n'est pas un consommateur, à moins de le considérer comme un non-professionnel. Or, la qualification en non-professionnel du kinésithérapeute est manifestement une tâche ardue puisque les matériels acquis ont un lien, un « *rapport direct* », avec l'activité exercée par le professionnel⁴⁰⁵.

Ensuite, sur le fondement l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, les chances pour que le kinésithérapeute soit protégé ne sont pas garanties, puisque le contrat n'est pas conclu dans le cadre d'un partenariat commercial. De plus, cette disposition n'a pas pour but de réputer non écrite la clause qui engendre le déséquilibre

⁴⁰⁴ Extrait d'un cas pratique élaboré par M. Bourassin, Professeure à l'Université Paris Nanterre.

⁴⁰⁵ Sur ce point, v. *infra* n° 63 et s.

significatif dans le contrat, mais de sanctionner son auteur à verser des dommages et intérêts à la victime du déséquilibre significatif. Enfin, sur le fondement du nouvel article 1171 du Code civil, ce petit professionnel a moins de chance de bénéficier de la protection du droit commun puisque la clause 3 porte sur l'équilibre économique du contrat.

Même si le contrat litigieux est un contrat d'adhésion, les dispositions de l'article 1171 du Code civil excluent de leur champ d'application le contrôle de la lésion, c'est-à-dire l'équivalence ou l'adéquation entre le prix et l'objet ou la rémunération et la prestation. Or, le simple fait d'attirer l'attention de son cocontractant sur les clauses litigieuses ne garantit pas une connaissance réelle de la portée de ces clauses. Cela n'est qu'une illustration de la pratique de communication des conditions générales de vente. Or, le fait d'attirer l'attention du cocontractant sur l'existence de conditions générales, souvent illisibles, n'est ni un gage du caractère non abusif d'une clause, ni une garantie de leur parfaite compréhension.

163. Un rapport entre professionnel dominant et contractant dominé.

Quoi qu'il en soit, si le contrat d'adhésion est en général un contrat déséquilibré c'est parce que l'un des cocontractants a la possibilité de l'imposer à un autre sans possibilité de négociation. Et si cette catégorie de contrat est caractéristique de la faiblesse du contractant vulnérable par rapport au professionnel économiquement dominant, c'est parce que son poids économique sur le marché lui permet d'imposer de tels contrats aux plus faibles.

Autrement dit, si le contrat d'adhésion est proposé par un petit professionnel, il est certain que son cocontractant économiquement puissant le refusera en bloc. Et si ce dernier accepte le contrat par dépendance, on n'est plus vraiment dans un contrat d'adhésion, mais dans un contrat de dépendance⁴⁰⁶. Les contrats d'adhésion sont donc générateurs d'une certaine faiblesse économique du non-professionnel ou du petit professionnel.

Cette faiblesse économique provient aussi de la technique contractuelle utilisée dans ce type de contrat. Généralement, les clauses déséquilibrant le contrat sont incluses dans des conditions générales de vente dont l'élaboration est de plus en plus sophistiquée.

⁴⁰⁶ Mais G. Berlioz néglige ce caractère de dépendance dans ces contrats et soutient que ces contrats dont de purs contrats d'adhésion. Il affirmait ainsi que « on imagine mal un banquier, aussi puissant soit-il, refuser le reçu de la teinturerie parce qu'il contient une clause d'exonération ». G. Berlioz, « *Le contrat d'adhésion* », Thèse, L.G.D.J., Paris : 1973, spéc. p. 29.

§2. LA FAIBLESSE ÉCONOMIQUE DANS LES CONTRATS CONTENANT DES CLAUSES STANDARDISÉES

164. Les règles qui encadrent les conditions générales de vente.

Les règles qui encadrent les conditions générales de vente se situent dans le chapitre 1^{er} du titre IV, livre IV du Code de commerce dénommé « *De la transparence* ». Le législateur a dénommé ce chapitre ainsi parce que les conditions générales font partie des obligations contractuelles des professionnels. Or, les conditions générales contractuelles doivent être communiquées à leurs cocontractants.

Cette obligation n'est que le corollaire de la transparence voulue dans les relations contractuelles entre le professionnel et son cocontractant.

165. Dispositions.

C'est ce que rappelle l'article L.441-6 du Code de commerce.

Cet article dispose que : « *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 prestation de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Elles comprennent :*

- *les conditions de vente;*
- *le barème des prix unitaires;*
- *les réductions de prix;*

les conditions de règlement. Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestation de services d'une même catégorie... ».

Les conditions générales peuvent être adaptées selon l'objet du contrat et la nature du cocontractant. Ces conditions générales peuvent être accompagnées par d'autres conditions particulières. Elles constituent le socle de la négociation commerciale. Si elles ne sont qu'une base de la négociation commerciale, le montant des avantages financiers qui y figurent peut faire l'objet de négociations⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ R. Saint-Esteben, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009/3, p. 1275 et s.

Ainsi, l'article 441-6, « I. 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. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent : les conditions de vente ; le barème des prix unitaires ; les réductions de prix ; les conditions de règlement. Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestation de services d'une même catégorie. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa... ».

Dans la pratique des affaires, la négociation commerciale dont il s'agit consiste dans l'adhésion du contractant faible au contenu de ces documents puisque les clauses contractuelles sont pré-redigées. Il s'agit de contrats-type contenant des clauses standardisées et le contractant faible subira alors le poids économique du professionnel plus puissant⁴⁰⁸.

Or, la violation de l'article L. 441-6 du code de commerce donne lieu à une sanction qui a été prévue par l'article 126 de la loi Hamon, à savoir l'obligation en dehors des relations commerciales entre un fournisseur et un distributeur au sens de l'article L. 441-7-I, du code de commerce de s'inscrire dans une logique de contractualisation écrite lors de l'achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production et dont le montant du contrat sera supérieur à seuil fixé par décret.

166. Le principe de l'information précontractuelle sur les stipulations du contrat.

Dans les conditions normales, la communication des conditions générales est une obligation légale imposée au professionnel⁴⁰⁹. Cette obligation de communication

⁴⁰⁸ F. Tort, « Technique contractuelle : la recherche d'efficacité juridique dans les relations commerciales », *RDC* 2004/2, p. 519 et s. V. aussi, J. Mestre, « Les documents contractuels », *RTD civ.* 1997, p. 118 et s.

⁴⁰⁹ F. Tort, « Technique contractuelle : la recherche d'efficacité juridique dans les relations commerciales », *art. précit.*

permet-elle d'éviter tout risque de déséquilibre contractuel ? En principe, le cocontractant du professionnel est censé lire entièrement ces conditions générales que lui soumet le professionnel.

Mais il s'agit très souvent de documents assez volumineux, rédigés de manière à les rendre illisibles. Dès lors, « *l'abus, comme le diable, se cache dans les détails* »⁴¹⁰. Les conditions générales de vente sont ainsi le nid de toute sorte de clauses contractuelles souvent abusives⁴¹¹. S'il existe des modèles types de conditions générales notamment dans les contrats entre professionnels, cela ne semble pas rendre non abusives les clauses qu'on y glisse puisque le caractère abusif de la clause est déterminé *in concreto*.

Dans tous les cas, le petit professionnel ou le non-professionnel lit attentivement le document et adhère au contrat qu'on lui propose ; soit il refuse d'adhérer au contrat et dans ce cas devra subir les conséquences de sa décision. Dans les contrats d'adhésion, la difficulté vient du fait que les documents contractuels ne font que rappeler que « *les conditions générales de l'opération qui ne sont pas débattues, mais simplement soumises à l'adhésion du client* »⁴¹². Le non-professionnel ou le petit professionnel n'a pas d'autre choix que d'accepter le contrat tel quel. Il se trouve dans l'impossibilité de négocier le contrat, parce qu'économiquement son cocontractant est « plus fort »⁴¹³.

167. La vulnérabilité du petit professionnel dépendant.

De plus, l'impossibilité de négocier le contrat est aggravée lorsque le contrat est imposé dans le cadre d'un rapport de dépendance. Le non-professionnel ou le petit professionnel est alors d'une particulière vulnérabilité⁴¹⁴. Dans ces contrats de dépendance ou de partenariat commercial entre professionnels, la question de la violence se pose avec acuité.

Il ne s'agit pas seulement de la contrainte provoquée, mais il peut s'agir de la contrainte exploitée⁴¹⁵. Autrement dit de l'exploitation de l'état de dépendance ou de faiblesse

⁴¹⁰ F. Chénéde, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012/3, p. 1017 et s.

⁴¹¹ F. Tort, « Technique contractuelle : la recherche d'efficacité juridique dans les relations commerciales », *art. préc.*

⁴¹² G. Berlioz, « *Le contrat d'adhésion* », Thèse, L.G.D.J. Paris : 1973, spéc. p. 32.

⁴¹³ D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

⁴¹⁴ Voir en ce sens, G. Berlioz, « *Le contrat d'adhésion* », Thèse préc. spéc. p. 105 et s. Voir également, G. Virassamy, « *Les contrats de dépendance* », Thèse, Paris : 1985, spéc. p. 137.

⁴¹⁵ F. Chénéde, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015/3, p. 655 et s. Sur la notion d'adhésion forcée, voir not. G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Thèse préc. spéc. p. 103 et s.

d'un contractant professionnel par un autre. Cette nouvelle forme de contrainte appelée aussi violence économique⁴¹⁶ est particulièrement cause d'abus au détriment de nombreux petits professionnels.

La faiblesse économique du contractant est véritablement manifeste dans ces contrats quelle que soit la qualité du contractant à qui on l'impose. Qu'il s'agisse du consommateur ou de tout autre contractant faible, les contrats d'adhésion sont par définition non négociables.

168. Une vulnérabilité au-delà des contrats d'adhésion.

Au-delà des contrats d'adhésion, le petit professionnel peut tout aussi bien être vulnérable, lorsque le contrat est en soi négociable, mais que la négociation est dirigée par le professionnel économiquement puissant.

C'est bien là qu'il faut distinguer contrat d'adhésion et contrat de dépendance économique. La faiblesse économique du non-professionnel ou du petit professionnel est très marquée dans ce dernier cas. Ici, la protection du contractant « faible » fait l'unanimité⁴¹⁷. En quoi la dépendance économique d'un contractant peut-elle nécessiter la protection de celui-ci ?

SECTION 2. LE CONTRACTANT FAIBLE DANS LES CONTRATS DE DÉPENDANCE

169. La nécessité d'un lien contractuel.

Si la faiblesse économique du non-professionnel ou du petit professionnel peut nécessiter une protection, c'est à la condition que cette faiblesse économique trouve sa source dans un rapport contractuel.

⁴¹⁶ V. Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15242. V. not. R. Secnazi, « Note sous arrêt », *JCP E* 2001 n° 13, p. 571 et s. V. aussi, G. Loiseau, « Note sous arrêt », *JCP G* 2001 n°4, p. 195 et s.

⁴¹⁷ Par exemple, tous les professionnels sont protégés contre les clauses abusives dans le Code du commerce dès lors que le contrat est caractérisé par un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties. Voir en ce sens, F. Buy, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Petites affiches* 2008, n°252, p.3 et s. Voir aussi, B. David, « Les clauses abusives entre professionnel : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* 2008, n°5, p.1 et s.

Cette faiblesse économique peut ainsi être caractérisée dans un rapport de dépendance entre deux partenaires commerciaux. Cette situation se rencontre très souvent dans les contrats de dépendance où la survie de l'un des contractants dépend des contrats que lui propose son partenaire économique. Dans ces cas, le contrôle de l'équilibre du contrat n'est pas justifié par une hypothèse générale d'un pouvoir de négociation inégal entre les parties.

Le contrôle de l'équilibre du contrat découle de l'hypothèse que l'utilisation de clauses standardisées préparées à l'avance par le contractant fort a permis à celui-ci, dont les clauses émanent, de restreindre la liberté contractuelle de la partie faible⁴¹⁸. La volonté du contractant faible n'est ici qu'un complément de la volonté du contractant fort, elle n'est pas une volonté autonome. Les contrats de dépendance sont, de ce fait, sources de toutes sortes d'abus. La faiblesse économique du petit professionnel est ici caractérisée, soit par sa situation de dépendance proprement dite (A), soit par un environnement économique particulier (B).

§1. LA SITUATION DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DU CONTRACTANT FAIBLE

170. Définition de la notion de dépendance économique.

Le concept de dépendance économique a été introduit en droit français par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Il résultait de l'évolution, voire du renversement des rapports de force, entre l'industrie et le commerce. L'ordonnance visait à faire face à ce renversement des rapports de force résultant de la concentration de la distribution par la création des « super-centrales d'achat » et de l'impossibilité d'appréhender les excès qui en résultaient⁴¹⁹.

En effet, d'une époque où les producteurs avaient une puissance économique incontestée, on est passé à une époque où les distributeurs, regroupés en de puissantes centrales d'achats, ont un monopole économique considérable. Les distributeurs sont donc devenus les nouveaux rois des pratiques concurrentielles et ont l'ascendant dans les rapports de dépendance économique.

⁴¹⁸ M. Martin-Casals, « Les clauses abusives dans le projet de cadre commun de référence (PCCR) », in *Les clauses abusives, Approches croisées Franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba, Société de législation comparée, 2013, spéc. p. 63.

⁴¹⁹ V. Michel-Amsellem, « Les abus de domination » in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, Paris : 2008, spéc. p. 228 et s.

La dépendance économique peut être définie comme une situation de fait dans laquelle se trouve une entreprise dans sa relation avec une autre, client ou fournisseur, qui exerce sur elle un ascendant.

Seules les entreprises qui démontrent se trouver dans un rapport direct de clientèle ou de fourniture avec celle dont elles prétendent être dépendantes peuvent invoquer cette situation⁴²⁰. Il s'agit en général, contrairement à l'abus de position dominante, d'une puissance relative qui rend vulnérables les cocontractants de l'entreprise puissante.

171. Le petit professionnel dans les chaînes de contrats.

En effet, dans plusieurs secteurs, les activités économiques sont organisées autour de relations contractuelles asymétriques, qui placent les petites et les moyennes entreprises sous la dépendance d'un puissant partenaire.

Cette situation de dépendance prive ces petites et moyennes entreprises d'une véritable existence autonome sur le marché⁴²¹. Dans les rapports entre petits professionnels et professionnel dominant de la grande distribution, cette situation est frappante.

De manière générale, le petit professionnel professionnel « faible » conserve son autonomie juridique formelle et assume, à ce titre, les risques de son entreprise. Il reste néanmoins sous la dépendance exclusive du professionnel économiquement puissant, en raison de l'exploitation de son outil de production ou de distribution au service exclusif ou quasi exclusif de son cocontractant⁴²². Pour Monsieur G. Virassamy pour que l'existence d'une dépendance économique puisse produire des effets juridiques, il faut qu'il soit établi entre les partenaires des relations contractuelles.

Néanmoins, « *il ne suffit pas d'être partie à un contrat pour qu'il y ait dépendance économique. Il faut encore que cette relation contractuelle présente une réelle importance pour l'existence ou la survie de l'assujetti* »⁴²³. Mais alors, à partir de quel seuil, serait-il admis que les liens contractuels entraînent une dépendance économique ? Monsieur G. Virassamy pense qu'il s'agit là d'une question de circonstances, et qu'il appartient à la jurisprudence d'en décider, en fonction des données de chaque espèce, et des éléments de preuve fournis par les parties⁴²⁴.

⁴²⁰ Cons. Conc., déc. N°01-D-62 du 04 octobre 2001, relative à la situation de concurrence dans le secteur de la distribution des appareils médicaux.

⁴²¹ Voir F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J, Paris : 2007, spéc. p. 1.

⁴²² *Ibid. op.cit.*

⁴²³ G. Virassamy, « *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* », Thèse, Paris : 1985, spéc. 141.

⁴²⁴ G. Virassamy, *op. cit.*, p.144.

172. Conception de la dépendance économique.

Cette analyse correspond parfaitement à notre conception de la dépendance économique. Puisqu'il s'agit d'identifier une situation de faiblesse d'un contractant par rapport à un autre, nous pensons que la faiblesse ne peut être que particulière et dépendante des circonstances de l'espèce même si elle intervient dans un rapport de dépendance.

La dépendance économique doit néanmoins intervenir dans un rapport de dominé à dominant. Autrement dit, le rapport contractuel doit être caractérisé par un déséquilibre en raison du poids économique de l'un des partenaires sur l'autre.

Concrètement, le dominé doit vendre, par exemple, au dominant la totalité ou la quasi-totalité de sa production ou, à l'inverse, est exclusivement ou quasi-exclusivement approvisionné par celui-ci de sorte que la disparition du contrat entraîne une baisse brutale de son activité ou des difficultés financières⁴²⁵. Le petit professionnel faible serait, en somme, celui qui se trouve dans une position d'extrême vulnérabilité à l'égard d'un professionnel, avec lequel il réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires.

173. La classification des types de dépendances économiques.

La jurisprudence allemande⁴²⁶ a mis en avant plusieurs types de dépendances économiques :

- la dépendance pour cause de relations d'affaires, qui trouve sa source dans les liens contractuels de longue durée unissant le distributeur au producteur, notamment dans tous les accords dits de distribution intégrée, distribution sélective, exclusive, franchise, ou location gérance⁴²⁷ ;

-Et la dépendance pour cause d'assortiment dont les cas les plus nombreux sont ceux dans lesquels se trouvent des distributeurs dépendants d'un fabricant de produits de marque qui ont atteint une notoriété telle que, dans certaines situations, les distributeurs ne peuvent s'en passer⁴²⁸.

Mais c'est à partir de 1992 en Allemagne, que sont apparues, d'une part, les affaires se rapportant à la domination économique à laquelle sont soumis certains fabricants ou prestataires de services. C'est généralement le cas de la domination

⁴²⁵F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J, Paris : 2007, spéc. p. 2.

⁴²⁶ M. Pedamon, « La protection de la libre concurrence en République fédérale d'Allemagne », JCP éd. E II, 14310. Voir aussi M. Pedamon, « De quelques traits essentiels du droit allemand de la concurrence », *Cah. Dr. Entr.* 1987-2 p.27.

⁴²⁷ CA Paris, sect. Conc., 5 juillet 1991, BOCCRF, n° 14/91.

⁴²⁸ CA Paris, sect. Conc., 12 juillet 1990, BOCCRF, n° 16/90.

économique exercée par les centrales d'achat en produits sous marque de distributeur⁴²⁹.

Et d'autre part, celles dans lesquelles un ou plusieurs opérateurs peuvent se trouver à l'égard du détenteur d'une infrastructure ou d'une facilité essentielle pour pouvoir accéder à un marché⁴³⁰. En général, le petit professionnel en situation de dépendance économique n'a pas de solution alternative équivalente⁴³¹. Et la menace d'une rupture ou d'un non-renouvellement du contrat qui le lie au professionnel économiquement puissant est la base principale de cette situation de dépendance économique.

174. La nature de la puissance économique du professionnel dominant.

Toutefois, il faut admettre que la puissance économique, même ponctuelle, d'un professionnel peut lui dicter son comportement lors de la phase de négociation du contrat. Pour schématiser, le rapport entre le professionnel dominant et le petit professionnel dominé s'apparente à la situation dans laquelle un client ne peut se passer d'un fournisseur, un fournisseur ne peut se passer d'un distributeur⁴³².

Autrement dit, le petit professionnel ne peut pas se passer du savoir-faire ou des produits et services de son fournisseur car sa survie sur le marché dépend de ces contrats. Dans une telle situation, le professionnel ayant l'ascendant économique sur son partenaire commercial profitera de cette puissance économique pour lui imposer un contrat négocié, sur la forme, mais déséquilibré, dans le fond.

Par exemple, il est attesté que, profitant de leur pouvoir de marché, les centrales d'achat se laissent parfois aller à une exploitation abusive de la situation de faiblesse économique de leurs partenaires du secteur productif, afin de leur imposer des conditions contractuelles déséquilibrées. Il n'y a certes pas d'intégration entre ces centrales d'achats et les petits producteurs, mais la situation de dépendance, quoi que ponctuelle, est réelle⁴³³.

Ces petits professionnels ont très souvent besoin de ces centrales d'achats pour écouler rapidement leur production et surtout éviter les difficultés liées au transport de leurs

⁴²⁹ CA Paris, sect. Conc., 25 mai 1994, BOCCRF, n° 10/94. Com., 13 décembre 1998, 4 arrêts (pourvoi n° 96-10.655, 96-10.694, 96-11.080, 96-11.695). Voir aussi, affaires Carrefour ou Auchan en rapport avec l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

⁴³⁰ Com., 25 janvier 2000, BOCCRF, n°3/2000.

⁴³¹ Com. 7 janvier 2004, *SOFEMI c/COMILOG*, *Juris-Data* n°021692.

⁴³² M.-S. Payet, « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC* 2006/4, p.1338 et s.

⁴³³ Sur la notion d'intégration contractuelle, voir spécialement, F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*

marchandises. C'est cette situation qu'on rencontre typiquement dans les contrats d'approvisionnement.

175. La dépendance dans les contrats d'approvisionnement.

La détermination unilatérale, par les centrales d'achat, des termes des contrats d'approvisionnement qu'elles concluent avec les petits producteurs ne soulève pas d'autre problème que celui de la faiblesse économique de ceux-ci.

Cette faiblesse économique est soulignée par l'inégalité de puissance économique entre les parties au contrat⁴³⁴ et, plus spécifiquement, de la nécessaire protection du petit professionnel dépendant dans ses rapports avec la grande distribution⁴³⁵. En principe, le jeu normal de la négociation veut que le fournisseur ne soit pas lié par ses propres conditions générales de vente. Or, cela n'empêche pas que l'écart qui sera obtenu à l'issue de la négociation par un distributeur en particulier doit nécessairement de sa part faire l'objet d'une justification.

C'est-à-dire que, et pour reprendre expressément les termes des dispositions de l'article 36 de l'ordonnance de novembre 1986, le distributeur doit apporter à son fournisseur une explication qui consiste à justifier de l'existence d'une « contrepartie réelle » à l'écart du taux finalement obtenu par rapport au taux visé dans les conditions générales de vente⁴³⁶.

176. Les contrats de fourniture de produits sous marque de distributeur.

Concernant les contrats de fourniture de produits sous marque de distributeur, qui sont des contrats d'intégration, ils sont nécessairement régis par le droit de la concurrence. En effet, il y a une différence entre la situation du producteur qui, en raison de son faible pouvoir de marché, se trouve à la merci des conditions que lui impose un partenaire plus puissant et celle de fournisseur de produits sous marque de distributeur, qui s'est contractuellement engagé à travailler au service d'un partenaire unique, aux besoins spécifiques duquel il a adapté son appareil productif et derrière la marque duquel il disparaît aux yeux du marché⁴³⁷.

⁴³⁴ F. de Bouard, *op. cit.*

⁴³⁵ Voir le rapport de la Commission Canivet sur les rapports entre industrie et commerce (Rapport du groupe d'experts sur les rapports entre industrie et commerce, sous la direction de G. CanivetT, 18 octobre 2004, spéc. p.30 et s.

⁴³⁶ J.-M. Meffre, J.-C. Grall, « Négociation commerciale- Modèle 96 », *Petites affiches* 1996, n°42, p. 21.

⁴³⁷ F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J, Paris : 2007, spéc. p. 6.

Dans la première situation, la dépendance économique n'est qu'un rapport d'inégalité contractuelle ponctuelle. La dépendance du petit professionnel dépendant est le corollaire du pouvoir de marché du professionnel puissant. La survie du petit professionnel dépendant est alors conditionnée au maintien de son contrat avec son partenaire cocontractant.

Tandis que dans la seconde situation, la relation contractuelle nouée, sa durée, l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec le partenaire puissant, indiquent la dépendance économique⁴³⁸.

177. Identité de faiblesse indépendamment de la qualité du contractant dominé.

La situation du petit professionnel faible peut se confondre, dans la première situation, avec celle du consommateur notamment lorsque le contrat visé est un contrat de pure consommation. Par exemple, une entreprise artisanale qui achète une machine de distribution de boissons chaude pour ses salariés. Ainsi, Monsieur G. Virassamy, citant Jacques Flour, pense que dans les relations entre producteurs et consommateurs ou entre producteurs et intermédiaires, la dépendance n'est que relative⁴³⁹.

L'auteur illustre son propos par la situation de dépendance née d'un contrat d'adhésion. Dans ce cas, le professionnel faible s'engage, non plus pour vendre sa marchandise ou s'approvisionner auprès de ce dernier, mais par l'adhésion à un contrat pré-rédigé que lui soumet son cocontractant. Ce chevauchement, quasi-permanent, entre contrat d'adhésion et contrat de dépendance est symptomatique de la situation de faiblesse que ces contrats engendrent. Le lien entre la situation du consommateur et celle du professionnel faible n'est pas négligeable dans ces cas, car la puissance économique du professionnel peut conditionner son attitude face à son cocontractant.

Cette dépendance économique peut aussi découler de facteurs extérieurs, comme l'environnement économique particulier dans lequel le contrat est conclu.

⁴³⁸ M.-S. Payet, « Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC* 2006/4, p.1338 et s.

⁴³⁹ G. Virassamy, *op. cit.*, p. 142.

§2. LA DÉTRESSE DU PETIT PROFESSIONNEL

178. La contrainte d'un environnement économique particulier.

Selon Monsieur Virassamy, la dépendance économique n'est pas toujours le résultat des spécificités du contrat conclu entre les parties, mais elle pourrait découler de l'environnement économique dans lequel il a été conclu et exécuté. Cette dépendance réapparaît dès lors qu'un professionnel réalise avec un partenaire la majeure partie de son chiffre d'affaires⁴⁴⁰.

La condition sine qua non pour que le professionnel, victime de clauses abusives, soit protégé par le Code de commerce, c'est qu'il se trouve dans un rapport de partenariat commercial avec son cocontractant. Un environnement économique particulier peut engendrer pour le petit professionnel « faible » une certaine « détresse » économique par rapport à son cocontractant professionnel. On trouve, par exemple, une structure extrêmement concentrée de certains marchés comme le marché des salons de coiffure ou ceux de la restauration rapide ou de l'hôtellerie.

Ces marchés, qui constituent indéniablement une caractéristique de l'environnement économique, exercent une influence décisive sur la décision prise par les petits professionnels qui souhaitent y accéder⁴⁴¹. Les petits professionnels faibles concluent, en général, des contrats qui leur garantissent une part de marché pré-constituée. La situation de faiblesse résultante sera différente selon qu'elle est le fruit d'un environnement économique plus favorable ou moins favorable au petit professionnel.

179. Le maintien du petit professionnel sur le marché.

La situation du petit professionnel dont la continuité de l'entreprise dépend du maintien de sa relation avec le professionnel économiquement prépondérant, voir unique, n'est pas aussi complexe.

L'environnement économique dans lequel le contrat est conclu conditionnera la survie de l'activité économique du professionnel. Cette situation du professionnel faible n'est pas éloignée de celle du consommateur qui adhère à un contrat pré rédigé par le professionnel. Les conséquences sont exactement les mêmes et cela devrait appeler des solutions similaires⁴⁴².

Ainsi, en droit français, une proposition de loi prévoyait de « modifier le code de la consommation et d'appliquer les dispositions de la section 3 du titre II du livre 1^{er} aux

⁴⁴⁰ G Virassamy, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁴¹ V. Michel-Amsellem, « Les abus de domination » in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, Paris : 2008, spéc. p. 228 et s.

⁴⁴² D. Mazeaud, Observations sous Cass. Com. 10 mai 1994, *D.* 1995. Somm. 89.

personnes physiques immatriculées au répertoire des métiers »⁴⁴³. Cette proposition visait uniquement et malheureusement la protection des artisans⁴⁴⁴. Cette vocation très sectorielle de la proposition de loi sur le démarchage des artisans lui enlevait beaucoup d'intérêt.

180. La vulnérabilité du petit professionnel.

La vulnérabilité résultant d'une inégalité de puissance économique entre les parties, offrant à l'une la possibilité d'exercer une contrainte sur l'autre, constitue en soi un phénomène juridique⁴⁴⁵. Une entreprise de petite envergure accepte des conditions contractuelles manifestement déséquilibrées de la part d'un cocontractant, car elle a besoin de ce contrat pour subsister et n'a pas les moyens de trouver une solution de rechange⁴⁴⁶.

C'est le cas, par exemple, des contrats de vente conclus entre les petits producteurs agricoles et les centrales d'achat de la grande distribution. L'objectif n'est pas de sanctionner l'abus de dépendance en tant que tel, mais de subordonner le pouvoir de rééquilibrer le contrat à l'impossibilité de négocier que subit le petit professionnel dépendant⁴⁴⁷.

Dans un arrêt du 30 mai 2000⁴⁴⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a qualifié ce déséquilibre de « contrainte économique » et l'a sanctionné, sur le terrain du droit commun, par la notion de violence morale. Elle estimait alors que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ».

⁴⁴³ Proposition de loi n° 388 visant à protéger les artisans contre le démarchage, enregistrée le 7 novembre 2007.

⁴⁴⁴ De nombreux professionnels qui ne font pas le poids devant les grands fournisseurs ou distributeurs et qui sont quasi permanemment dépendant de ces derniers notamment les artisans et les petites entreprises. Ces professionnels exigent une protection du droit de la consommation. Voir not. R. Saint-Esteben, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009/3, p. 1275. Dans le même sens, voir également, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s. Pour une protection du petit commerce et de l'artisanat, l'amendement n°6 de la commission de production et des échanges proposait de prendre en compte « les prêts destinés aux besoins d'une activité professionnelle » (Ass. Nat., rapport Burkel, 1^{ère} session 1977-1978, n°3123, p.15) cité par N. Gilda dans « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

⁴⁴⁵ F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*

⁴⁴⁶ F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.* spéc, p. 4.

⁴⁴⁷ M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, G. Lardeux, (dir.), P. U. d'Aix-Marseille – PUAM, 2012, spéc. p. 31.

⁴⁴⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15242. V. not. R. Secnazi, « Note sous arrêt », *JCP E* 2001 n° 13, p. 571 et s. V. aussi, G. Loiseau, « Note sous arrêt », *JCP G* 2001 n°4, p. 195 et s.

Il faut, toutefois, rappeler que la détresse économique n'entraîne pas un abus de faiblesse, notion inhérente à la protection des consommateurs dans la lutte contre le démarchage. Seule « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »⁴⁴⁹.

Ainsi, la protection du professionnel « faible » sur le fondement du vice de violence peut se faire par la prise en compte de sa situation personnelle permettant d'englober l'inexpérience, la vulnérabilité ou l'inaptitude à la négociation, spécialement visées par les principes du droit européen du contrat ou les avant-projets de Code européen des contrats⁴⁵⁰.

181. Distinction abus de faiblesse et abus de la détresse économique.

Il faut donc distinguer le fait de profiter de la détresse et l'abus de faiblesse⁴⁵¹.

Dans le premier cas, il s'agit d'une violence économique. L'article 63 du projet de la Chancellerie prévoyait qu'il y avait violence économique : « *lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte* ».

Cet article peut être rapproché des dispositions de l'article 1143-3, alinéa 1, de l'avant-projet Catala qui retenait une version élargie de la violence en précisant qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif* ».

Le projet Terré consacrait la lésion qualifiée en ces termes « (...) *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*

⁴⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, Bull. n° 108; *Com. com. Élec.* 2002, n° 80, obs. Caron; *Ibid.*, n° 89, obs. Stoffel-Munck; *Cont. conc. Cons.* 2002, n° 121, obs. Leveneur; *D.* 2002, 1860, n. Gridel; *Ibid.*, 1862, n. Chazal; Defrénois 2002, art. 37607, p. 1246, n°65, obs. Savaux; *Gaz. Pal.* 2003, 1, 444, n. Rovinski; *JCP* 2003, I. 184, n°6 s., obs. Virassamy; *JCP éd. E* 2003, 278, n°3, obs. Chérigny; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. Mestre et Fages; *RTD com.* 2003, p. 86, obs. Françon. Adde L. Grynbaum, « Le juge et les tensions dans les relations contractuelles », *RDC* 2003, p. 291.

⁴⁵⁰ L'art.4 :109 PDEC protège le contractant qui « était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou dans une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyant, ignorant, inexpérimentée ou inapte à la négociation ».

⁴⁵¹ V. en ce sens, H. Solus, J. Ghestin, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, L.G.D.J, Paris : 1996, spéc. p. 245.

victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat » (article 66)⁴⁵².

Ces différents textes montrent que le fait de profiter de la détresse d'un contractant reste étroitement lié à la notion violence économique. C'est-à-dire profiter de l'état de nécessité ou de dépendance engendré par un environnement économique particulier. En revanche, l'abus de faiblesse est le fait d'exploiter de façon abusive une situation de vulnérabilité.

Il s'agit donc d'un concept large qu'on peut retrouver dans de nombreux domaines du droit positif. Ici, seul l'abus de la détresse économique nous intéresse car il est lié à l'infériorité économique dont peut être victime un professionnel dominé.

182. Conclusion Chapitre I.

En somme, si l'infériorité économique reste l'élément le plus caractérisant dans la protection du non-professionnel et du petit professionnel faible, elle ne demeure pas la seule cause d'infériorité.

La situation du non-professionnel et du petit professionnel peut être caractérisé par d'autres éléments complémentaires d'infériorité. En général, il s'agira de l'infériorité technique et/ou juridique. Ces deux éléments d'infériorité se rapprochent notamment quand c'est la technique juridique du professionnel pollicitant qui est en cause. C'est pourquoi, nous considérons qu'en plus de la situation de faiblesse économique d'un contractant faible dans son rapport avec un professionnel, ces deux autres éléments méritent d'être étudiés.

⁴⁵² V. en ce sens, S. Le Ga-Pech, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p. 581 et s.

CHAPITRE II

UNE VULNÉRABILITÉ TECHNIQUE OU INTELLECTUELLE RELATIVE

183. Une faiblesse relative.

Le contrat peut être déséquilibré en raison de la faiblesse technique ou juridique de l'un des cocontractants. Généralement, la faiblesse technique accompagne la faiblesse économique notamment quand il s'agit de la technique des conditions générales ; ces conditions générales permettent à l'une des parties d'user du jeu des clauses contractuelles pour faire pencher le contrat en sa faveur.

Or, le contractant en situation de faiblesse peut être considérée comme tel en raison justement de cette infériorité technique ou juridique. Et cela, indépendamment de son poids économique supposé sur le marché.

La faiblesse juridique, encore appelée faiblesse intellectuelle, est généralement le déficit ou l'asymétrie d'information qui fait pencher le contrat en faveur de l'une des parties.

Dès lors, la faiblesse technique ou juridique peut être une cause de la protection du contractant non professionnel ou petit professionnel dans son rapport avec un professionnel. C'est cela qui nous amènera à analyser l'infériorité technique (§2) et l'infériorité juridique (§1) du non-professionnel ou du petit professionnel.

SECTION I. L'INFÉRIORITÉ INTELLECTUELLE OU LA FAIBLESSE JURIDIQUE

184. Le lien étroit entre faiblesses technique et juridique.

Le professionnel est présumé se trouver dans une situation de supériorité par rapport à son cocontractant en raison des connaissances techniques et des informations dont il dispose.

Les faiblesses technique et juridique sont donc étroitement liées, puisque les connaissances techniques et les informations dont dispose le professionnel peuvent avoir une influence sur l'équilibre du contrat.

Autrement dit, la supériorité technique ou intellectuelle du professionnel exige que ce dernier ait l'obligation de fournir les informations nécessaires permettant à son cocontractant de donner un consentement éclairé. En effet, le contractant faible est généralement en situation d'infériorité intellectuelle ; cela se traduit par un déficit d'information sur le contenu du contrat. Ainsi, dans les contrats d'adhésion, « *l'infériorité de l'adhérent est tout d'abord l'infériorité de prévision quant au contrat* »⁴⁵³.

Il appartient donc au professionnel pollicitant de fournir tous les renseignements nécessaires à son cocontractant. Désormais, l'article 1112-1 du Code civil prévoit un devoir pré-contractuel d'information au profit de tout contractant sur le fondement de la bonne foi. L'état d'ignorance d'un professionnel par rapport à un autre exige du second qu'il fournisse de façon loyale au premier toutes les informations nécessaires à la bonne conclusion et à l'exécution du contrat.

185. Un devoir pré-contractuel d'information au profit du contractant faible.

Dans les faits, le pollicitant est mieux renseigné sur les caractéristiques du bien et sur les tenants et aboutissants de chaque terme ou clause du contrat ; il dispose d'informations suffisantes sur la nature, le contenu et l'exécution du contrat. Il se doit donc de communiquer à son cocontractant le contenu précis et les modalités du contrat. Prenons l'exemple d'un vendeur de chauffage électrique. En principe, en tant que vendeur, il connaît mieux les caractéristiques et les différentes composantes de ce chauffage électrique. Il doit en conséquence communiquer à son cocontractant tous ces éléments qui lui permettront d'avoir une idée précise sur ce qu'il s'apprête à acheter. Ces informations, qui peuvent être nécessaires pour une meilleure exécution des prestations réciproques, permettent d'assurer l'équilibre du contrat. Autrement dit, les cocontractants qui disposent des mêmes éléments d'informations sur le contrat sont en pratique censés conclure le contrat de façon égalitaire.

Ces informations sont nécessaires pour conclure le contrat en toute connaissance de cause ; même si elles n'assurent pas complètement un équilibre parfait du contrat.

⁴⁵³ G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, thèse, L.G.D.J., Paris : 1973, spéc. p.28.

186. Exemple.

Il a été ainsi décidé à propos d'un professionnel exploitant de magasin de vêtements qui s'était vu proposer un contrat d'installation d'un système d'alarme⁴⁵⁴.

En l'espèce, ce professionnel s'était vu proposer, le 3 octobre 1984, par démarchage, un contrat d'installation dans son magasin d'un système d'alarme après un cambriolage. La quasi-totalité de l'opération nécessitait l'obtention d'un crédit. Grâce à la caution de son mari, ce professionnel avait pu obtenir le crédit à un taux de 22%. En constatant que le coût total de l'opération (45004, 87 F) était au-dessus de ses moyens, elle avait alors dénoncé le contrat, sept jours plus tard par simple lettre le 10 octobre 1984, puis par lettre recommandée, le lendemain.

La commerçante estimait pouvoir se rétracter en vertu de l'article de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. En outre, elle se prévalait, entre autres, de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. En l'espèce, l'information relative à la faculté de rétractation n'avait pas été donnée.

La Cour de cassation avait alors fait droit au pourvoi de la commerçante en estimant que le contrat litigieux n'entraînait pas dans la compétence professionnelle de la commerçante, « *qui se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* »⁴⁵⁵.

En fait, le professionnel avait omis de fournir à son cocontractant les renseignements nécessaires à la conclusion du contrat en toute connaissance de cause. Il s'agit d'une illustration assez claire de l'asymétrie d'information dont peut être victime le professionnel « faible »⁴⁵⁶.

Cette infériorité intellectuelle est un élément pertinent dans la définition de tout contractant faible. Agissant pour les besoins de sa profession et en dehors du champ de son activité principale, le non professionnel et le petit professionnel « faible » a besoin,

⁴⁵⁴ Cassation civile 1^{ère}, 28 avril 1987, n° 85-13674. *D.* 1988.1, note P. Delebecque; *D.* 1987. *Somm.* 455, obs. J.-L. Aubert; *JCP* 1987.II.20893, note G. Paisant; V. également, R. Martin, Le consommateur abusif, *D.* 1987, *Chron.* 150; A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP* 1994, I, n° 3804. N. Gilda, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

⁴⁵⁵ Cassation civile 1^{ère}, 28 avril 1987, n° 85-13674. *D.* 1988.1, note P. Delebecque; *D.* 1987. *Somm.* 455, obs. J.-L. Aubert; *JCP* 1987.II.20893, note G. Paisant; V. également, R. Martin, Le consommateur abusif, *D.* 1987, *Chron.* 150; A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP* 1994, I, n° 3804. V. aussi, N. Gilda, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

⁴⁵⁶ M. Ebers, *Consumer Law Compendium*, Munich, Sellier, 2008, p. 203.

pour mieux apprécier l'étendue de son engagement, d'être renseigné, conseillé, en un mot d'être informé.

187. Une obligation d'information et de conseil renforcée.

L'étendue de son engagement n'est pas toujours comprise par tous les contractants professionnels. Ils sont souvent dans une ignorance de ce à quoi ils s'engagent réellement. Les conditions générales du contrat ne suffisent pas pour une véritable compréhension du contrat. La lecture de ces documents ne garantit pas leur compréhension réelle par le cocontractant.

La mise à disposition d'une notice d'informations ne permet donc pas au professionnel « faible » d'avoir une parfaite connaissance des modalités du contrat. C'est ainsi que dans un arrêt 3 juin 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que « *l'obligation d'information et de conseil ne se limite pas à la remise de la notice, dès lors que celle-ci ne définit pas de façon claire et précise les risques garantis, ainsi que les modalités de mise en jeu de l'assurance* »⁴⁵⁷.

En effet, un contrat peut toujours en appeler un autre et le professionnel « faible » a besoin de toutes les informations relatives au contrat pour comprendre l'étendue de son engagement. Il doit mesurer la nature des risques qu'il encourt en s'engageant dans tel contrat. Par une simple lecture, souvent fastidieuse, le cocontractant du professionnel, n'est pas en mesure de comprendre le contenu réel du contrat.

188. Un outil de négociation.

Pour simplifier les choses, les conditions générales sont un outil de négociation dans les contrats d'adhésion. C'est-à-dire que le contrat d'adhésion est considéré comme un contrat équilibré et le consentement du cocontractant éclairé, dès lors que ce dernier a pris connaissance de ces conditions générales et des clauses contractuelles.

À partir du moment où le cocontractant qui adhère au contrat a eu la possibilité de lire les conditions générales du contrat, sa volonté est réputée libre ; il ne s'agit donc plus d'une simple volition⁴⁵⁸. Or, l'adhésion au contrat, très souvent, se traduit dans les faits par la signature de l'acte n'est que la conséquence de son consentement au contrat. Les conditions générales sont ainsi dictées par les habitudes contractuelles dans les milieux d'affaires.

⁴⁵⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 03-13896.

⁴⁵⁸ V. not. J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004/4, p. 915 et s

Dans les contrats de consommation en général, plus particulièrement les contrats de vente, c'est peu dire que les conditions générales sont courantes⁴⁵⁹. L'essentiel de la négociation et la conclusion de contrats se résume à l'adhésion à un ensemble de propositions et de dispositions préalablement élaborées par le professionnel⁴⁶⁰. Ces conditions générales peuvent être accompagnées ou complétées par tout autre document nécessaire à la compréhension du contrat⁴⁶¹. La lisibilité est rendue difficile par le mode de rédaction qui tient compte à la fois des objectifs de rentabilité et de concentration de propositions dans un document réduit.

Rares sont en effet les contractants qui prennent le temps de lire entièrement ces documents et même après un certain délai de réflexion, le contractant ne prend pas réellement conscience de l'étendue de son engagement. C'est souvent le cas des « petits professionnels » ou de certaines personnes morales de droit privé, comme les non-professionnels. Ces derniers sont généralement soumis au dictat de leurs cocontractants professionnels.

189. Une obligation d'information comme moyen de protection.

Le déficit d'information est censé être combattu par l'obligation d'information imposée au professionnel. Cependant, cette seule obligation est insuffisante et la qualité de non-professionnel ne sera importante qu'en cas de déséquilibre contractuel au détriment du contractant faible.

Car, malgré l'information donnée, en général, cela n'empêche pas les professionnels d'introduire dans leurs contrats des clauses désavantageuses au détriment de leur cocontractant. Pour lutter contre ces clauses abusives, à destination de tous les cocontractants du professionnel, il est nécessaire d'avoir une interprétation souple du rapport entre le contrat et l'activité du professionnel. La protection de ce contractant non-professionnel ne dépend plus du lien qu'il y a entre son activité professionnelle et le contrat conclu⁴⁶². Ce lien devait, autrefois, être assez étroit pour exclure le contractant professionnel de la protection. Autrement dit, si le contrat n'était pas indispensable pour la survie de l'activité du professionnel, ce dernier bénéficiait de la qualité de non-professionnel.

⁴⁵⁹Notamment les conditions générales dans les contrats d'adhésion. Voir dans ce sens J.-M. Meffre, J.-C. Grall, « Négociation commerciale- modèle 96 », *Petites affiches* 1996, n° 42, p. 21 et s.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Il s'agit souvent des avenants ou des conditions particulières de vente mais aussi des renvois à d'autres documents complétant la compréhension du contrat, notamment dans les contrats conclus par voie électronique. V. en ce sens, J. Rochfeld, « La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », *RTD Civ.*, 2004, p. 574 et s.

⁴⁶² Cela est vrai dans le droit commun des contrats, mais pas toujours dans le droit de la consommation.

190. Plan.

De nombreux contractants faibles se retrouvent dans une situation comparable au non-professionnel ; certains sont même dénommés des non professionnels, d'autres des non-avertis, autrement dit des profanes.

Avant la loi de ratification de février 2017⁴⁶³ qui a donné une définition légale au non-professionnel, en droit de la consommation, celui était défini par rapport à des critères. Ces critères restent essentiellement les mêmes qui permettent aujourd'hui de définir l'acquéreur non professionnel en droit de la construction et de l'habitation (§1) et les non-avertis en matière de crédit (§2).

§1. LE RAPPROCHEMENT AVEC L'INFORMATION DE L'ACQUÉREUR NON-PROFESSIONNEL

191. L'intérêt du rapprochement entre les deux protections.

L'acquéreur non professionnel est un contractant dont la protection est très proche de celle du contractant non-professionnel en droit de la consommation. En effet, ce contractant bénéficie essentiellement des dispositions du Code de la construction et de l'habitation qui prévoient une protection particulière de l'acquéreur immobilier.

Ainsi, l'article L. 271-1 de ce Code dispose que *« pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.*

Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes ».

L'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier bénéficie donc d'une faculté de rétractation. L'intérêt de son rapprochement avec le non-professionnel est

⁴⁶³ Loi n°2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services.

qu'en dehors des cas où cet acquéreur est un consommateur, d'autres contractants similaires au non-professionnel du droit de la consommation bénéficient eux aussi de cette faculté de rétractation par le biais du critère du « *rapport direct* » entre le bien acquis et leur objet social.

Nous verrons que le contractant faible dispose d'un délai de réflexion qui prend ses racines en droit de la consommation (A) alors que la réalité de cette protection prévue l'article 271-1 du Code de la construction et de l'habitation est source d'une jurisprudence abondante (B).

A. Le délai de réflexion de l'acquéreur non professionnel

192. Un moyen de protection du contractant faible.

Le délai de réflexion est un moyen de protection du contractant faible assez répandu en droit français. Il est admis à la fois dans le droit commun des contrats, mais aussi dans les régimes dérogatoires au droit commun. Dans la phase pré-contractuelle, le pollicitant ou le promettant dispose d'un délai de réflexion avant la conclusion du contrat. Pour refuser l'offre, l'article 1116 alinéa 1 du Code civil prévoit que l'offre « *ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ».

En réalité, une fois que l'offre est portée à la connaissance du destinataire on parlera de révocation⁴⁶⁴. Si l'auteur de l'offre a lui-même (spontanément ou à la demande du destinataire) indiqué un délai, il ne peut la rétracter pendant ce délai⁴⁶⁵. On parle souvent en pratique d'une « option » laissée au destinataire pendant quelques heures ou quelques jours, notamment dans le marché immobilier⁴⁶⁶. Ce délai peut être fixé par la loi, comme en matière de crédit⁴⁶⁷.

193. Le contexte législatif.

L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit un délai de réflexion au profit de l'acquéreur immobilier. L'objectif de cette disposition étant de prévenir le surendettement, le législateur a souhaité permettre à l'acquéreur d'un

⁴⁶⁴ V. en ce sens, B. Haftel, « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30/04/2015, n° 120, p. 8 et s.

⁴⁶⁵ Avant la réforme du 10 février 2016, v. not., Cass. civ. 3^e, 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n°79 ; *RDT civ.* 2008.474, obs. Fages ; *RDC* 2008.1109, obs. Genicon ; V. *chron.* Mathieu-Izorche, *D.* 2009.440.

⁴⁶⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat, 15^e éd., 2016, n°71.

⁴⁶⁷ Article 312-8 du Code de la consommation.

logement de revenir gratuitement et de façon discrétionnaire sur un engagement souscrit suite à un coup de cœur⁴⁶⁸.

Cette disposition a, d'abord, été introduite par la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989, puis elle a été étendue et corrigée par les lois n°2000-1208 du 13 décembre 2000, n° 2006-872 du 13 juillet 2006 et n° 2015-990 du 6 août 2015. Deux mécanismes différents s'appliqueront selon que le contrat ou l'avant-contrat est un acte sous signature privée ou un acte authentique.

194. Les différents délais légaux de réflexion en droit français.

Dans la première hypothèse, la loi offre à l'acquéreur la faculté de se rétracter pendant un délai de réflexion de dix jours (anciennement sept) à compter de la conclusion du contrat ou de l'avant contrat sous signature privée⁴⁶⁹. Ici, le délai de réflexion suit l'acceptation du contrat. C'est notamment le cas des contrats de prestation de services à distance ou hors établissement, ainsi que les contrats de crédit à la consommation⁴⁷⁰. À partir de la conclusion du contrat le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter, sans donner de motif et sans verser d'indemnité, en principe⁴⁷¹. Dans le cas des ventes à distance ou hors établissement, le délai de quatorze jour court à compter de la livraison⁴⁷².

Dans la seconde hypothèse, très rare en pratique, l'acquéreur bénéficie d'un droit de réflexion d'une durée identique lors de la remise du projet d'acte, l'acte authentique ne pouvant être signé au cours de cette période⁴⁷³. Dans ce cas, le délai précède l'acceptation du contrat par la partie faible.

Pour le crédit immobilier, à partir de la réception de l'offre écrite, s'écoule d'abord un délai de dix jours pendant lequel l'offre ne peut être acceptée, puis un délai de vingt jours pendant lequel l'acceptation est possible. Après ces trente jours, le professionnel n'est plus obligé de maintenir son offre. L'acquéreur non-professionnel ou le petit professionnel dispose donc d'au moins dix jours et, s'il le désire, de trente jours de réflexion avant de signer l'acte de prêt⁴⁷⁴. Les techniques juridiques retenues sont inspirées du droit de la consommation, quand bien même l'objet consiste, non à acquérir un produit de consommation, mais à réaliser un investissement durable, donc

⁴⁶⁸ Droit de rétractation et de réflexion immobilier, *D.* juin 2016.

⁴⁶⁹ *Loc. cit.*

⁴⁷⁰ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz 2015, n° 156.

⁴⁷¹ V. l'arrêt *Kruger* qui dit le contraire.

⁴⁷² J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 156.

⁴⁷³ Droit de rétractation et de réflexion immobilier, *D.* juin 2016.

⁴⁷⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz 2015, n° 156.

non consommable, parfois celui d'une vie⁴⁷⁵. Elles trouvent une justification parce qu'il s'agit de protéger l'acquéreur non-professionnel ou le petit professionnel qui contracte avec un professionnel.

195. Les solutions jurisprudentielles issues du droit commun des contrats.

Les années 90 avaient été marquées par des mécanismes du droit de la consommation assurant une protection de l'acquéreur immobilier non-professionnel ou petit professionnel, même à l'encontre d'un vendeur non professionnel : obligation d'information sur l'état du sol (installation classée, 1992 ; mines et carrières 1994), l'état du bâti (amiante, 1996 ; accessibilité au plomb, 1998 ; insectes xylophages, 1999) et du mesurage du logement en copropriété (1996)⁴⁷⁶.

Les dispositions du Code de la construction et de l'habitation sur la protection de l'acquéreur non-professionnel sont donc relativement récentes et elles sont complétées par l'article L. 316-3-1 du Code de l'urbanisme qui protège ce même acquéreur en ce qui concerne les promesses de vente d'un lot issu d'un lotissement. Le Code de la Construction et de l'habitation protège ici l'acquéreur non-professionnel ou petit professionnel, parce qu'il est réputé le plus faible et « *qu'il est susceptible, dans une matière si importante, de réaliser un achat d'impulsion, insuffisamment pesé* »⁴⁷⁷.

Ce contractant non-professionnel ou petit professionnel est en principe, « *celui qui ne fait pas profession de* », c'est-à-dire celui qui ne fait pas l'acte considéré, ni d'une façon habituelle (l'habitude commence à la répétition), ni dans le but d'en tirer un profit commercial (par exemple un achat fait en vue de la revente, placé sous le régime fiscal des marchands de biens)⁴⁷⁸. Or, les dispositions protégeant l'acquéreur non-professionnel ne distinguent pas selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale ou même un professionnel d'une autre spécialité.

C'est parce que la qualité d'acquéreur non-professionnel peut être reconnue à la fois au non-professionnel mais aussi au petit professionnel faible.

196. La protection de l'acquéreur personne morale.

L'extension de la protection de l'acquéreur non professionnel au non-professionnel et au petit professionnel a donné lieu à une jurisprudence abondante. Le rapprochement avec la protection de ces deux contractants est inéluctable dans notre étude. En effet, la

⁴⁷⁵ Ph. Pelletier, « La protection nouvelle de l'acquéreur immobilier », *Déf.* 2001- n°4, p. 205 et s.

⁴⁷⁶ *Loc. cit.*

⁴⁷⁷ *Loc. cit.*

⁴⁷⁸ *Loc. cit.*

jurisprudence utilise les mêmes critères pour définir l'acquéreur non professionnel, s'il ne s'agit pas d'un consommateur, et le non-professionnel du droit de la consommation. Une personne morale peut ainsi bénéficier de la faculté de rétractation prévue à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation si elle peut être qualifiée de non-professionnel.

En réalité, le législateur ne fait aucune distinction quant à la qualité du vendeur, particulier ou professionnel, ou à l'intervention d'un intermédiaire lors du processus contractuel⁴⁷⁹.

Toute la question est donc de savoir si cette indifférenciation quant à la qualité du vendeur permet de l'étendre à tout acquéreur ? Autrement dit, dans quels cas un acquéreur, autre que le consommateur, peut bénéficier de la protection du Code de construction et de l'habitation ?

197. L'exclusion du professionnel de l'immobilier de la protection.

L'acquéreur non professionnel serait donc « celui *qui contracte en dehors de sa sphère normale d'activité et qui agit dans un but autre que la réalisation de son activité professionnelle* »⁴⁸⁰. En se fiant à cette définition, *a priori*, tout contractant autre que le consommateur est exclu de la protection.

Or, très tôt, certains auteurs ont pensé que « *la protection doit aussi être octroyée au particulier qui achète un immeuble destiné à l'habitation et que l'activité de location n'est pas devenue une activité professionnelle à part entière* »⁴⁸¹. Pour Monsieur H. Périnet-Marquet, « *un professionnel de l'immobilier qui achète pour lui-même et en dehors de son activité un bien immobilier doit bénéficier de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation* »⁴⁸². En effet, la loi ne définit pas l'acquéreur non-professionnel. Le soin est revenu à la jurisprudence de définir cette notion dans le droit de la construction et de l'habitation.

Ainsi, un arrêt de la troisième chambre civile, la Cour de cassation admît qu'une société civile peut être un acquéreur non-professionnel⁴⁸³. Il existe donc des petits professionnels « faibles » créanciers de la protection du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁷⁹ V. Carteron, « Elargissement de la protection de l'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier par la loi SRU », *AJDI* 2001, p. 502 et s.

⁴⁸⁰ *Loc. cit.*

⁴⁸¹ O. Rault, *JCP* 2001, I, p. 294 et s.

⁴⁸² H. Périnet-Marquet, *JCP N* 2001, n°10, p. 533 et s.

⁴⁸³ Cass. civ. 3^{ème}, 24 octobre 2012, n°11-18774, *D.* 2013, p. 280, obs., S. Colmant, note C. Blanchard.

B. La réalité de la protection du non-professionnel et du petit professionnel

198. Une jurisprudence abondante.

La protection de l'acquéreur non professionnel est l'objet d'une jurisprudence abondante sur la question de l'extension de la protection du consommateur à d'autres contractants. Or, les similitudes dans la protection du créancier principal du Code de la construction et de l'habitation avec le non-professionnel et le petit professionnel nous permet de rapprocher ces différentes notions.

199. Une SCI de gestion de patrimoine n'est pas un acquéreur non professionnel.

L'extension de la qualité de non-professionnel a très vite été fondée sur des critères indiscutables. Le juge a, par exemple, considéré que l'objet social de la société pouvait être un facteur déterminant dans l'octroi de la protection.

Ainsi, il a été décidé qu'une société civile immobilière (SCI) de gestion de patrimoine n'est pas un acquéreur non professionnel au sens de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. En l'espèce, une SCI s'était engagée à acquérir un immeuble par une promesse synallagmatique de vente notariée le 23 juillet 2008. Elle refusa de régulariser la promesse en se servant de son droit de rétractation que lui confère l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. La SCI a donc assigné la venderesse sur ce fondement et demandait en conséquence la restitution de l'indemnité d'immobilisation versée à la formation de l'avant-contrat. La promettante refusa cette restitution, considérant que le bénéficiaire de la promesse ne pouvait prétendre invoquer les dispositions de l'article L. 271-1 à son profit, compte tenu de sa qualité. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a débouté la SCI de sa demande et a accueilli celle de la venderesse dans un arrêt du 15 avril 2011. Un pourvoi est formé.

Dans son pourvoi, la SCI estimait que l'acquéreur professionnel bénéficie d'un délai de réflexion de sept jours par application des dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Elle estimait d'une part, que les personnes morales qui ne sont pas exclues de la catégorie des acquéreurs non professionnels, bénéficieraient des dispositions susvisées en cas d'acquisition d'un bien immobilier à usage d'habitation de personnes physiques pour le compte desquelles elles agissent. D'autre part, elle affirmait être une société dépourvue d'activité professionnelle. La cour d'appel aurait privé sa décision de base légale.

200. Un recours au critère du « rapport direct » en dehors du droit de la consommation.

Dans son arrêt du 24 octobre 2012, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi. Elle estimait que, « *par motifs propres et adoptés, la cour d'appel avait constaté que l'objet social de la SCI était l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés* ».

Elle tirait donc la conclusion qu'il y avait un rapport direct entre l'acquisition de l'immeuble et l'objet social de la SCI. La Cour de cassation exerce en l'espèce un contrôle lourd sur la décision de la cour d'appel ; la SCI ne pouvait pas être un acquéreur non professionnel et ne pouvait pas bénéficier des dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Cette décision est critiquable car, au critère du rapport direct, les juges de la troisième chambre civile y ajoutent un critère fondé sur l'objet social de la personne morale. Or, dans des arrêts antérieurs, la première chambre civile a accordé la protection de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation à une personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle, c'est-à-dire à un non-professionnel⁴⁸⁴.

Or, il est impossible qu'une société, quelle qu'elle soit, agisse en dehors de son objet social.

Le critère du rapport direct entre l'acte conclu et l'objet social n'a donc pas vocation à tempérer cette solution car il est incompatible avec le principe de spécialité qui interdit à une personne morale d'agir en dehors de l'objet pour lequel elle a été constituée⁴⁸⁵. Ce critère du rapport entre l'acte conclu et l'objet social de la société est donc assez rigoureux.

201. L'article L. 271-1 du CCH reste applicable à l'acquéreur personne morale.

Il faut, tout de même, louer la décision de la Cour de cassation sur un point. En effet, les juges du fond ont repris une argumentation contestable avancée par la vendeuse selon laquelle « *le délai de rétractation voulu par le législateur est efficace pour une personne physique, qui peut rapidement réfléchir et revenir après quelques jours sur un engagement malencontreux, mais n'est pas adapté aux exigences du fonctionnement et de manifestation de la volonté d'une personne morale* ».

⁴⁸⁴ Cass., civ. 1^{re}, 23 juin 2011, n°10-30645 ; *LEDEC* septembre 2011, comm. 123, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

⁴⁸⁵ S. Bernheim-Desvaux, « Une SCI de gestion de patrimoine n'est pas un acquéreur non professionnel », *EDCO* 2013 – n°1, p. 6 et s.

Les règles de l'article L. 271-1 du CCH ne seraient ainsi pas applicables à l'acquéreur personne morale⁴⁸⁶. Cette thèse avancée par la vendeuse dans cette affaire est fort malheureusement défendue par certains auteurs⁴⁸⁷.

202. Une contradiction avec les dispositions sur le crédit immobilier ?

Le critère de l'objet social retenu ici invite à rapprocher l'article L. 271-1 du CCH à l'article L. 313-2 du Code de la consommation qui exclut du dispositif protecteur les personnes physiques ou morales qui empruntent en vue de financer une opération s'inscrivant dans le cadre de leur activité professionnelle.

Or, l'article L. 271-1 du CCH vise à protéger certaines personnes morales contre elles-mêmes, en leur permettant de se libérer, unilatéralement et sans pénalité, d'engagements qu'elles regretteraient d'avoir pris, ils s'inspirent des solutions retenues en matière de crédit immobilier où la loi poursuit un objectif qu'ils considèrent comparable⁴⁸⁸.

En effet, l'article L. 313-2, 2° du Code de la consommation prévoit que sont exclus du champ d'application du présent chapitre les prêts « *destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance* ».

Ces deux textes semblent se compléter en matière d'acquisition immobilière. Or, l'article L. 313-2 du Code de la consommation a un champ d'application assez restreint, au point que toute personne morale, en raison du principe de spécialisation, agit toujours dans le cadre de son objet social et ne pourrait donc pas bénéficier de ce texte.

203. Le critère de l'objet social : un critère restrictif.

En fondant une décision sur le critère de l'objet social, la personne morale qui gère des patrimoines serait ainsi doublement exclue de la protection du Code de la consommation et du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁸⁶ V. en ce sens, F. Cohet-Cordey, « Société civile acquéreur d'un immeuble à usage d'habitation et délai de rétractation », *AJDI* 2013, p. 374 et s.

⁴⁸⁷ D. Lepeltier, *BPIM* janvier 2002. 19, n°6; C. Bosgiraud, *Bull. Cridon* Paris, 1er octobre 2001, II, 229.

⁴⁸⁸ F. Cohet-Cordey, « Société civile acquéreur d'un immeuble à usage d'habitation et délai de rétractation », *art. préc.*

Or, selon un auteur avisé, « *la véritable question qui se pose en matière de vente immobilière n'est pas de savoir comment le droit doit protéger un non-professionnel face au professionnel mais de régler les modalités d'un équilibre ou d'un déséquilibre contractuel entre deux parties qui l'une et l'autre sont des non professionnels. De fait, le législateur a choisi de déséquilibrer le contrat de vente au profit de l'acquéreur* »⁴⁸⁹. Ce ne sont pas les connaissances techniques de l'acquéreur non-professionnel ou petit professionnel qui sont ici en cause⁴⁹⁰.

Cela implique que si le non-professionnel ou le petit professionnel agit dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé, comme un non professionnel, la protection lui due⁴⁹¹. Un objet social aussi restreint devrait le rendre éligible à la protection⁴⁹². Ces personnes morales poursuivent en principe un but et une activité réelle « *entièrement domestiques et non tournés vers le profit* »⁴⁹³. Ainsi, la gestion pour son propre compte d'un patrimoine, mobilier ou immobilier, professionnel ou privé, ne constitue pas une activité professionnelle »⁴⁹⁴.

Mais cette analyse n'est pas partagée par tous les auteurs en doctrine. Des auteurs pensent, en effet, que « *l'accomplissement de l'objet social s'apparentant à l'exercice d'une profession, une société même constituée pour une seule opération a par définition un objet social qu'elle se propose de réaliser et doit être considérée comme professionnelle* »⁴⁹⁵.

La jurisprudence continue, en effet, de fonder la protection de la personne morale sur le lien entre l'acte conclu et son objet social. Cette prise en compte de l'objet social est donc assez restrictive.

204. L'exercice d'une profession immobilière exclusif de la protection du droit de la construction et de l'habitation.

Pourtant, cette tendance a été confirmée dans un arrêt relativement récent par la même chambre civile⁴⁹⁶. En l'espèce, par une promesse synallagmatique du 19 septembre 2008, des particuliers ont vendu une villa à une société civile immobilière (SCI). La

⁴⁸⁹ H. Périnet-Marquet, *JCP* 2003. 1455.

⁴⁹⁰ V. en ce sens, F. Magnin, *LPA* 7 avril 2003. 4.

⁴⁹¹ P. Cornille, *Constr. - Urb.* 2001. 7, spéc. n° 21. Pour le *contra* v. M. Dagot, *JCP N* 2001. 912.

⁴⁹² C. Grimaldi, note sous Cass. 3^e civ., 24 octobre 2012, n°11-18774, *Déf.* 2012, p. 1288 et s.

⁴⁹³ P.-Y. Gautier, « Des limites de la personnalité morale », in *Liber amicorum P. Merle*, Dalloz, 2012, p. 293 et s.

⁴⁹⁴ D. Bert, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucobza, Fondation Varenne, coll. De thèses, vol. 55, 2011, n°220.

⁴⁹⁵ C. Blanchard, *D.* 2013, p. 280, note sous Cass. 3^e civ., 24 octobre 2012, n°11-18774.

⁴⁹⁶ Cass. civ. 3^e, 16 septembre 2014, n°13-20002.

promesse avait été faite contre le versement d'une indemnité d'immobilisation. Par lettre recommandée du 30 octobre 2008, la SCI a renoncé à la vente. Elle a alors assigné les vendeurs en restitution de l'indemnité d'immobilisation.

La cour d'appel de Montpellier a condamné les vendeurs à restituer cette somme. Les juges du fond estimaient, en effet, que « *la SCI qui a pour objet la propriété, l'acquisition, la location de tous biens ou droits immobiliers et, généralement, toutes opérations quelconques pouvant se rattacher directement ou indirectement à cet objet ou contribuant à sa réalisation a un caractère familial, n'est propriétaire que d'un seul bien, n'a jamais réalisé d'opération d'achat-revente, ne fait pas profession de l'acquisition immobilière et ne peut être qualifiée d'acquéreur professionnel* ». Un pourvoi est formé.

Dans sa décision du 16 septembre 2014, la troisième chambre civile de la Cour de cassation censure la décision des juges du fond pour violation de la loi. Elle estimait alors que « *la promesse de vente du 19 septembre 2008 avait un rapport direct avec l'objet social de la SCI* ».

Ainsi donc, la profession, exclusive de protection selon l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, s'entend, étant donné le domaine du texte, de la seule activité immobilière⁴⁹⁷.

205. Le tempérament au principe d'exclusion de l'exercice d'une profession immobilière.

L'idée selon laquelle les professionnels devraient être exclus de la protection trouve ici une limite, puisqu'en l'espèce, les juges du fond relèvent bien la SCI n'avait jamais réalisé d'opération d'achat-revente et n'était propriétaire que d'un seul bien. Or, tout professionnel s'entend de celui qui réalise à titre habituelle une certaine activité ; c'est-à-dire que c'est la répétition des actes qui confère à son auteur la qualité de professionnel. La SCI pouvait, en l'espèce être considéré comme une société dépourvue d'activité professionnelle⁴⁹⁸.

Le seul critère qui permet donc d'écarter le non-professionnel ou le petit professionnel de la protection est « *l'objet social statutaire* ». L'objet social statutaire est défini comme « *l'activité que la société se propose d'exercer et qu'elle se donne à accomplir (...)* ».

⁴⁹⁷ N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015 n°2, p. 331 et s.

⁴⁹⁸ *Loc. cit.*

C'est donc naturellement « à l'aune de ce seul objet qu'il faut déterminer si la SCI est un acquéreur non professionnel et, en aucun cas, cette qualité ne pourra lui être attribuée au regard de son activité réelle »⁴⁹⁹.

C'est pourquoi seule une protection de la personne morale fondée sur le critère du rapport direct est plus acceptable. C'est sur le fondement de ce critère que le non-professionnel bénéficie de la protection en droit de la consommation.

206. Les similitudes entre les deux notions de non-professionnel.

Le droit de la consommation protège le non-professionnel dès lors que ce dernier a conclu un acte n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle.

Ainsi le droit de la consommation fait référence à l'activité professionnelle de la personne morale pour lui refuser la protection. Le contentieux dans ce domaine ne relevant pas de discordance entre l'objet social statutaire et l'activité réelle des personnes morales qui tentent de revendiquer la qualité de non-professionnel⁵⁰⁰.

En effet, dans l'arrêt du 4 février 2016⁵⁰¹, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a accordé la protection contre les clauses abusives à un professionnel de l'immobilier. Or, c'est cette même chambre de la Cour de cassation qui refuse la protection à une SCI acquéreur d'un bien immobilier au motif que celle-ci a conclu un acte ayant un rapport direct avec son objet social⁵⁰². On peut donc se demander quelles sont les motivations réelles de la troisième chambre civile lorsqu'elle exclut la personne morale de la protection de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

En effet, il faut rappeler que l'article L. 271-1 CCH a un champ d'application défini quant à la nature des opérations concernées. Cette disposition vise les « actes ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble... ». Ces actes sont, en général, indissociables du crédit immobilier régi par le Code de la consommation. Or, les dispositions sur le crédit immobilier excluent très clairement les professionnels et les personnes morales⁵⁰³. Il serait donc difficile pour la troisième chambre civile de confondre l'acquéreur non-professionnel et le non-professionnel du Code de la consommation, étant donné que l'objectif de protection poursuivi n'est pas le même pour ces deux contractants.

⁴⁹⁹ C. Blanchard, *D.* 2013, p. 280, note sous Cass. 3^e civ., 24 octobre 2012, n°11-18774.

⁵⁰⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *art. précit.*

⁵⁰¹ Cass. 3^e civ., 4 février 2016, n° 14-29347 ; M. Storck, Note sous arrêt, *JCP N* 2016, p. 28 et s.

⁵⁰² Cass. 3^e civ., 24 octobre 2012, n°11-18774.

⁵⁰³ V. en ce sens, les articles L. 313-1 du Code de la consommation.

207. Les raisons de la protection du contractant non-professionnel.

Si l'acquéreur non professionnel est protégé contre un achat impulsif, le non-professionnel et le petit professionnel sont protégés contre les artifices d'un professionnel plus puissant. Dans le premier cas, il s'agit de protéger le contractant contre lui-même, du fait d'un achat pas suffisamment mûri, alors que dans le second cas le contractant faible est protégé contre un contractant dominant.

En tout état de cause, dès lors que le législateur a exclu expressément une certaine catégorie de contractants du champ d'application de la législation sur le crédit immobilier, le juge ne peut pas admettre indirectement cette même catégorie de contractants dans une autre protection. Il semble que de ce fait que la qualité de non-professionnel du Code de la consommation est beaucoup plus protectrice alors que celle d'acquéreur non professionnel reste circonscrite au seul domaine immobilier.

En définissant le non-professionnel comme « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* », l'article liminaire, du Code de la consommation modifié par la loi n°2017-203 du 21 février 2017, semble exclure le non-professionnel de la protection prévue pour l'acquéreur non-professionnel.

Ainsi, « *la référence au rapport direct par la Cour de cassation n'ajoute rien au critère de l'objet social pour déterminer si une société civile immobilière est protégée en cas d'acquisition d'un immeuble* »⁵⁰⁴. De même le droit de la consommation ne peut être d'aucun soutien, dès lors que le non-professionnel au sens de ce code est nécessairement une personne morale alors qu'il sera le plus souvent, voire exclusivement, une personne physique au sens de l'article L. 271-1 du CCH⁵⁰⁵.

C'est en ce sens que la notion de petit professionnel garde tout son intérêt, car dès lors que le petit professionnel n'est pas un professionnel de l'immobilier, il est indiscutablement protégé par l'article L. 271-1 CCH. Concernant le non-professionnel, la solution réside seulement une modification de cette disposition pour la rapprocher du Code de la consommation permettant de viser uniquement les consommateurs et non-professionnels au sens de l'article liminaire dudit code⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ C. Grimaldi, « Acquisition d'un immeuble par une société civile immobilière : quelle (s) protection (s) ? », *Déf.* 15/06/2016, n° 123, p. 611 et s.

⁵⁰⁵ V. Zalewski-Sicard, « Protection de l'acquéreur immobilier : les tribulations de l'article L. 271-1 du CCH », *Gaz. Pal.* 2016 n° 28, p. 52 et s.

⁵⁰⁶ *Loc. cit.*

208. Un critère envisageable : l'activité effective.

En effet, toutes les sociétés civiles n'ont pas une activité professionnelle et une société civile immobilière peut avoir un objet social mixte⁵⁰⁷. Il serait donc préférable de ne prendre en compte que « *l'activité effective* » de la société pour déterminer si elle est ou non un petit professionnel⁵⁰⁸.

Or, l'article liminaire du Code de la consommation définit désormais le professionnel 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 et pour le compte d'un autre professionnel* ».

De cette disposition, il est possible de considérer certaines sociétés civiles immobilières comme des petits professionnels « *acquéreurs non professionnels* ». Le critère du rapport direct, n'étant, en principe, plus opérant en droit de la consommation les juges devraient, selon les circonstances de chaque espèce, prendre en considération uniquement « l'activité réelle »⁵⁰⁹ de la société pour lui accorder ou non la protection.

209. Conclusion paragraphe.

En conclusion, les notions de non-professionnel et de petit professionnel excèdent bien le strict domaine du droit de la consommation et les similitudes avec l'acquéreur non-professionnel pose le problème d'une uniformisation de la définition du non-professionnel. Il est vrai que la notion d'acquéreur non professionnel semble aujourd'hui beaucoup plus large que celle du non-professionnel.

On peut donc facilement admettre que tout petit professionnel dont l'objet social n'a pas de rapport direct avec le domaine immobilier peut parfaitement avoir la qualité d'acquéreur non professionnel. En tout état de cause, il faut souligner ici que l'exclusion du « petit professionnel », notamment l'artisan ou la société unipersonnelle, de la définition légale du non-professionnel pose un réel problème.

La seule alternative étant la protection proposée par le Code civil et les autres matières du droit privé ; c'est en cela que le rapprochement de la protection du non-professionnel avec celle des non-avertis trouve toute sa place dans notre étude.

⁵⁰⁷ V. en ce sens, Cass. civ. 3^e, 16 septembre 2014, n°13-20002 ; *Déf.*, 30 novembre 2014, n°117, p. 1187 et s., note S. Becqué-Ickowicz, « Acquisition par une SCI et faculté de rétractation », *Déf.* 28 février 2013, n°111, p. 175 et s.

⁵⁰⁸ Cass. civ. 3^e, 5 juillet 2000, n° 98-20821 : *Bull. civ.* III, n° 136 ; *Déf.* 30 avril 2001, n° 37348, n°6, p. 532, obs. J. Honorat.

⁵⁰⁹ V. en ce sens, N. Thomassin, « Le vendeur en SCI, professionnel malgré lui ? », *Déf.* 2017 n° 5, p. 295 et s.

§2. LE RAPPROCHEMENT AVEC L'INFORMATION DU NON-AVERTI

210. Le cocontractant professionnel peut être non-averti.

Dans un arrêt d'une chambre mixte du 29 juin 2007, la Cour de cassation a estimé que *« prive sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil la cour d'appel qui retient qu'un établissement bancaire qui consent un crédit n'est débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur »*.

Dans cette affaire, la Cour n'avait pas précisé, *« si l'intéressé était un emprunteur non-averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts »*⁵¹⁰.

Cette décision résume la situation du non-averti qui, comme le rappelle cette chambre mixte, peut être un petit professionnel « faible » ou peut avoir les apparences d'un non-professionnel.

Le non-averti est protégé par les dispositions de l'article L. 341-1 du Code de la consommation qui prévoit que *« le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations pré-contractuelles dans les conditions fixées par l'article L. 312-12 ou, pour les opérations de découvert en compte, à l'article L. 312-85 est déchu du droit aux intérêts »*. Et l'article L. 343-5 du même Code prévoit que *« lorsque le créancier ne se conforme pas à l'obligation définie à l'article L. 333-1, la caution n'est pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée »*.

Ces obligations du prêteur sont désormais renforcées par l'article 1112-1 du Code civil qui impose un devoir d'information pré-contractuel quelle que soit la nature du rapport contractuel envisagé. Mais qu'est-ce qu'un non-averti ?

211. Une obligation d'information renforcée.

Le client non-averti ou encore profane peut se prévaloir de « l'obligation de mise en garde » du professionnel dispensateur de crédit, étant précisé que le petit professionnel emprunteur n'est pas nécessairement un emprunteur averti. Cette affirmation ne fait l'objet d'aucune contestation dès lors que le petit professionnel n'a absolument aucune expérience et qu'il démarre une activité totalement nouvelle pour lui⁵¹¹. La protection

⁵¹⁰ Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n°05-21104 - D. 2007, p. 2081 et s.

⁵¹¹ V. en ce sens, V. Avena-Robardet, « Obligation de mise en garde : « client non-averti » et « client non professionnel » ne sont pas synonymes », D. 2007, p. 1950 et s.

de l'emprunteur et de la caution passe par le partage de l'information voire, lorsque l'exposition au risque se fait plus lourde, par la mise en garde. Dûment informé et se sachant vulnérable, le non-professionnel ou le petit professionnel, est libre d'accepter le risque en connaissance de cause et le dispensateur de crédit ne pourra se voir reprocher de n'en avoir pas dissuadé son interlocuteur⁵¹².

C'est par quatre arrêts rendus le 12 juillet 2005⁵¹³ que la première chambre de la Cour de cassation a introduit une distinction entre emprunteur averti et emprunteur profane. Elle a, par la même occasion, instauré un régime de responsabilité propre à chacune de ces deux catégories. À l'égard du non-averti, la banque est tenue d'un devoir de mise en garde impliquant sa responsabilité en cas d'octroi d'un crédit excessif au regard des facultés contributives de l'emprunteur. On estime donc que, par définition, le non-averti ne connaît pas ou ne mesure pas le risque de l'emprunt ou du cautionnement.

212. Plan.

Dans la pratique, il s'agira de la caution non-dirigeante ou de l'emprunteur non professionnel. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas choisi d'établir une présomption permettant de voir dans tout professionnel un emprunteur averti ni, à l'inverse, de tenir systématiquement pour non averti tout particulier n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle⁵¹⁴. Ainsi nous verrons la réalité de la protection du non-averti (A) et nous démontrerons qu'il est possible de rapprocher cette protection de celle du non-professionnel ou petit professionnel (B).

A. La protection du non-averti

213. Distinction entre l'emprunteur « averti » et l'emprunteur « non averti ».

C'est la première chambre civile de la Cour de cassation qui, dans une série d'arrêts du 12 juillet 2005⁵¹⁵, complétés par deux arrêts postérieurs du 2 novembre 2005⁵¹⁶ et du 21 février 2006⁵¹⁷, a nettement distingué les emprunteurs « *non-avertis* » et les emprunteurs « *avertis* ».

⁵¹²https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/commerciale_cour_3420/vulnerabilite_droit_commercial_3431/vulnerabilite_emprunteur_caution_15341.html.

⁵¹³ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, n° 02-13155, Bull. 2005, I, n°324; Bull. 2005, n°325, pourvoi n°03-10770; Bull. 2005, I, n°326, pourvoi n°03-10115; Bull. 2005, I, n°327, pourvoi n°03-10921.

⁵¹⁴ Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, n°05-21104 - D. 2007, p. 2081 et s.

⁵¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, n°02-13155 ; 03-10770 ; 03-10115 ; 03-10921.

⁵¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, n°03-17443.

⁵¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, n°02-19066.

Si l'emprunteur est averti, la faute de l'établissement de crédit ne peut être établie que si elle possédait, sur ses facultés contributives, des informations que lui-même aurait ignorées⁵¹⁸.

En revanche, s'il s'agit d'un emprunteur non-averti, la seule preuve de la disproportion du prêt à ses capacités financières suffit à engager la responsabilité de l'établissement de crédit. La jurisprudence précise ainsi que le caractère non-averti de l'emprunteur s'apprécie sans considération des possibilités pour la personne de se faire conseiller. De même, il est aussi admis qu'un professionnel peut, à certaines conditions, avoir la qualité d'emprunteur non-averti.

Il appartient donc aux tribunaux de préciser si l'emprunteur a ou non la qualité de non-averti. Ainsi, même si dans les arrêts d'une chambre mixte de 2006, la Cour de cassation ne le précise pas expressément, il incombe à la banque de vérifier si son client non-professionnel ou petit professionnel appartient à l'une ou l'autre des deux catégories. Dans le cadre d'un litige, il lui appartiendra de prouver que son client, parce qu'il était averti, n'était pas créancier d'un devoir de mise en garde⁵¹⁹. Il n'existe donc aucune présomption de personne avertie ou non-avertie.

Il faut néanmoins préciser, qu'en l'espèce, l'avocat général avait proposé de poser comme présomption que les emprunteurs, à titre professionnel, avaient la qualité d'averti. Mais cette présomption n'a fort heureusement pas été retenue.

214. Précisions sur la catégorie des emprunteurs non-avertis.

Dans l'arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation en date du 29 juin 2007, une caisse régionale de crédit agricole avait consenti à un agriculteur, pour les besoins de son exploitation agricole, entre 1987 et 1988, puis entre 1996 et 1999, seize prêts. L'agriculteur était, au 30 juin 1998, propriétaire d'un cheptel d'une valeur dépassant le montant total des emprunts. Il était, en outre, acquis que les trois prêts octroyés en 1987 et 1988 avaient été régulièrement remboursés jusqu'en 2000 et 2001. Des échéances étant demeurées impayées, la Caisse a assigné en paiement M. X, qui a invoqué un manquement du prêteur à ses obligations.

La cour d'appel de Dijon avait rejeté les prétentions de l'agriculteur au motif que « *la caisse avait accepté les dossiers de crédit après avoir examiné les éléments comptables de l'exploitation et de l'état du patrimoine de l'agriculteur* ». Elle affirmait alors qu'il

⁵¹⁸ R. Chendeb, « Devoir de mise en garde du banquier à l'égard d'emprunteurs non-avertis : les précisions d'une chambre mixte », *Petites affiches* 2007, n°240, p. 22 et s.

⁵¹⁹ D. Legeais, « Devoir de mise en garde envers l'emprunteur et la caution non avertis », *RTD com.* 2007, p. 579 et s.

n'était « pas démontré que le taux d'endettement de l'agriculteur qui avait d'ailleurs baissé, ait jamais été excessif, l'entreprise n'étant pas en situation financière difficile ». Qu'en outre, « l'agriculteur ne rapportait pas la preuve que les crédits auraient été disproportionnés par rapport à la capacité financière de l'exploitation agricole et que l'établissement bancaire qui consent un prêt n'est débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur ».

La Cour de cassation avait alors censuré cette décision pour manque de base légale en estimant que la cour d'appel « n'avait pas précisé si l'agriculteur était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts ».

Cette analyse de la cour d'appel confirmait pourtant la qualification de l'agriculture en droit de la consommation, puisque celui-ci est considéré comme un professionnel. Néanmoins, par cette décision, la Cour de cassation souhaitait affirmer que la qualité de non-averti n'est pas forcément liée à la nature de l'activité exercée par le contractant faible.

215. Le rôle du juge dans la qualification du non-averti.

Il appartient donc aux tribunaux de vérifier la qualité de non averti et, en tout état de cause, il incombe à l'établissement de crédit de rapporter la preuve que le crédit consenti n'était pas excessif. La solution contraire aurait, en réalité, ruiné la construction jurisprudentielle, car il aurait été pratiquement impossible pour un emprunteur de rapporter cette preuve. L'établissement de crédit devait déjà rapporter la preuve qu'il avait exécuté son devoir préalable de se renseigner sur les capacités de remboursement actuelles et prévisibles de son client⁵²⁰. Or, cette chambre mixte ne définit pas le devoir de mise en garde. C'est dans un arrêt du 8 juin 2004⁵²¹ que la première chambre civile de la Cour de cassation a défini le devoir de mise en garde du banquier, en le distinguant des autres devoirs du banquier.

Ainsi le devoir d'information du banquier qui consiste à fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par les moyens adéquats⁵²². Le devoir de conseil consiste pour le banquier à orienter positivement le cocontractant dans la

⁵²⁰ *Loc. cit.*

⁵²¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 166.

⁵²² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1992, p. 427.

décision qu'il va prendre ; une incitation à agir, à réaliser ou non une opération déterminée, à conclure ou non un contrat et négatif (conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi)⁵²³.

Le devoir de mise en garde se différencie du devoir de conseil lequel suppose une certaine immixtion du banquier dans les affaires de son client pour l'aider à orienter positivement son choix »⁵²⁴. Ainsi, le devoir de mise en garde se distingue, d'une part, du devoir d'information lequel consiste à délivrer des renseignements impersonnels sans que la banque ne s'implique et, d'autre part, du devoir de conseil en ce que l'établissement n'a pas l'obligation de refuser un crédit qu'il analyse comme excessif. Le principe établi par la jurisprudence est donc bien clair : la banque est tenue de mettre en garde son client « non-averti », s'il existe un risque d'endettement particulier dont la preuve incombe au client⁵²⁵. En présence de co-emprunteurs solidaires, la situation financière doit être appréciée au regard des capacités financières cumulées des codébiteurs et non séparément pour chaque emprunteur⁵²⁶.

216. Le devoir de mise en garde.

Le devoir de mise en garde consiste, pour le banquier, à avertir son client sur la nature, la portée et les risques particuliers de leurs engagements. Ce devoir comporte un devoir de se renseigner, un devoir d'alerter le client sur le risque de non-remboursement et le devoir ne pas accorder un crédit excessif⁵²⁷.

Dans la notion même de crédits excessifs il faut distinguer entre différents crédits. Il existe des crédits excessifs qui n'ont pratiquement aucune chance d'être remboursés. Il n'est pas dans l'intérêt de la banque de les accorder. Il existe d'autres crédits qui, à première analyse, semblent difficilement remboursables mais qui peuvent l'être si l'emprunteur a un tempérament de fourni ou si les circonstances s'avèrent particulièrement favorables (cas d'une entreprise qui rencontre un succès difficilement envisageable au départ)⁵²⁸.

⁵²³ L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, n° 168.

⁵²⁴ Rapport de Mme Betch, conseiller rapporteur, pourvoi n° 05-21104 ; G. Cornu, *La responsabilité du gestionnaire de patrimoine*, Litec, aff. Finance 2006, n° 374.

⁵²⁵ Cass. com., 15 février 2011, n° 09-16526 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, n°08-11221, *Bull. civ. I*, n° 36.

⁵²⁶ Pour un crédit à la consommation, mais la solution est transposable à un crédit immobilier, v. not. Cass. civ. 1^{re}, 10 septembre 2015, n°14-18851

⁵²⁷ D. Legeais, « Devoir de mise en garde envers l'emprunteur et la caution non avertis », *RTD com.* 2007, p. 579 et s.

⁵²⁸ *Loc. cit.*

Dans ce dernier cas, il semble admissible de considérer que l'établissement de crédit puisse accorder son crédit à la condition d'avoir informé l'emprunteur du risque de non remboursement. La même information doit être communiquée à la caution⁵²⁹. Dans ce cas, l'emprunteur est « averti » des risques d'un surendettement ; il ne pourra donc invoquer la protection du non-averti à son profit. En outre, la banque n'a pas non plus l'obligation de mise en garde des emprunteurs sur les effets de la solidarité dans le cadre d'une séparation future⁵³⁰.

En revanche, lorsque le prêt est accordé à un emprunteur averti ou bien se relève adapter aux capacités financières de l'emprunteur même non-averti, l'endettement est régulier et la banque n'est tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur⁵³¹, ce devoir de mise en garde n'existant qu'en cas de crédit excessif⁵³² ou de montage complexe et inadapté à des clients non-avertis⁵³³ ou si la banque est en mesure de constater l'existence d'un risque caractérisé né de l'octroi des prêts⁵³⁴.

217. La caution, un contractant faible par nature ?

L'article 2288 du Code civil dispose que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ».

La caution est donc par nature un contractant faible. Sa protection est justifiée par le risque réel lié à son engagement irréfléchi. Il s'agit d'un engagement unilatéral qui l'oblige dès lors que le créancier donne son accord. Le législateur trouve a donc décidé de protéger la caution contre tout engagement irréfléchi de sa part par la mise en place d'un « formalisme » protecteur⁵³⁵.

Le cautionnement est, en effet, la seule sûreté personnelle dont la particularité est son caractère accessoire ; il s'agit d'une sûreté accessoire⁵³⁶. Elle vient toujours au soutien d'une obligation principale contractée par un débiteur ; ce qui donne au contrat de

⁵²⁹ *Loc. cit.*

⁵³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2015, n°14-20583.

⁵³¹ Cass. com. 5 novembre 2013, n° 11-27400 ; Cass. com., 27 novembre 2012, n°11-19311 ; Cass.com., 6 décembre 2011, n°10-24268, *RD bancaire et fin.* 2012, n°2, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; Cass.civ. 1^{re}, 17 décembre 2009, n° 08-12783, *JCP E* 2010, n°4, 1068, obs. D. Legeais.

⁵³² Cass. com., 23 septembre 2014, n°13-22475 ; Cass. Civ. Ire, 19 novembre 2009, n°08-13601, *JCP E* 2009, n°2140, obs. D. Legeais.

⁵³³ CA Bordeaux, 1^{re} ch. Civ., 20 février 2012, SAS Auvergne c/CRCRAM Aquitaine.

⁵³⁴ Cass. com. 21 février 2012, n° 11-11270 ; Cass. com., 11 décembre 2012, n° 11-25876.

⁵³⁵ V. not. H. Davo, « Le formalisme bancaire et protecteur du consommateur », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 329 et s., spéc. p. 333 et 334. Pour une analyse approfondie sur le formalisme informatif, v. not. A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 597 et s.

⁵³⁶ V. not. D. Fenouillet, « Cautionnement », *RDC* 2004/2, p. 304 et s.

cautionnement une structure mettant en scène trois contractants : le débiteur, le créancier et la caution.

À la différence des deux premiers, la caution s'engage unilatéralement ; c'est-à-dire qu'il décide de payer en cas de défaillance du débiteur.

218. La législation sur la protection de la caution non-avertie.

Dans l'étude du cautionnement, on considère que la caution, personne physique bénéficiaire de dispositions protectrices, n'intervient pas pour les besoins d'une activité professionnelle lors de son engagement⁵³⁷.

Ainsi, la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention du surendettement, était destinée à protéger les seules cautions personnes physique ayant souscrit auprès d'un organisme bancaire une opération de crédit. Elle a créé dans le Code de la consommation les articles L. 343-1 à L. 343-6 sur le cautionnement. La question qui se pose est de savoir si la caution non-avertie n'a que la qualité de consommateur ou si d'autres contractants peuvent être qualifiés de cautions non-averties ?

En effet, jusqu'en 2006 la chambre commerciale de Cour de cassation retenait une conception stricte de la caution avertie. Tout dirigeant de société ou d'entreprise disposant de toutes les informations lui permettant d'apprécier le risque de l'opération financée, était assimilé à une caution avertie. Il existait une sorte de présomption de caution avertie sur les dirigeants de société⁵³⁸. C'est par une décision du 29 juin 2007 qu'une chambre mixte de la Cour de cassation a fait sauter ce verrou en décidant de ne pas systématiser cette conception stricte de la caution avertie.

219. La protection par l'information de la caution.

La protection de la caution passe avant tout par le partage de l'information ou tout au plus, lorsque le risque lié à l'engagement est plus élevé, par la mise en garde. En effet, on estime tout simplement que l'une des parties au contrat sait les conséquences réelles liées à la non-exécution de l'obligation contractuelle. Pour pallier à tout engagement irréfléchi ou hasardeux, il n'a pas simplement une obligation mais il est contraint de

⁵³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, *RTD com.* 1992, p. 457, obs. B. Bouloc; *CCC.* Juin 1992, n°123, obs. G. Raymond ; *D.* 1992, *Somm.*, p. 406, obs. E. Fortis ; Paris, 8 octobre 1999, *D.* 2000, *AJ*, p. 45. Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 145 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2001, *RTD com.*, 2001, p. 781, obs. G. Paisant ; *Contrats Conc. Consom.* Janvier 2001, n°150, obs. G. Raymond ; *D.* 2001, *AJ*, p. 1243, obs. C. Rondey.

⁵³⁸ *JCP G* 2012, n°20, « Droit des sûretés » ; *JCP G* 2012, n°23, « Disproportion du cautionnement et âge de la caution dirigeante », p. 688 et s.

prévenir son cocontractant des risques qu'il court. En effet, il a l'obligation de veiller en quelque sorte sur le consentement de son contractant.

L'objectif étant que le consentement soit libre et non pas des obligations équilibrées, il doit faire preuve de bonne foi en fournissant à son cocontractant l'information nécessaire et suffisante capable de déterminer ou pas sa décision de s'engager. Le créancier ne doit donc pas privilégier la conclusion du contrat mais la transparence dans la conclusion de ce dernier et c'est à ce seul titre qu'il peut prétendre avoir une créance certaine et valable sur la caution.

220. La mise en garde de la caution contre les risques du crédit.

Le mécanisme de la protection de la caution non-avertie est à cet effet assez simple. Pour prétendre à une créance valide, le créancier doit créer les conditions nécessaires pour la rendre valide. Il ne doit pas simplement renseigner son cocontractant, mais il doit fournir à ce dernier l'information sur le risque réel qu'encourt ce dernier. C'est-à-dire qu'il aura l'obligation d'exposer à la caution non seulement les éléments de l'engagement du débiteur, mais également les risques potentiels et avérés liés à son engagement de couvrir le défaut de paiement de la caution.

Il est donc intéressant de distinguer la caution avertie de la caution non-avertie.

221. Distinction entre caution avertie et non-avertie.

La compréhension de la qualité de caution non-avertie passe par sa comparaison avec la caution avertie. En réalité, la jurisprudence n'a pas donné de définition de la caution non-avertie, mais plutôt une définition de la caution avertie. La définition de la caution non-avertie se fait donc par opposition à la définition de la caution avertie. La Cour de cassation estime : « *que la caution avertie est celle qui, par ses compétences et par son implication directe et effective dans la gestion de la société est en état de mesurer l'existence et l'importance de l'engagement qu'elle a souscrit* »⁵³⁹.

La limite de cette définition tient au fait qu'elle ne vise que la caution dirigeant de société. Le simple fait d'avoir des liens avec la société ou de travailler dans la société cautionnée n'est donc pas suffisant pour être qualifié de caution avertie⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-14039.

⁵⁴⁰ Il en va de la compagne du débiteur, comme dans un arrêt récent, Cass. com., 12 octobre 2012, n° 11-28331. En l'espèce, la Cour de cassation a affirmé que la responsabilité n'est applicable qu'au profit de la caution non-avertie ayant un créancier professionnel, c'est-à-dire celui qui a une créance née dans l'exercice de sa profession. Et de poursuivre, « ainsi en va-t-il en l'espèce de la concubine ». Même si elle est intéressée aux fruits de l'entreprise parce qu'elle partage la vie de son dirigeant, elle n'est pas impliquée dans la vie de l'entreprise dès l'instant qu'elle n'est ni collaborateur, ni associé de l'entreprise de son compagnon.

222. Le caractère non-averti de la caution.

Pour qualifier une caution de non-avertie il faut au préalable examiner sa situation au regard de deux attributs essentiels liés à la nature de l'opération contractuelle. En effet, comme dans tous les contrats, il y a effectivement un engagement de la part de chacune des parties. Il s'agit donc essentiellement d'opérations pécuniaires ou patrimoniales ; il est donc nécessaire de savoir dans quelle mesure et à quel degré une caution peut se porter garant de la dette du débiteur. C'est-à-dire que le rapport de proportionnalité entre le patrimoine de la caution et l'importance de son engagement est l'un des éléments pris en compte dans l'attribution de la qualité de caution non-avertie.

Mais cet élément à lui seul reste insuffisant et les tribunaux, appelés en pratique à se prononcer sur la qualité de caution avertie ou non, la complètent souvent par un autre élément caractéristique lié à l'opération contractuelle ; sans lien véritable avec le patrimoine du débiteur. C'est le critère de la compétence.

223. Engagement disproportionné de la caution.

Pour pouvoir engager la responsabilité civile du créancier pour cautionnement excessif, la caution doit rapporter la preuve de la disproportion manifeste entre son engagement et son patrimoine. Cette disproportion « *est souverainement appréciée par les juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci n'a cependant pas fixé de critère, ce qui explique les solutions divergentes des juridictions de fonds* »⁵⁴¹.

Voici en quelque sorte comment on peut résumer le problème de la disproportion de l'engagement de la caution. Cette analyse de Madame Isabelle Riassetto nous permet de mesurer l'étendue de la qualification du caractère disproportionné dans la jurisprudence. La sanction du banquier dispensateur de crédit sera donc la déchéance du droit au crédit ou la réduction du droit aux intérêts⁵⁴².

224. Caractère disproportionné de l'engagement de la caution.

Le caractère disproportionné de l'engagement de la caution se rapporte, en pratique, essentiellement à la caution profane, c'est-à-dire la caution qui bénéficie d'une présomption d'incompétence dans l'opération contractuelle donnée.

⁵⁴¹ I. Riassetto, « Caution avertie et disproportion : méthodes d'appréciation des conditions », *Revue des sociétés* 2012, spéc. p. 44 et s. V. aussi, *JCP G* 2012, n°23, « Disproportion du cautionnement et âge de la caution dirigeante », p. 688 et s.

⁵⁴² V. en ce sens, B. Boulloc, « La perte du droit aux intérêts », in *Etudes de droit de la consommation Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 81 et s.

Cependant, cette présomption d'incompétence à lui seul ne suffit pas pour le déclarer caution non-avertie. Il faudrait pour cela qu'il soit également constaté qu'il a contracté un engagement disproportionné par rapport à ses ressources. La caution profane est créancière automatiquement d'un devoir de mise en garde lorsqu'elle s'engage à contracter un cautionnement. Ainsi à l'égard de la caution profane, la banque est tenue d'un devoir de mise en garde impliquant sa responsabilité en cas d'octroi excessif de crédit au regard des facultés contributive de l'emprunteur.

Toutefois, ce devoir de mise en garde du banquier peut s'appliquer également au professionnel incompetent. L'incompétence reste donc un facteur essentiel dans la protection du non-averti.

225. Les critères de détermination de la disproportion.

Le caractère disproportionné de l'engagement de la caution s'analyse au regard de critères liés, d'une part aux ressources de celui-ci et d'autre part, éventuellement, aux conditions physiques de la caution, notamment l'âge. En pratique la jurisprudence consacre le caractère disproportionné par rapport surtout aux ressources (revenus et patrimoines), comme le démontre bien cet arrêt du 05 avril 2011⁵⁴³.

Il appartient au banquier de s'assurer que la caution proposée par l'emprunteur est avertie en matière de crédit, c'est-à-dire qu'elle a conscience et connaissance du risque d'endettement. S'il constate que la caution est un profane il doit la mettre en garde ou même refuser son engagement. Le devoir de mise en garde du banquier n'est pas automatique. Il s'agit d'une obligation contre le risque d'endettement qui ne s'impose au banquier que lorsque le patrimoine de la caution est manifestement insuffisant pour couvrir le remboursement du crédit garanti sans qu'elle ne s'endette. Il appartient à cet effet, au juge de vérifier l'allégation de disproportion soutenue par la caution.

226. Illustration de la disproportion de l'engagement de la caution.

Dans un arrêt du 05 avril 2011, la caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc (la caisse), avait consenti à la société DVO concept (la société) un prêt de 400 000 euros, garanti par le nantissement du fonds de commerce de la société ainsi que celui d'un compte titres d'un montant de 40 031 euros au 23 mars 2005 ouvert au nom de la société. À cela s'ajoutait le cautionnement de la Sofaris à concurrence de 50% et le cautionnement solidaire de M. X (la caution) à concurrence de la somme de

⁵⁴³ Cass. com., 05 avril 2011, n° 10-18106

480000 euros. La société ayant été mise en redressement puis en liquidation judiciaire les 20 mars et 29 novembre 2006, la caisse a déclaré sa créance puis a assigné en paiement la caution qui s'est prévaluée des dispositions de l'ancien article L. 341-4 du code de la consommation⁵⁴⁴.

Pour la Cour de cassation, une bonne application de ce texte passait par l'appréciation de la disproportion lors de la conclusion de l'engagement au regard du montant de l'engagement et des biens et revenus de la caution. L'analyse de la disproportion de l'engagement de la caution se fait de façon linéaire ; c'est-à-dire qu'il faut procéder par élimination sans forcément respecter un ordre hiérarchique. L'importance du revenu de la caution ne suffit pas pour qu'elle soit déclarée comme caution avertie. Encore, faut-il prouver que l'importance de ses revenus était réelle au jour de la prise de l'engagement par la caution.

Il faut toujours apprécier la disproportion dans l'engagement de la caution avant de vérifier la compétence professionnelle de celle-ci. La Cour de cassation rappelle que *« le caractère disproportionné de l'engagement souscrit s'apprécie au regard des seuls biens et ressources de la caution à la date de son engagement »*⁵⁴⁵.

227. L'appréciation de la disproportion.

Pour établir la disproportion, il est important de comparer le montant total de l'engagement de la caution, en tenant compte de son caractère solidaire ou non avec un état complet de son patrimoine. La caution pourra produire ou faire produire le questionnaire d'évaluation patrimoniale que le créancier lui aura fait remplir. À l'image du banquier dispensateur de crédit ou prestataire de service d'investissement, le créancier qui sollicite une caution est tenu d'une obligation de se renseigner pour « connaître » sa caution, afin de ne pas lui réclamer un engagement disproportionné et pour la mettre en garde contre les risques.

Tous les éléments subjectifs ou objectifs ayant un rapport avec le patrimoine de la caution, comme le régime matrimonial, sont également utiles à l'évaluation de la disproportion. La disproportion doit être flagrante, en ce sens qu'elle doit sauter presque immédiatement aux yeux du créancier normalement diligent. L'appréciation

⁵⁴⁴ L'ancien article L. 341-4 du Code de la consommation disposait qu'*« un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation »*.

⁵⁴⁵ Cass. com., 24 avril 2009, n° 08 : 10183.

de la disproportion manifeste relève du pouvoir souverain des juges du fond comme le démontre un arrêt de 2011⁵⁴⁶.

En l'espèce, la Cour de cassation s'était contentée d'affirmer que les époux cautions étaient « propriétaires de deux immeubles » et que « *les prêts cautionnés étaient destinés à financer l'acquisition d'un immeuble par la SCI* », pour décider que « *la Cour d'appel a ainsi fait ressortir que les engagements n'étaient pas manifestement disproportionnés au regard de leur patrimoine* ».

Le rapport de deux immeubles contre un en faveur des cautions suffit à exprimer l'évidence de la disproportion de leur engagement par rapport à leur patrimoine. Or, en l'absence de précision sur la valeur de ces deux immeubles, sur l'existence d'hypothèques voire de clause d'inaliénabilité les grevant, et surtout sur les charges pesant sur les époux, il était difficile de vérifier la disproportion en l'espèce.

B. Le rapprochement entre la protection des non-avertis et celle du non-professionnel ou du petit professionnel

228. Le fondement du rapprochement.

Le rapprochement entre le non-averti et le non-professionnel est fondé sur leur incompétence dans le où ils contractent.

Le critère de la compétence professionnelle, qui a permis un temps de définir le non-professionnel, n'est plus utilisé par la jurisprudence.

La nouvelle définition donnée par l'article liminaire du Code de la consommation assimile la personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles au consommateur.

La seule différence réside dans le fait que le non-professionnel est une personne morale et le consommateur une personne physique. Or, en assimilant la personne morale dépourvue d'activité professionnelle au consommateur, on reconnaît à ceux deux contractants faibles. Or, le consommateur est par définition un incompetent, voire un incapable⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Cass. com., 1^{er} février 2011, n° 09-70162.

⁵⁴⁷ « Le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité », in J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 20^e éd. 1996, n°3. – Malaurie, *Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle*, in Mél. Cabrillac, 1999, p. 195. – En ce sens, J. Beauchard, *Remarques sur le Code de la consommation*, in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, n°29.

L'incompétence est donc le trait commun dans l'identification du non-professionnel et du non-averti. Toutefois, cette analyse n'exclut pas le petit professionnel faible car le non-averti peut être un professionnel incompetent dans le domaine de la finance.

229. Le critère de la compétence de la caution non-avertie.

La compétence professionnelle est un élément de la détermination de la disproportion de l'engagement de la caution. Le même critère de la compétence professionnelle qui a été utilisé dans les premiers arrêts qui ont accordé la protection au professionnel faible en le qualifiant de non-professionnel. Ce critère est utilisé si la présomption de la qualité de caution non-avertie n'est pas établie ; c'est-à-dire que l'emprunteur ou la caution n'est pas un consommateur, un profane. Le contractant faible qui n'a aucune compétence professionnelle particulière dans le domaine de la finance est assimilé à un contractant faible. Cette exigence est clairement soulignée par les tribunaux dans différentes arrêts relatifs à la qualification de contractants en non-avertis.

230. Exemple-1.

Par exemple, dans un arrêt du 22 mai 2013, la Cour de cassation estimait que « ...*la caution avertie est celle qui, par ses compétences et par son implication directe et effective dans la gestion de la société est en état de mesurer l'existence et l'importance de l'engagement qu'elle a souscrit...* »⁵⁴⁸.

Le critère de la compétence professionnelle est complété par un autre critère dans la qualification des contractants en non-averti. En tout état de cause, le non-averti peut être un petit professionnel ou un non-professionnel dès lors que c'est une personne morale ou un professionnel de petite taille qui contracte en dehors de son domaine de compétence. Le rapprochement entre les notions de non-professionnel ou de petit professionnel et de non-averti est donc clairement établi.

Ainsi, tout petit professionnel peut être un non-averti *a fortiori* une personne morale qui agit à des fins non professionnelles.

231. Exemple-2.

Ce n'est pas parce que la caution est un professionnel qu'un tribunal ne doit pas vérifier la proportionnalité de son engagement avec ses revenus propres. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 juillet 2012⁵⁴⁹. Dans l'espèce, les juges du fond

⁵⁴⁸ Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-14039.

⁵⁴⁹ Cass. com., 10 juillet 2012, n°11-16355.

avaient condamné la caution au paiement d'une certaine somme à la banque au motif que « *celle-ci ne peut prétendre être profane et que, n'ayant jamais prétendu que la banque avait eu sur ses revenus, son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état de la société, des informations qu'elle-même aurait ignorées, elle n'est pas fondée à rechercher la responsabilité de la banque pour s'être fait consentir un cautionnement disproportionné* ».

Les hauts magistrats avaient alors censuré la décision des juges du fond qui n'avaient pas recherché « *comme elle y était invitée, si l'engagement de la caution n'était pas manifestement disproportionné par rapport à ses capacités financières, la cour d'appel, dès lors que le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de ce texte, a privé sa décision de base légale* ». La compétence du petit professionnel personne physique ne doit pas conduire le tribunal a refusé toute vérification de la disproportion entre l'engagement de la caution et ses capacités financières.

Ce ne sera donc pas seulement le consommateur ou non-professionnel (incompétent) qui sera protégé ; le petit professionnel qui a accepté un engagement manifestement au-dessus des moyens le sera aussi. Après avoir constaté que la caution, petit professionnel, est compétente dans une affaire donnée, le juge est obligé de vérifier le caractère proportionné ou non de l'engagement de ce petit professionnel.

232. La sanction du manquement au devoir de mise en garde du non-averti.

Toutefois, l'état d'incompétence de la caution lui permet de bénéficier en amont de l'obligation de mise en garde du banquier, qui, en cas de manquement à cette obligation sera déchu des intérêts légaux⁵⁵⁰.

Or, la mise en cause de la responsabilité du dispensateur de crédit qui manquerait à ses obligations n'a pas pour objet de lui faire supporter l'intégralité du risque pris. La jurisprudence considère que la faute d'un établissement bancaire consistant en un manquement à son obligation d'éclairer son client sur les risques éventuels privé seulement ce dernier d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et ceci en ce qui concerne la mise en garde due par les prestataires de services d'investissement⁵⁵¹ que celle due aux emprunteurs ou aux cautions non averties⁵⁵².

⁵⁵⁰ V. en ce sens, B. Bouloc, « La perte du droit aux intérêts », in Etudes de droit de la consommation Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 81 et s. V. aussi, Ph. Delebecque, « Sanction de l'obligation d'information du banquier vis-à-vis de ses cautions », *Bull. Joly Sociétés* 01/06/1992, n°6, p. 679 et s.

⁵⁵¹ Com. 9 avril 2002, n° 97-13093. Com. 10 octobre 2000, n° 97-20516.

⁵⁵² Com. 20 octobre 2009, n° 08-20274.

Cette perte de chance constituant « *un préjudice distinct de celui résultant des opérations réalisées* », la réparation ne peut par conséquent correspondre au montant des concours consentis. Ainsi, dans le système mis en place par la jurisprudence, le créancier pouvant notamment obtenir, même en cas de cautionnement disproportionné, un remboursement partiel de sa créance à proportion des facultés réelles de la caution. Il est en revanche autrement dans le système mis en place par la loi du 1er août 2003.

233. La caution dirigeant d'entreprise.

Le débat sur le critère de la compétence en la matière est particulièrement intéressant s'agissant de la situation des gérants de société, qui sont souvent considérés comme présumés compétents et donc ne pouvant pas être qualifiés de non-avertis.

L'expérience professionnelle en qualité de gérant de société peut, certes, conférer la qualité de caution avertie à ce dernier. Néanmoins il n'est pas avéré que tout gérant de société soit, dans tous les cas, une caution avertie. En effet, si le plus souvent les dirigeants d'entreprise sont considérés comme avertis, leur profession peut tout à fait ne pas leur conférer de compétences ou connaissances particulières en matière de cautionnement.

De même, il ne suffit pas d'être un professionnel pour être qualifié de caution avertie. Cela signifie que le professionnel d'une spécialité différente peut être qualifié de non-averti. Ainsi, dans un arrêt du 29 juin 2007 une chambre mixte de la Cour de cassation avait censuré la décision d'une cour d'appel qui n'avait pas précisé si la caution était ou non avertie. En l'espèce, par acte du 30 janvier 1989, une banque avait consenti un prêt commercial à des époux Y. A la suite d'échéances non payées et la déchéance du terme ayant été prononcée, la banque a déclaré sa créance au passif de la liquidation judiciaire de M. Y et a été autorisée à pratiquer une saisie des rémunérations de Mme Y en paiement des sommes restant dues. Mme Y s'est prévaluée d'un manquement de la banque à son obligation d'information des risques qu'elle avait pu encourir alors qu'elle était institutrice et n'avait jamais eu d'activité artisanale ou commerciale.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait alors rejeté la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Y, en estimant que « *les co-emprunteurs étaient en mesure d'appréhender, compte tenu de l'expérience professionnelle de M. Y et n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients et ne possédait pas d'information que ceux-ci ignoraient* ».

Cette décision avait alors été censurée. Il ne suffit donc pas d'être dirigeant de société ou professionnel pour être qualifié de caution avertie.

234. La qualité de professionnel de la caution dirigeant d'entreprise non-averti.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 18 janvier 2017, que « *les fonctions de responsabilité, qui nécessitent des compétences techniques et commerciales et l'implication de la caution, personnellement chargée de la constitution et du suivi des dossiers de financement, justifient que la caution engagée soit qualifiée de caution avertie et ne bénéficie pas du devoir de mise en garde* ».

Dans cet arrêt, la Cour de cassation se fonde sur deux critères cumulatifs pour qualifier une caution d'avertie.

Le premier critère est incontestablement le fait que la caution soit un professionnel ou exerce une activité professionnelle, sachant que, comme nous l'avons vu, ce critère à lui seul n'est pas suffisant. Dans l'arrêt du 18 janvier 2017, la Cour de cassation avait constaté par exemple que la caution avait une « *formation spécifique à la reprise d'entreprise* ».

Le second critère tient à l'expérience ou aux compétences particulières de la caution. Toujours dans le même arrêt, la Cour de cassation a relevé que la caution s'était « *personnellement chargée de constitution et du suivi des dossiers de financement en vue de l'opération de la reprise complexe qu'il a montée ainsi que des négociations nécessaires à l'obtention des financements* ».

Ce second critère suppose donc une implication personnelle du dirigeant dans l'activité exercée. Puisque la qualité de professionnel implique une certaine compétence, les deux critères de qualification de la caution avertie sont donc « *la compétence requise et l'implication avérée* »⁵⁵³ de la caution dirigeante d'entreprise. Le critère de la compétence permet ici de rapprocher les notions de non-professionnel et de non-averti. Une analyse *a contrario* permet donc d'affirmer que le dirigeant d'entreprise peut être qualifié de non-averti si les deux critères ne sont pas respectés. La qualité de caution avertie ne peut donc pas se déduire de la seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale⁵⁵⁴. Ainsi, en présence d'un non-averti, l'établissement de crédit a ce devoir de mise en garde dont la violation engage sa responsabilité.

⁵⁵³ V. en ce sens, C. Albiges « Critères de la caution dirigeante avertie et devoir de mise en garde », *Gaz. Pal.* 2017, n° 8, p. 29 et s.

⁵⁵⁴ Cass. com. 22 mars 2016, n° 14-20216.

SECTION II. L'INFÉRIORITÉ TECHNIQUE DU NON-PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

235. Une faible technique relative.

Si la situation, du contractant professionnel, peut être caractérisée par son infériorité technique c'est à la condition que les contractants aient utilisé une technique contractuelle particulière.

Autrement dit, la protection du professionnel faible peut trouver sa cause dans la technique employée ou dans le support contractuel proposé par le pollicitant. C'est-à-dire que le contrat, en tant qu'acte, peut prendre une forme particulière de sorte que son auteur aura toutes les marges de manœuvre pour manipuler le contrat à son profit ; quand l'outil contractuel utilisé n'est pas de nature à rendre vulnérable son cocontractant.

Dans tous les cas, le manque de maîtrise du contenu et des modalités du contrat en raison de la technique utilisée rend le non-professionnel ou le petit professionnel aussi démuni qu'un simple consommateur.

C'est ici que nous pouvons distinguer clairement le petit professionnel du non-professionnel. Puisque, si la spécificité du premier par rapport au second, est qu'il est protégé en raison de sa faiblesse économique présumée⁵⁵⁵; sa faiblesse technique n'est donc que relative. En revanche, le non-professionnel a d'abord été identifié comme un « professionnel-consommateur »⁵⁵⁶. C'est la raison pour laquelle, la faiblesse technique du non-professionnel est similaire à celle du consommateur (§2), ce qui nous amena à définir cette technique, source de sa faiblesse (§1).

⁵⁵⁵ V. not. B. Fauvarque-Cosson, « Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « Unfair Terms in Contracts » des Law Commissions anglaise et écossaise », *RDC* 2005/3, p. 891 et s.

⁵⁵⁶ N. Gilda, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur : « application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

§1. L'IDENTIFICATION DE LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE SOURCE DE FAIBLESSE

236. La forme contractuelle source de faiblesse du non-professionnel.

La technique contractuelle source de la faiblesse du contractant vulnérable peut prendre la forme d'un contrat type utilisé par le professionnel pollicitant⁵⁵⁷ ou prendre la forme d'un support contractuel nécessaire à la conclusion du contrat.

Le contrat d'adhésion est en soi une technique contractuelle particulière. Elle s'apparente souvent aux contrats standardisés⁵⁵⁸. Il s'agit d'une technique contractuelle particulièrement source de déséquilibre du contrat au détriment de celui qui adhère à l'offre.

La loi allemande relative aux conditions générales contractuelles du 9 décembre 1976 avait pour vocation de prendre en compte l'évolution de la technique contractuelle et notamment du recours aux contrats d'adhésions et aux clauses standardisées⁵⁵⁹.

L'utilisation des contrats d'adhésion ou des clauses standardisées peuvent être sources d'abus dont peut être victime le non-professionnel ou le petit professionnel⁵⁶⁰. En effet, il s'agit de techniques qui ont pour conséquence de désaxer le contrat au profit du professionnel pollicitant.

Cela est particulièrement illustré lorsque le contrat d'adhésion contient des conditions générales de ventes ou lorsqu'il s'agit de contrats standardisés. L'utilisation des conditions générales dans le but de camoufler des clauses abusives a pour conséquence la création d'une situation de faiblesse technique du non-professionnel qui ne peut que se soumettre ou refuser de contracter. Dans les deux cas, il est victime du fait qu'il n'a pas la maîtrise du contrat que lui propose le professionnel.

Ces contrats qui sont caractérisés par l'absence de négociation, ne permettent pas au non-professionnel de mesurer réellement la portée de son engagement⁵⁶¹.

237. Le concours de deux situations de faiblesse.

Cette situation de faiblesse technique est généralement le corolaire d'une faiblesse économique du non-professionnel face à un professionnel économiquement puissant. Ici, la faiblesse économique et la faiblesse technique se recoupent puisque l'une

⁵⁵⁷ Le pollicitant est l'auteur de l'offre de contracter.

⁵⁵⁸ Voir en ce sens, G. Lardeux, M. Pedamon, « *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand* », Thèse, édition SI : sn, Paris : 1999.

⁵⁵⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Les clauses abusives, Observations », *Petites affiches* 2009, n°31, p. 54 et s.

⁵⁶⁰ V. not. Voir en ce sens, G. Lardeux, M. Pedamon, « *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand* », Thèse de doctorat, édition SI : sn, Paris : 1999.

⁵⁶¹ V. not. F. Chénéde, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012/3, p. 1017 et s.

implique nécessairement l'autre. Si la non-négociation dans la conclusion de ces contrats est de nature à engendrer une faiblesse technique du non-professionnel, c'est parce que la nature même du contrat proposé est source de faiblesse.

C'est bien la forme du contrat qui est la cause de la faiblesse technique. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'article 1171 du Code civil, issu de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 de réforme du droit des obligations, prévoit une protection de tous les contractants contre les clauses abusives, mais uniquement dans les contrats d'adhésion⁵⁶². Le champ d'application du nouvel article 1171 du Code civil nous impose de clairement distinguer les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré⁵⁶³. Toutefois, si ces formes contractuelles sont sources de faiblesse technique du non-professionnel ou du petit professionnel, le contrat peut être déséquilibré en raison du support contractuel proposé pour sa conclusion. Il en est ainsi des contrats conclus par voie électronique.

238. La technique dans les contrats électroniques.

Dans les contrats conclus par voie électronique, il semble beaucoup plus aisé d'invoquer l'incompétence d'un contractant par rapport à un autre. La protection même du contractant faible trouve directement sa justification dans l'utilisation de l'outil contractuel que lui propose le professionnel.

C'est pourquoi, le destinataire de l'offre, professionnel ou simple consommateur, sera protégé en raison de la nature de la technique de l'outil contractuel⁵⁶⁴. Les contrats électroniques sont rattachés à la catégorie des contrats à distance⁵⁶⁵.

Le droit européen définit ces derniers comme étant ceux qui utilisent « *exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même* »⁵⁶⁶.

La notion clé est la « *technique de communication à distance* » qui est définie comme « *tout moyen qui, sans présence physique ou simultanée du fournisseur ou du*

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ V. not. 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) », *Petites affiches* 2016, n° 58, p. 6 et s.

⁵⁶⁴ V. not. J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004/4, p. 915 et s.

⁵⁶⁵ Article 2, §7 de la Directive n° 2011/83/UE, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs.

⁵⁶⁶ Article 2-1 de la Directive n°97/7/CE sur la protection des consommateurs dans les contrats à distance.

consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties » article 2.4 de ladite directive⁵⁶⁷.

Dans les contrats conclus par voie électronique le support contractuel sera internet et les parties aux contrats seront qualifiées de cybercontractants⁵⁶⁸.

239. Protection indifférenciée du destinataire du contrat conclu par voie électronique.

Dans ces contrats, le destinataire de l'offre, c'est-à-dire celui qui se voit proposer une offre contractuelle sur un site internet, bénéficie, en droit français, de la protection par la loi sur la confiance dans l'économie numérique⁵⁶⁹, même lorsqu'il est lui-même un petit professionnel⁵⁷⁰. La protection du contractant faible est indéniablement liée à la nature de technique en cause.

C'est ainsi que ce dernier sera « *généralement considéré comme au moins exposé au risque de ne pas être aussi dextre manuellement qu'intellectuellement sur clavier et écran que sur papier et crayon* »⁵⁷¹. On considère ici que le support technique utilisé dans le processus contractuel est de nature à déséquilibrer le contrat au profit de l'auteur du site, ou de l'auteur de l'offre sur le site internet.

Le destinataire de l'offre doit alors utiliser un outil technique, qu'il ne maîtrise pas, afin de manifester sa volonté de conclure le contrat. Ces contrats s'apparentent généralement aux contrats d'adhésion puisqu'il n'y a aucune possibilité de discuter l'offre contractuelle.

Dans tous les cas, le contractant faible, appelé cybercontractant particulier, sera présumé ne pas maîtriser l'outil contractuel ; c'est-à-dire le support technique via lequel le contrat est conclu. En revanche, le cybercontractant professionnel pollicitant est présumé en avoir la maîtrise⁵⁷².

⁵⁶⁷ C. Aubert de Vincelles, O. Deshayes, « Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontalières conclues entre professionnels et consommateurs », *RDC* 2011/4, p. 1426 et s.

⁵⁶⁸ A. Penneau, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du droit de la consommation au Code civil », *RDC* 2004/96, p. 3 et s. V. aussi J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *art. préc.* V. aussi, L. Grybaum, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *RDC* 2005/2, p. 580.

⁵⁶⁹ A. Penneau, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du droit de la consommation au Code civil », *art. préc.*

⁵⁷⁰ TI de Dieppe, juridiction de proximité, 7 févr. 2011, Igor D. c/ Priceminister

⁵⁷¹ A. Penneau, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du droit de la consommation au Code civil », *art. préc.*

⁵⁷² *Ibid.*

240. La neutralité technique de l'outil contractuel.

En fait, on considère que le pollicitant est censé avoir la maîtrise de la technique contractuelle. Il est présumé « compétent »⁵⁷³ dans l'utilisation de l'outil contractuel. Pourtant, la loi sur la confiance dans l'économie numérique affirme, à la fois, la « neutralité technique »⁵⁷⁴ du contrat et la responsabilité de plein droit du professionnel⁵⁷⁵.

Cette situation semble contradictoire. En effet, la neutralité technique implique que la forme du contrat n'a aucune influence sur le régime du contrat ; le régime des contrats par voie électronique étant d'ailleurs contenu dans le Code civil. Dans ce cas, l'utilisation de l'outil contractuel ne devrait pas avoir de conséquence sur le régime de la protection d'une partie au contrat.

Puisque la « neutralité technique » implique l'équivalence entre le contrat par voie électronique et le contrat sur papier pourquoi l'une des parties bénéficie-t-elle d'une protection en raison de l'utilisation du support contractuel ?

En effet, on présume que face au professionnel qui maîtrise l'outil contractuel, il existe des risques que le cybercontractant particulier subisse un déséquilibre contractuel. Ce déséquilibre contractuel est donc inhérent au support technique de conclusion du contrat. C'est la protection de la volonté du destinataire de l'offre qui semble s'imposer ici. Ce cybercontractant particulier, dont la volonté risque d'être une volonté non éclairée, pourrait être victime d'un mauvais clic⁵⁷⁶. C'est pourquoi, le Code civil prévoit une présomption de faiblesse du cybercontractant particulier⁵⁷⁷.

241. Une protection sur le fondement du droit de la consommation.

Cette illustration de la faiblesse technique du professionnel par le recours à l'exemple du cybercontractant impose deux précisions pour paraître cohérent. L'incohérence

⁵⁷³ L. Grybaum, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *art. préc.*

⁵⁷⁴ Sur la notion de neutralité de la technique, la thèse de *Gorgias* de Platon est illustrative. Sommé par Socrate de s'expliquer sur son art, la rhétorique, Gorgias répondit que la rhétorique est une technique, or la technique étant un simple moyen, elle est par définition, innocente des fins pour lesquelles on peut la mobiliser. Gorgias défendait une conception purement instrumentaliste de la technique. Il donnait l'exemple suivant. Un couteau est un simple moyen. Il est neutre normalement. Il est disponible pour n'importe quel usage (celui du boucher, du chirurgien ou de l'assassin) et cet usage dépend d'une responsabilité extérieure de celle du coutelier. Voir en ce sens, S. MANON, « La technique est-elle une activité neutre ? », Cours de philosophie, PhiloLog, 13 mars 2008, <http://www.philolog.fr/la-technique-est-elle-une-activite-neutre/>.

⁵⁷⁵ A. Penneau, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du droit de la consommation au Code civil », *art. préc.* Sur la notion de responsabilité de plein droit, v. not. F. Leduc, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », *Petites affiches* 2005, n°133, p. 3 et s.

⁵⁷⁶ A. Penneau, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du droit de la consommation au Code civil », *art. préc.*

⁵⁷⁷ Nouvel article 1127-2, al. 1er du Code civil.

venait, d'abord, du fait que les dispositions relatives au cybercontractant sont prévues dans le Code civil.

Ensuite, on peut aussi se demander si la notion de cybercontractant protégé englobe le consommateur et le petit professionnel faible. Autrement dit, est-ce que les dispositions relatives aux cybercontractants concernent également les relations entre professionnels qui concluent un contrat par voie électronique.

242. Interrogation 1.

Concernant la première interrogation sur la place des dispositions relatives au contrat par voie électronique au sein du Code civil et non dans le Code de la consommation, cela pouvait s'expliquer par les raisons suivantes.

La première est que le législateur français a décidé de placer le régime des contrats électroniques dans le Code civil. On peut légitimement affirmer qu'il existe un régime de droit commun du contrat électronique⁵⁷⁸. Mais le législateur introduisit des dispositions relatives aux modalités de formation, spécifiques aux contrats électroniques, et la façon dont le domaine d'application du texte est conçu invite à se demander s'il ne s'agit pas d'un droit catégoriel et non d'un droit commun⁵⁷⁹.

La seconde est que l'ancien article 1369-1 du Code civil précisait que les dispositions relatives à la formation du contrat ne s'imposent que dans le cas où l'offre de contracter est « *proposée à titre professionnel* » et concerne « *la fourniture de biens ou de services* ».

Il y a là une référence expresse à la qualité d'une des parties aux contrats. Il est évident donc qu'il ne s'agit pas d'un rapport contractuel régi par le droit commun des contrats, à moins qu'il ne s'agisse d'une exception⁵⁸⁰. Le droit de l'économie numérique bénéficie sans discussion au consommateur⁵⁸¹ et au non-professionnel.

Cela est désormais acquis puisque l'article 3 de l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 le titre IV « *Des engagements qui se forment sans convention* » et l'a remplacé par un titre IV intitulé « *Du régime général des obligations* ». C'est tout naturellement que les contrats conclus par voie électronique sont exclusivement régis par le Code de la consommation.

⁵⁷⁸ A. Penneau, *Loc. cit.*

⁵⁷⁹ A. Penneau, *Loc. cit.*

⁵⁸⁰ A. Penneau, *Loc. cit.*

⁵⁸¹ L. Grybaum, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *art. préc.*

243. Interrogation 2.

Cette référence expresse à la qualité de l'une des parties nous amène à la deuxième interrogation relative à l'applicabilité du régime des contrats électroniques aux rapports entre professionnels et plus précisément à la protection du petit professionnel.

En effet, la conception classique, selon laquelle les contrats conclus entre commerçants doivent obéir à un régime plus libéral que ceux qui mettent en présence au moins une partie non-commerçante, n'a qu'une influence relative en matière de contrat électronique⁵⁸². Le professionnel représente un destinataire potentiel de la proposition de biens ou de service par internet prévue à l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Or, ce dernier n'exclut pas expressément les professionnels de son domaine⁵⁸³.

Il est donc tout à fait possible de déroger à l'application de ce principe de grande liberté dans les conventions entre professionnels lorsque celles-ci sont relatives aux contrats par voie électronique⁵⁸⁴.

En outre, la faiblesse technique peut découler d'une infériorité technique empêchant le non-professionnel ou le petit professionnel de réaliser la véritable portée des clauses contenues dans la convention. Ce déséquilibre se rencontre notamment dans la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, le fournisseur connaît, ou est censé connaître, les caractéristiques techniques du bien qu'il met en circulation.

Dans le contrat d'entreprise, la garantie des vices de construction s'explique par la connaissance par le constructeur des règles de l'art, à l'inverse du maître d'ouvrage. Comme le montre notamment l'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation, le 4 février 2016, qui portait sur la validité d'une clause limitative de responsabilité entre professionnels. La Cour de cassation avait ici retenu qu'un professionnel de l'immobilier n'est pas un professionnel de la construction⁵⁸⁵.

Or, le petit professionnel qui n'est pas de la même spécialité que son cocontractant ne demeure pas moins un professionnel. Par analogie, cette solution admet le critère de la compétence professionnelle pour qualifier un petit professionnel de non-professionnel⁵⁸⁶.

En somme, la maîtrise de la technique peut avoir une conséquence directe sur l'équilibre du contrat. La situation de faiblesse technique dans laquelle se trouvera le

⁵⁸² L. Grybaum, *Loc. cit.*

⁵⁸³ L. Grybaum, *Loc. cit.*

⁵⁸⁴ J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *art. préc.*

⁵⁸⁵ V. en ce sens, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglio... », *Gaz. Pal.* 22/03/2016 n°12, p. 20 et s.

⁵⁸⁶ Cf. *supra* n° 45 et s.

non-professionnel ou le petit professionnel exige une protection au même titre que le consommateur. Il est donc utile de voir en quoi cette situation de faiblesse technique du non-professionnel ou du petit professionnel exige une protection.

§2. UNE SITUATION DE FAIBLESSE DUE À LA NON-MAÎTRISE DU SUPPORT CONTRACTUEL

244. Le régime des contrats conclus par voie électronique trouve son origine dans le droit européen.

Le contrat conclu par voie électronique sera régi à l'avenir par les propositions de directive relatives aux contrats numériques. En effet, l'abandon de la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente a donné naissance à deux nouvelles propositions de directives.

Il s'agit de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique et celle concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens du 9 décembre 2015⁵⁸⁷.

L'objectif est d'uniformiser certaines des règles nationales applicables aux contrats de consommation conclus au titre de la fourniture de services sur internet ou en ligne et à distance au titre de la vente de biens⁵⁸⁸. Cela signifie que le cybercontractant tout comme le petit professionnel peuvent être concernés par un contrat par voie électronique au niveau européen.

Toutefois, la définition même du petit professionnel exclut de prendre en compte sa faiblesse technique ou du moins de la relativiser par rapport au non-professionnel.

⁵⁸⁷ COM (2015) 634 final et COM (2015) 635 final du 9 décembre 2015.

⁵⁸⁸ Voir en ce sens, J.-S. Berge, « Le spectre de l'harmonisation totale ou le vieux rêve du jeune droit européen », *RDC* 2016/2, p. 340 et s.

245. Rapprochement entre la protection du non-professionnel et celle du consommateur.

En revanche, la faiblesse technique est un élément rapprochement entre le « consommateur » et le non-professionnel. Par exemple, on considèrerait que le consommateur n'est pas techniquement et suffisamment compétent face à un professionnel⁵⁸⁹.

C'était le critère de la compétence professionnelle qui rassemble à la fois la compétence technique et juridique ou le défaut d'informations⁵⁹⁰. Ce critère impliquait une incompétence supposée du consommateur. C'était aussi ce critère de la compétence professionnelle qui a, dans un premier temps, servi à la définition de la notion de non-professionnel⁵⁹¹. Puisque le consommateur peut être protégé en raison de cette situation de faiblesse technique, le non-professionnel, qui se trouve dans une situation de faiblesse technique comparable à celle du consommateur, peut l'être également.

La cause de la protection du non-professionnel se trouvait dans le fait que sa situation de faiblesse était comparable à celle du consommateur. En conséquence, la cause de la protection du non-professionnel peut également se trouver dans sa situation de faiblesse technique. Cette faiblesse étant particulièrement marquée dans les contrats d'adhésion ou les contrats contenant des clauses standardisées, comme nous l'avons vu.

En somme, cette situation d'infériorité technique, caractéristique de la faiblesse du non-professionnel ou du petit professionnel, est souvent complétée par l'infériorité juridique ou intellectuelle.

246. Conclusion section II.

En réactivant le critère de la compétence pour qualifier le contractant non-averti, le juge montre que l'incompétence professionnelle est un dénominateur commun pour la plupart des contractants faibles. Le non-averti, notamment la caution non-avertie, reste un contractant assez vulnérable à l'image du non-professionnel et du petit

⁵⁸⁹ V. not. J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 et s.

⁵⁹⁰ Dans un arrêt, rendu par la Cour d'appel de Paris, le 3 juillet 1998 (Société moderne d'assainissement et de nettoyage), pour l'application de l'article L.420-5 du Code de la consommation, les juges du fond définissaient le consommateur comme « la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis ». Voir en ce sens, J. Rochfeld, « Le mélange des branches : le Conseil de la concurrence et la définition du consommateur », *RDC* 2008/3, p. 676 et s.

⁵⁹¹ A propos d'un agriculteur ayant bénéficié des dispositions protectrices de la loi sur le démarchage, et assimilé à consommateur présumé inexpérimenté. Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1982, n° 80-14757.

professionnel. Le contrôle de la qualité de non-averti passe donc essentiellement par la vérification de l'effectivité de l'activité professionnelle de celui-ci.

247. Conclusion chapitre II.

La vulnérabilité du contractant non-professionnel est suffisamment caractérisée dans les situations de faiblesse technique ou juridique, en revanche celle du petit professionnel qui n'est que relative. De telles situations de faiblesse ne sont pas nécessaires pour que le petit professionnel soit protégé, tant en droit de la consommation qu'en droit de la concurrence.

Ainsi, les éléments de faiblesse technique ou juridique permettent essentiellement de distinguer le non-professionnel du petit professionnel. Enfin, le rapprochement de la protection du non-professionnel et celle de l'acquéreur non-professionnel et du non-averti est souligné par le fait que cette protection passe essentiellement par l'information de ces contractants faibles.

Cette information peut prendre diverses formes, mais l'objectif reste le même : protéger le contractant faible contre un engagement irréfléchi. Ainsi, ces contractants vulnérables sont reconnus comme tels parce que le risque de la précipitation est élevé et le législateur semble particulièrement protecteur en ce sens. Il existe donc un véritable droit des contractants vulnérables caractérisés par leur opposition à un contractant professionnel contre lequel la protection est instituée.

248. Conclusion Titre II.

On constate que la protection de ces contractants faibles est justifiée en raison de l'existence d'une situation de faiblesse incontestée dans laquelle ils peuvent se retrouver comme n'importe quel consommateur. La protection n'est due qu'à cause de cette situation de faiblesse. De même, les trois éléments de faiblesse ne doivent pas nécessairement être réunis pour que le non-professionnel ou le petit professionnel soit protégé. Il suffit d'un élément de faiblesse suffisamment caractérisé pour que le non-professionnel ou le petit professionnel puisse prétendre à la protection.

Après avoir exposé les éléments de de faiblesse du non-professionnel et du petit professionnel, nous allons voir dans le chapitre suivant que la protection est spécifique et différente de l'automatisme que l'on retrouve dans la protection du consommateur. Le non-professionnel et le petit professionnel sont des contractants différents du

consommateur ; ils bénéficient donc d'une protection autonome et différente en droit de la consommation. Cependant, cette protection n'est possible que si leur situation de faiblesse est caractérisée. En tout état de cause, cette protection ne peut être déterminée que par les circonstances de chaque espèce.

C'est seulement de cette façon que la protection, aussi nécessaire soit-elle, peut être efficace. Les causes et les contours de la protection du non-professionnel et du petit professionnel ont donc permis de préciser les spécificités qui caractérisent ces contractants faibles.

En cela, les raisons de la protection renforcent la conviction qu'une protection de ces contractants, par le droit français à travers les différents dispositifs appropriés et prévus à cet effet, est nécessaire.

249. Conclusion Partie I.

Les notions de non-professionnel et de petit professionnel ont été progressivement acceptées par le droit interne et le droit européen. Cette consécration de la qualité de contractant faible du non-professionnel et du petit professionnel a été possible parce que leur situation de faiblesse le justifiait et que leur protection reste incontestablement spécifique.

Après avoir utilisé les critères de la compétence professionnelle et celui du rapport direct, la jurisprudence a été aidée par le législateur, dans cet effort de reconnaissance et d'autonomisation du non-professionnel, qui a définitivement admis ce dernier dans la catégorie des contractants faibles en droit privé, à travers la loi n° 2017-203 du 22 février 2017. De même, après avoir longtemps admis la protection du professionnel en marge du droit de la consommation, le législateur européen a consacré une notion autonome de petit professionnel sur laquelle s'est alignée le droit français. Ce petit professionnel a, néanmoins, toujours été reconnu et protégé par le droit des pratiques anticoncurrentielles.

En outre, c'est surtout en raison de leur situation de faiblesse suffisamment caractérisée que ces contractants bénéficient de la protection en droit privé. Cette situation de faiblesse est le plus souvent caractérisée par une infériorité économique, mais aussi une infériorité technique ou intellectuelle, même relative, n'est pas à exclure. La particularité de ces contractants faibles en droit privé est que leur protection reste spécifique pour être efficace.

Aussi, nous verrons que cette protection n'est due que par détermination de la loi et qu'en tout état de cause, elle reste matérialisée par une absence de standardisation, comme pour mieux les distinguer du consommateur.

Nous démontrerons que ces contractants sont de véritables contractants faibles suffisamment spécifiques pour être distingués des autres contractants faibles. Notre étude doit nécessairement être complétée par les moyens de protection adéquats du non-professionnel et du petit professionnel.

DEUXIÈME PARTIE

LES MOYENS DE PROTECTION ADÉQUATS DU NON-PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

250. Introduction.

Dans cette seconde partie nous verrons que le non-professionnel et le petit professionnel sont aujourd'hui des contractants faibles qui bénéficient d'un panel de moyens de protection.

Comme dans l'étude des éléments de faiblesse de ces contractants, c'est aussi ici que se distinguent le non-professionnel et le petit professionnel. Puisque si certains moyens de protection sont adaptés au non-professionnel, d'autres moyens de protections semblent mieux convenir au petit professionnel. Dans l'optique de la lutte contre les abus contractuels, le non-professionnel est essentiellement protégé par le dispositif de lutte contre le déséquilibre significatif prévu dans le Code de la consommation.

Or, la protection du petit professionnel dans les contrats de pure consommation est limitée aux contrats hors établissement et aux contrats à distance. C'est pourquoi, la protection du petit professionnel contre les clauses abusives dans les contrats de dépendance ou, de façon générale, contre les pratiques anticoncurrentielles est indispensable. De même, le Code de la consommation organise des moyens de protection spécifiques au consommateur et au non-professionnel. Or, ces moyens de protection, par l'information du contractant faible dans les contrats de tacite reconduction et dans la présentation de l'écrit, peuvent tout à fait, et dans une certaine mesure, être étendus au petit professionnel.

Organisée par le Code de la consommation, ces mécanismes de protection par l'information du contractant faible sont complétés par certaines dispositions du Code civil. Néanmoins, s'agissant d'une obligation ou d'un devoir d'information, la frontière dans la protection du non-professionnel et du petit professionnel est minime au point de se confondre dans certains cas. Il en sera ainsi du devoir général d'information prévu à l'article 1112-1 du Code civil qui profite à toutes les catégories de contractants.

251. Plan.

Nous verrons donc que si la protection de ces contractants faibles passe par la lutte contre les abus contractuels, les moyens de la protection varient en fonction du contractant faible (Titre 2), alors que cette protection doit rester spécifique et précédée par l'information du non-professionnel et du petit professionnel (Titre 1).

TITRE I.

UNE PROTECTION SPÉCIFIQUE PASSANT AVANT TOUT PAR L'INFORMATION DU CONTRACTANT FAIBLE

252. Les contractants faibles protégés.

S'agissant de contractants faibles protégés, il est nécessaire que cette protection ne soit pas similaire à celle du consommateur, sinon l'intérêt de la protection serait inexistant. Le non-professionnel et le petit professionnel seront spécifiquement protégés par détermination de la loi et cette protection est efficace dès lors qu'elle n'est pas systématique.

Il s'agit donc de ne pas admettre ou défendre un modèle de protection du non professionnel et du petit professionnel calqué sur celui du consommateur. Si la lutte contre les clauses abusives est incontestablement le moyen de protection le plus efficace du non-professionnel et du petit professionnel, ce moyen de protection doit néanmoins être précédé par l'information de ces contractants faibles.

253. Plan.

Nous analyserons les spécificités de la protection du non-professionnel et du petit professionnel (Chapitre 1), avant d'étudier les mécanismes de protection par l'information dont bénéficient ces contractants faibles (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LES SPÉCIFICITÉS DE LA PROTECTION DU NON-PROFESSIONNEL ET DU PETIT PROFESSIONNEL

254. La délimitation de la protection.

Il importe à présent de délimiter les contours de la protection du non-professionnel et du petit professionnel.

Cela consistera à préciser les spécificités de la protection de ces contractants, mais également les catégories de contractants concernées. Le non-professionnel et le petit professionnel font partie de la catégorie des contractants faibles en droit français; c'est-à-dire qu'ils constituent une catégorie intermédiaire entre les consommateurs et les professionnels.

Il faudra distinguer donc ces contractants faibles des professionnels et circonscrire les modalités de leur protection en droit français. De même, il est indéniable que la protection de ces contractants faibles ne se limite pas au seul droit de la consommation, notamment s'agissant de la protection du petit professionnel, qui reste avant tout un professionnel.

C'est pourquoi, sa protection n'a de sens qu'en s'appuyant sur les dispositifs de protection dont bénéficie tous les professionnels contre les déséquilibres contractuels dans le Code de commerce⁵⁹² ou ceux existant dans le droit commun des contrats. Or, même en ces matières, le petit professionnel et plus généralement le professionnel faible n'est pas systématiquement protégé en tant que contractant, mais uniquement en raison de sa situation de faiblesse suffisamment caractérisée. Pour toutes ces raisons, au-delà de la vision manichéenne du droit de la consommation classique, il est essentiel de « *bâtir un droit des contractants vulnérables* »⁵⁹³.

Nous pensons donc que la protection du non-professionnel et du petit professionnel est nécessaire sur le fondement du droit de la consommation, du droit de la concurrence et plus généralement sur celui du droit commun des contrats.

255. Plan.

Le trait d'union entre le non-professionnel et le petit professionnel tient dans le fait que ces deux contractants faibles bénéficient d'une protection fondée sur des critères

⁵⁹² V. not. B. Bavid, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *L'Essentiel Droit des contrats* 2008, n°5, p. 1 et s.

⁵⁹³ S. Le Ga-Pech, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p. 581 et s.

identiques. Ces deux catégories de contractants faibles sont protégées par détermination de la loi (Section 1). Il est aussi possible d'identifier au-delà de ce critère objectif, un autre point de convergence dans leur protection qui est lié au fait qu'ils bénéficient d'une protection au cas par cas. Il n'y a pas donc de standardisation dans la protection de ces contractants (Section 2).

SECTION 1 : UNE PROTECTION PAR DÉTERMINATION DE LA LOI

256. Sens de la protection par détermination de la loi.

Il n'existe pas de non-professionnel ni de petit professionnel faible en tant que tel comme le serait, par exemple, un consommateur ; mais c'est la situation de faiblesse, même temporaire, de ces contractants faibles par rapport à un professionnel dominant qui justifie leur protection.

Ainsi, par une fiction juridique le non-professionnel et le petit professionnel sont considérés comme étant des « consommateurs ». Cela ne signifie pas que ces deux contractants sont des consommateurs. Mais la loi, le législateur, les considère comme suffisamment proches de la personne du consommateur. Cela permet de modifier leur régime juridique et ainsi de leur faire appliquer certaines dispositions protectrices du droit de la consommation.

Le non-professionnel et le petit professionnel sont donc des contractants faibles par détermination de la loi.

Il est aisé de désigner une catégorie uniforme de petits professionnels, parce que le petit professionnel est uniquement défini par sa taille et son poids économique. Or, la vocation du droit de la concurrence n'est pas de protéger le partenaire commercial à qui on impose un contrat déséquilibré.

Le droit de la concurrence a pour but d'assurer la libre concurrence sur le marché. C'est pourquoi, la question de la désignation du petit professionnel est différente de celle de son identification ou de sa qualification. La qualité de petit professionnel exige de prendre en compte les circonstances de chaque espèce afin d'appliquer ou non la protection.

Tel est aussi le cas du non-professionnel, dont la protection passe essentiellement par cette qualification (§1). Le contractant faible protégé est celui dont la situation de

faiblesse est justifiée par les circonstances de l'espèce. Il s'agit bien d'une protection nécessairement circonstanciée⁵⁹⁴ (§2).

§1. L'identification du contractant faible non-professionnel ou petit professionnel

257. Protection du non-professionnel ou du petit professionnel en droit français.

Il n'y a pas de protection généralisée du non-professionnel ou du petit professionnel en droit français. Contrairement à la protection du consommateur, même si la clause est par nature abusive ou le contrat déséquilibré, le contractant faible ne sera protégé que s'il peut bénéficier de la qualité de non-professionnel ou s'il est un petit professionnel « *dominé* » ou « *soumis* ».

Dans les cas où le petit professionnel se trouve dans une situation de faiblesse due à une dépendance économique, c'est incontestablement le droit de la concurrence qui s'applique. Quant au non-professionnel, il bénéficie de la protection du droit de la consommation parce que la loi le veut ainsi, c'est la protection par détermination de la loi.

258. Le petit professionnel.

Aussi, le petit professionnel ne pourra bénéficier de la protection du droit de la consommation que s'il est qualifié comme tel. C'est à dire qu'il justifie d'un nombre de salariés égale à cinq, s'il s'agit d'une PME par exemple ; la petite taille de l'entreprise ne suffit pas en soi pour bénéficier de la protection, car il faut en plus qu'il soit assimilable au non-professionnel selon le critère prévu par le législateur depuis la loi Hamon.

Néanmoins, ce petit professionnel pourra profiter de la protection, indépendamment de sa taille, prévue par le droit de la concurrence, selon les circonstances de chaque espèce. C'est-à-dire que la protection du petit professionnel en droit français n'est pas systématique.

C'est la situation de faiblesse caractérisée du petit professionnel ou du non-professionnel qui permet sa protection en droit français. Le petit professionnel de moins de cinq salariés peut profiter, dans certains, de la protection contre les abus contractuels

⁵⁹⁴ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, Paris : 2011, n°606.

en droit de la consommation dès lors que sa situation de faiblesse est suffisamment caractérisée et qu'il agit en dehors du champ de son activité principale⁵⁹⁵.

C'est l'application du critère de l'objet du contrat qui « *n'entre pas dans le champ d'activité principale du professionnel* », prévu par le droit de la consommation. Ce critère semble plus large et subjectif que les autres critères qui permettaient la protection du professionnel faible en droit de la consommation. Cela ne signifie pas que le petit professionnel ait essentiellement besoin de cette protection du droit de la consommation ; mais, au moins s'agissant des actes de pure consommation, il est éligible à la protection. Cela ne sera possible que si ce petit professionnel est réellement victime d'un contrat déséquilibré⁵⁹⁶.

259. Le non-professionnel ou le petit professionnel : une personne physique ou une personne morale ?

La catégorie des non-professionnels renferme les personnes morales alors que la catégorie des petits professionnels englobe à la fois des personnes physiques ou morales. Le petit professionnel peut-être soit une personne physique, soit une personne morale. Or, avant la loi n° 2017-231 de février 2017, le non-professionnel pouvait être soit une personne physique ou une personne morale. S'il était déjà communément admis par la doctrine française que la personne morale non-professionnelle pouvait seule bénéficier du droit de la consommation, cette protection se limite essentiellement à la personne morale dépourvue d'activité professionnelle lucrative⁵⁹⁷.

Cette distinction entre le petit professionnel personne physique et certaines personnes morales caractérisait d'une part la catégorie des personnes pouvant bénéficier de la qualité de non-professionnel (A). D'autre part, il est désormais bien établi que les sociétés commerciales sont exclues de la catégorie des non-professionnels, mais uniquement en droit de la consommation (B).

⁵⁹⁵ C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *art. préc.*

⁵⁹⁶ Concernant la faiblesse juridique ou technique, G. Paisant parle d' « asymétrie d'information » entre contractants. V. en ce sens, G. Paisant, « Le « non-professionnel » en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau Code de la consommation) », *Petites affiches*, 14 avril 2016 n° 75, p. 9 et s.

⁵⁹⁷ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s.

A. La qualité de non-professionnel : un préalable pour le bénéfice de la protection par le droit de la consommation

260. La protection du petit professionnel

La protection du petit professionnel personne physique par le droit français de la consommation ne posait aucune difficulté lorsque le critère de la compétence professionnelle servait à définir le professionnel « faible ». Depuis l'abandon de ce critère, ce contractant semblait exclu de la protection. Cette tendance semblait être confirmée par la décision de la Cour de cassation du 15 mars 2005, qui voyait dans la personne morale un non-professionnel. Toutefois, le législateur et la jurisprudence n'ont pas totalement exclu le petit professionnel personne physique de la protection.

La Cour de cassation considérait que le petit professionnel personne physique pouvait être qualifié de non-professionnel si les circonstances qui entourent le contrat l'exigeaient. Cette possibilité de protection était renforcée avec l'abandon du critère du rapport direct au profit d'un critère subjectif fondé sur la compétence professionnelle.

261. L'existence du professionnel.

D'une part donc, l'existence du professionnel « faible », personne physique, ne pouvait se déduire que des décisions de jurisprudence relatives à la protection du non-professionnel. Le premier arrêt de la Cour de cassation qui avait admis cette protection était relatif à une commerçante, personne physique⁵⁹⁸.

Il s'agissait à l'évidence d'un « professionnel-consommateur »⁵⁹⁹. L'intérêt de cet arrêt ne venait pas de ce que la Cour de cassation avait institué le critère de « la compétence » professionnelle. Elle tient essentiellement au fait que le contractant considéré comme « partie faible » était un petit professionnel, personne physique. En l'espèce, le contrat opposait deux professionnels personnes physique et la Cour de cassation avait décidé de protéger le petit professionnel contre le fort. Elle estimait alors que le premier « *se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur* »⁶⁰⁰.

262. Le critère de « la compétence » professionnelle.

Après l'abandon du critère de « la compétence » professionnelle par la Cour de

⁵⁹⁸ Voir not. N. Gilda, « Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit immobilier », *D.* 1993, p. 87 et s.

⁵⁹⁹ N. Gilda, *Loc. cit.*

⁶⁰⁰ N. Gilda, *Loc. cit.*

cassation, de nombreux auteurs affirmaient que « *désormais, la catégorie des non-professionnels doit être entendue de façon identique, qu'elle soit visée par la législation sur les clauses abusives (Code de la consommation, art. L.212-2 et R.212-1 et s.) ou la réglementation de l'information sur la tacite reconduction des contrats (Code de la consommation, ancien art. L.136-1). Elle recouvre les personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle* »⁶⁰¹.

Il faut rappeler que la raison de cette position doctrinale était toute simple : en raison du critère utilisé, « *les juges du fonds constataient rarement l'absence de rapport direct* » avec l'activité du professionnel⁶⁰². En revanche, la Cour de cassation n'avait jamais affirmé que les professionnels, personnes physiques, soient exclus de la catégorie des non-professionnels. En effet, les arrêts rendus sur le fondement du critère du « *rapport direct* », permettaient une interprétation *a contrario* favorable aux personnes physiques.

263. Un exemple parmi tant d'autres.

La Cour de cassation avait censuré un arrêt des juges du fond, au motif que « *les contrats, qui portaient sur la location d'un appareil de mammographie et d'un matériel de radiologie, avaient un rapport direct avec l'activité exercée par M. Y* »⁶⁰³. En l'espèce, la société Europe Médical Leasing, la société EML, avait donné en location pour une durée de cinq ans, à M. Y., radiologue, personne physique, un appareil de mammographie et du matériel de radiologie. La société EML ayant cédé ces équipements à une autre société, la société Slificom, devenue Slibail location. Le même jour, la société EML a visé M. Y, par lettre recommandée avec accusé de réception. Le radiologue ayant cessé de régler les loyers, à compter des mois de juin et juillet 1991, la société Slibail a demandé la résiliation des deux contrats et la condamnation de M. Y au paiement d'une certaine somme. Par une demande reconventionnelle, M. Y faisait valoir que les cessions lui étaient inopposables et que certains articles des conventions étaient illicites.

C'est au visa de l'ancien article L.132-1 du Code de la consommation que la Cour de cassation avait cassé l'arrêt rendu le 22 avril 1996 par la cour d'appel de Basse Terre. Cet arrêt avait prononcé la nullité de l'article 7-4 du contrat, en décidant que la clause

⁶⁰¹ V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s. V. également, S. Tisseyre, « Paradoxe autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245 et s.

⁶⁰² V. not. J. Rochfeld, « Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? », *RDC* 2013/2, p. 489 et s.

⁶⁰³ Cass. com. 1 juin 1999, n° 96.20962.

avait été imposée par un professionnel du financement à un consommateur. La cour d'appel considérait que, « *bien qu'ayant acquis le matériel litigieux pour les besoins de sa profession de radiologie* », M. Y demeurait un consommateur ou non-professionnel.

264. Sens de l'Arrêt.

Dans cet arrêt, les juges du fond considéraient qu'un petit professionnel, personne physique, pouvait être assimilé à un consommateur, même lorsque le contrat litigieux avait un rapport avec son activité professionnelle. Les juges du fond s'attachaient au caractère illicite de la clause contractuelle en raison de la qualité d'une des parties au contrat, « *professionnel du financement* ». Ils soutenaient que la clause avait été « *imposée* » par un professionnel du financement à un petit professionnel.

On pouvait comprendre que les juges du fond y voyaient un contrat d'adhésion⁶⁰⁴. C'était cette insuffisance ou absence de négociation du contrat qui avait poussé les juges du fond à voir dans le radiologue, un professionnel faible assimilable à un consommateur. Cette décision intervenait avant l'arrêt *Cape* du 22 novembre 2001⁶⁰⁵, ce qui expliquait l'assimilation du professionnel faible au consommateur.

265. Une protection théorique du non-professionnel personne physique.

En outre, on peut aussi constater que la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond au visa de l'ancien article L.132-1 du Code de la consommation⁶⁰⁶. Elle considérait que la clause litigieuse n'était pas illicite en raison d'un rapport direct entre le contrat et l'activité professionnelle. *A contrario*, cela signifiait que la personne physique pouvait être qualifiée de non-professionnel si le contrat litigieux n'avait aucun rapport avec son activité professionnelle. Le critère objectif du « *rapport direct* », entre le contrat et l'activité professionnelle, n'excluait donc pas en principe les professionnels, personnes physiques, de la protection.

Cette analyse a été confirmée par un autre arrêt⁶⁰⁷ dans lequel le critère du « *rapport direct* » qu'on pouvait penser inopérant dans la qualification du non-professionnel, a de nouveau été utilisé par les tribunaux⁶⁰⁸. Depuis la loi Hamon de 2014, le critère du

⁶⁰⁴ V. *supra* n° 177 et s.

⁶⁰⁵ CJCE 22 novembre 2001, affaire C-541/99 et C-542/99.

⁶⁰⁶ Devenu article L212-2 du Code de la consommation.

⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, n° 13-16312, PB.

⁶⁰⁸ V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *art. préc.*

rapport direct a été remplacé par celui de « l'activité principale du professionnel »⁶⁰⁹. Désormais, il est confirmé que la catégorie des non-professionnels exclut les professionnels personnes physiques.

266. Jurisprudences antérieures.

Pourtant cela n'a toujours pas été le cas. C'est ce que montre l'arrêt rendu, par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 2 juillet 2014⁶¹⁰. En l'espèce, par acte sous seing privé du 15 septembre 2009, M. X avait conclu avec l'association AGC 50, l'AGC 50, un contrat de prestation de services. Le contrat prenait effet le 1^{er} juillet 2009 pour expirer le 30 juin 2010; il contenait une clause de tacite reconduction. Le 21 septembre 2012, l'AGC 50 a assigné M. X en paiement d'une certaine somme au titre d'une année de prestations. Le juge de proximité avait rejeté la demande de l'AGC en considérant que M. X avait la qualité de consommateur conformément à l'ancien article L.136-1 du Code de la consommation.

La Cour de cassation avait alors censuré le jugement de la juridiction de proximité en estimant que cette dernière avait fait une fausse application dudit article. Elle estimait que le texte susvisé ne s'appliquait pas aux professionnels ayant conclu un contrat de prestation de services en rapport direct avec leur activité. La Cour de cassation considérait qu'il résultait « *de ses constatations que M. X était agriculteur et que le contrat litigieux avait pour objet la comptabilité et la gestion de son entreprise* ».

267. L'intérêt de cet arrêt.

L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la Cour de cassation se sert du critère du rapport direct, pour refuser la protection contre la tacite reconduction des contrats à un professionnel, personne physique.

On peut donc penser que ce professionnel aurait pu bénéficier de cette protection si le contrat de prestation de services n'avait pas de « rapport direct » avec l'activité agricole.

Des auteurs qui ont, pendant longtemps, vu dans le non-professionnel une catégorie unique regroupant les seules personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle, s'accordaient ici, sur la possibilité qu'une personne physique puisse être un non-professionnel.

⁶⁰⁹ V. not. C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi *Hamon* », *RDC* 2014 n° 3, p. 456 et s.

⁶¹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, n°13-16312. Voir not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p.331 et s.

Ainsi « l'interprétation a contrario de la solution invite à se demander si le non-professionnel inclut la personne physique ayant conclu un contrat sans rapport direct avec son activité. Dès lors, le non-professionnel serait de nature à désigner deux catégories de personnes : les personnes morales dépourvues d'activité professionnelle et les professionnels personnes physiques contractant en dehors de leur activité »⁶¹¹.

On pouvait alors penser que si le consommateur reste exclusivement une personne physique, des professionnels personnes physiques pouvaient être qualifiées de non-professionnels. La qualité de non-professionnel, reconnue au professionnel « faible », personne physique, était aussi la preuve de la souplesse de cette notion.

268. Un critère nouveau qui renforce la protection du professionnel personne physique.

L'existence du professionnel « faible » personne physique, selon le critère du « *champ d'activité principale* » semble clairement établie. En effet, le critère du champ d'activité principale qui a remplacé le critère de l'absence de rapport direct, dans la législation sur le démarchage, est issu de la transposition de la directive sur les droits des consommateurs⁶¹².

Ce nouveau critère est assez souple pour prendre en compte des personnes physiques dans les catégories des professionnels « faibles ».

Il s'agit surtout et essentiellement de la catégorie des petits professionnels. C'est donc le nouveau critère du champ de l'activité principale du professionnel qui permet de protéger les petits professionnels en droit français. Or, la catégorie de petits professionnels renferme des professionnels personnes physiques et les personnes morales, conformément au Considérant 13 de la directive sur les droits des consommateurs.

On peut donc espérer que ce nouveau critère du « *champ de l'activité principale du professionnel sollicité* » permettra une protection effective du professionnel « faible » personne physique. En tout état de cause, la qualité de non-professionnel reconnu à certaines personnes morales de droit privé fait l'unanimité en droit français.

⁶¹¹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *art. préc.*

⁶¹² C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi *Hamon* », *art. préc.*

269. La catégorie de non-professionnel.

En définitive, on constate que la catégorie de non-professionnel regroupait à la fois des professionnels personnes morales ou physiques, avant que le législateur ne définisse ce non-professionnel⁶¹³. Si donc, le non-professionnel est désormais une personne morale, les sociétés commerciales sont unanimement exclues de cette catégorie de professionnels « faibles ». En droit de la consommation, la protection du petit professionnel « faible » passe essentiellement par sa qualification en tant que tel.

B- La qualification du contractant en non-professionnel par le droit de la consommation

270. La protection du non-professionnel par des critères « objectifs ».

Depuis 1995, les tribunaux ont privilégié le critère objectif de l'absence de « rapport direct » entre l'activité du professionnel et le contrat conclu⁶¹⁴. Ce critère faisait l'objet d'une certaine unanimité dans la doctrine. Cependant comme l'a relevé un auteur, « *il n'est pas toujours évident, en effet, de déterminer où commence et où s'arrête ce « rapport direct »* »⁶¹⁵.

La loi Hamon a supprimé le « critère du rapport » direct, pour le remplacer par celui de l'activité principale du professionnel, dans le Code de la consommation. On s'attendait à ce que ce nouveau critère soit celui de la qualification du non-professionnel en droit de la consommation.

Or, comme nous l'avons vu, dans un arrêt du 16 septembre 2014, la Cour de cassation a pris le contrepied de cette opinion dominante dans la doctrine⁶¹⁶. L'absence de « rapport direct » avec l'activité du professionnel continue de servir de critère pour admettre la protection de certains petits professionnels par le droit de la consommation.

⁶¹³ V. *supra* n° 11 et s.

⁶¹⁴ Voir not. Cass., civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18227; Note sous arrêt, D. Bakouche, *JCP E* 2005 n°21, p. 855. J. Nénert, Note sous arrêt, *CJEG* 1995 512, p. 270 et s.; G. Paisant, « Une nouvelle définition du consommateur protégé par contre les clauses abusives »; Note sous arrêt, *D.* 1995 n° 23, p. 327 et s.; J. Huet, « Chronique numéro 7 (suite et fin) », *Les petites affiches* 1995 n°80, p. 22 et s. A propos du critère du « rapport direct », voir *supra* chapitre 1.

⁶¹⁵ P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel (En marge du droit de la concurrence », *Petites affiches* 2000 n°116, p. 4 et s.

⁶¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, n°13-16312; C. Le Gallou, « Agriculteur mais pas consommateur », *RLDC* 2014 n°118, p. 15 et s. R. Loir, « Clause de tacite reconduction », *JCP E* 2014 n°1-2, p. 35 et s. N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : Le retour du critère du rapport direct ? »; Note sous arrêts, *RDC* 2015/2, p. 331 et s.; G. Raymond, « L'agriculteur, qui agit dans l'intérêt de son entreprise, ne peut être considéré comme un consommateur », *Revue de droit rural*, 2015/429, p. 38 et s.; S. Piedelièvre, « Renouvellement de contrat et convention ayant un rapport avec l'activité »; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2014 n° 281-282, p. 18 et s.

En atteste un autre arrêt du 16 février 2016 dans lequel la Cour de cassation a refusé la protection contre la tacite reconduction des contrats à un comité d'entreprise en raison du rapport direct entre l'activité professionnelle de celui-ci et le contrat litigieux⁶¹⁷.

Bien que cet arrêt porte sur la protection contre la tacite reconduction des contrats et les clauses abusives, il a le mérite de démontrer que les tribunaux continuent d'utiliser le critère du « rapport direct » pour protéger les non-professionnels. Avec l'arrêt du 4 février 2016, nous avons aussi constaté que la Cour de cassation initie la protection des non-professionnels sur un fondement autre que celui de l'absence de rapport direct avec l'activité du professionnel⁶¹⁸. Aussi on pouvait distinguer deux situations s'agissant de la protection des petits professionnels par le Code de la consommation.

271. L'exclusion de la société commerciale de la catégorie des contractants faibles en droit de la consommation.

En droit de la consommation, la protection de la catégorie des professionnels « faibles » personnes morales exclut la personne morale commerçante. Le droit français de la consommation ne protège pas la société commerciale. Par définition, la société commerciale est considérée comme un professionnel qui conclut toujours un contrat en rapport avec son activité professionnelle.

C'est cette conception qui est retenue en jurisprudence puisque la Cour de cassation a toujours exclu les sociétés commerciales dans ces décisions. Cette solution a notamment été retenue dans deux arrêts rendus le même jour par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 septembre 2011⁶¹⁹. Elle énonçait ainsi que l'ancien article L. 136-1 (devenu L 215-1) du Code de la consommation « *qui s'applique exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales* ».

La Cour de cassation étend dans ces arrêts l'exclusion de la société commerciale de la protection contre les clauses abusives⁶²⁰ au bénéfice de l'obligation d'information dans les contrats reconduits tacitement. La société commerciale est donc considérée comme un professionnel qui agit toujours dans le cadre de son objet social.

⁶¹⁷ Cass. Com., 16 février 2016, n°14- 25146; R. Loir, « Clause de durée », *JCP E* 2016 n°24, p. 38 et s.

⁶¹⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 4 février 2016, n° 14-29347.

⁶¹⁹ Cass. com, 6 septembre 2011, n°10-21583, P+B ; Cass. com. 6 septembre 2011, n°10-21584, D.

⁶²⁰ Cass. com. 10 mai 1994, n° 92-22075.

272. La qualité de non-professionnel.

Or, la première chambre civile de la Cour de cassation admet théoriquement que la société commerciale qui conclut un contrat sans rapport direct avec son activité peut être qualifiée de non-professionnel.

Concernant la société commerciale en tant que personne morale, la conception de la chambre commerciale de la Cour de cassation est totalement fondée, puisque ces sociétés commerciales sont toujours spécialisées dans leur domaine d'activité.

En revanche, concernant la société commerciale unipersonnelle, la conception de la première chambre civile est clairement justifiable. En effet, la conception stricte retenue par la chambre commerciale semble sévère à l'égard des sociétés commerciales unipersonnelles, assimilés d'un point de vue économique à des commerçants personnes physiques⁶²¹.

Or, on l'a vu, le commerçant, personne physique, est protégé par exemple contre le démarchage. Aussi, si les sociétés commerciales ne peuvent bénéficier de la protection du droit français de la consommation, il semble fondé que celles-ci bénéficient des dispositifs prévus en dehors de cette matière.

273. La protection de la société commerciale en dehors du droit de la consommation.

Le Code de commerce prévoit déjà cette protection spécifique de la société commerciale « faible » dans les rapports entre commerçants. Aussi, le seul tempérament dans ce dispositif est que la protection a lieu dans le cadre d'un partenariat commercial. *A contrario*, si le contrat litigieux n'oppose pas deux partenaires commerciaux, la partie faible ne bénéficiera de la protection que sur le fondement du droit commun des contrats. Cette multiplication des exclusions ou exceptions sont, à notre sens, fondée.

La société commerciale est par définition le prototype même du professionnel. Une protection de celle-ci nuirait à l'édification d'un véritable droit de la protection de la partie faible.

274. Bénéfice de la protection du droit de la consommation.

En somme, nous considérons que si certaines personnes morales, à l'image des consommateurs personnes physiques, peuvent bénéficier de la protection du droit de la

⁶²¹ V. en ce sens, X. Delpech : D. 2011, p. 2198.

consommation, leur situation de vulnérabilité doit être suffisamment caractérisée. Dans tous les cas, cette protection doit rester circonstanciée. Pour être justifiée, la protection est accordée par détermination de la loi.

§2. UNE PROTECTION NÉCESSAIREMENT CIRCONSTANCIÉE

275. Une classification des petits professionnels possible.

En se fondant sur le critère du champ de l'activité principale du professionnel sollicité et celui du rapport direct, il est possible de dresser une classification des petits professionnels « faibles ».

Il existe indéniablement un lien entre l'activité et le contrat conclu par le professionnel. Si la jurisprudence continue d'utiliser le critère du rapport direct pour qualifier tel contractant de non-professionnel, nous pensons que le critère objectif du « rapport direct » devrait avoir une application moins stricte.

C'est pourquoi, le critère du champ d'activité principale du professionnel semble adapté, en raison de sa souplesse, pour la protection du professionnel « faible » en droit de la consommation. C'est donc l'étroitesse du lien entre le contrat et l'activité professionnelle qui devrait prévaloir, puisqu'il y a toujours un rapport direct ou indirect entre le contrat conclu et l'activité professionnelle.

Dans la première, la protection ne sera pas accordée au petit professionnel en raison du caractère indispensable de l'objet du contrat à l'activité professionnelle (A). Dans la seconde, l'objet du contrat est accessoire à l'activité professionnelle et dans ce cas le petit professionnel pourra bénéficier de la protection du droit de la consommation (B).

A. Le caractère indispensable de l'objet du contrat à l'activité professionnelle

276. L'étroitesse du lien contractuel.

Plus le lien entre l'objet du contrat et l'activité professionnelle est étroit, moins le petit professionnel aura de chances de bénéficier de la protection du droit de la consommation, même en dehors de son domaine de compétence.

Nous pensons que si le contrat est indispensable à l'activité du petit professionnel, il ne devrait pas pouvoir bénéficier de la protection du droit de la consommation. C'est là que les juges du fond devraient faire une application stricte du critère objectif du « *rapport direct* ». Ces contrats sont généralement des contrats que le petit professionnel a l'habitude de conclure.

Considérer ce dernier comme un contractant faible, c'est nier sa qualité de professionnel. Il est donc impératif que les qualités de non-professionnel et de petit professionnel ne soient pas confondues. C'est seulement lorsque, le lien entre le contrat et son activité est moins étroit que le petit professionnel peut prétendre à la protection du droit de la consommation.

277. Jurisprudence.

Ainsi, pour Monsieur Pizzio, sont compris dans l'activité principale⁶²², les « *actes entrant dans le cadre spécifique de l'activité* », « *les actes qui, par leur nature, participent au processus de fabrication, de distribution ou de commercialisation des produits ou des services, objets de l'activité* »⁶²³. Selon cette analyse, nous constatons que la liste des actes sans rapport direct avec l'activité exercée par le petit professionnel reste extrêmement réduite. L'activité principale ne pouvait concerner que, d'une part, les actes accomplis hors exploitation, c'est-à-dire avant la création ou après la cessation de l'activité.

Et, d'autre part, les actes qui, tout en étant réalisés en cours d'exploitation, en sont totalement détachables car ils ne s'inscrivent plus dans le processus économique de fabrication, de distribution ou de commercialisation. Seules les opérations tendant à la protection du patrimoine du commerçant seraient finalement visées⁶²⁴.

278. L'objet du contrat indispensable à l'activité professionnelle : pas de protection pour le petit professionnel, même lorsque le contrat est déséquilibré.

Pour l'activité professionnelle, il s'agira de l'outil principal, l'élément essentiel, sans lequel l'activité n'est pas seulement au ralenti ; mais elle est arrêtée. C'est le bien ou le service qui conditionne l'existence d'une activité professionnelle donnée.

Par exemple, pour le pharmacien, il s'agira des médicaments que le fabricant lui fournis. Pour le promoteur immobilier, il s'agira de tous les contrats qui touchent à

⁶²² Pour le critère du « champ d'activité principale du professionnel », v. not. C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi *Hamon* », *art. préc.*

⁶²³ J.-P. Pizzio, *Code commenté de la consommation*, Paris : 1996, Montchrestien pp. 512.

⁶²⁴ *Ibid.* L'auteur donne l'exemple de l'achat d'un extincteur ou d'un signal d'alarme.

l'achat, la vente, la location et autres transactions ou spéculations immobilières. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 24 janvier 1995⁶²⁵, le caractère indispensable de l'objet du contrat pour l'activité du professionnel semblait évident⁶²⁶. Dans l'espèce, l'objet du contrat était la fourniture d'énergie électrique haute tension.

Comme son nom l'indique, il ne s'agissait pas d'une fourniture d'électricité ordinaire. Bien qu'il s'agisse d'électricité, cette électricité a une certaine particularité et elle est totalement différente de l'électricité que la société EDF fournit aux simples foyers et aux autres entreprises professionnels. Par exemple, en comparant cette énergie électrique haute tension à celle des cabinets d'avocat ou de médecin, on s'aperçoit que ces derniers n'utilisent pas principalement cette électricité comme outil de travail. Une entreprise d'imprimerie ou de gravure ne peut fonctionner donc sans cette électricité haute tension.

279. Exemple-2.

De même, dans un cabinet d'avocat, l'activité du personnel n'est pas essentiellement liée à cette électricité. Avec le développement des nouvelles technologies, les cabinets d'avocats utilisent des outils informatiques ; mais l'activité d'un avocat n'a pas toujours été liée à ces machines, qui consomment, au demeurant, peu d'électricité.

L'activité de l'avocat se résume en grande partie à des tâches intellectuelles comme le traitement de dossiers clients, les activités de conseils, les démarches au Palais de justice. L'utilisation de l'électricité dans un cabinet d'avocat, si elle peut être nécessaire pour accélérer son rendement, elle n'est pas indispensable. Tandis qu'une imprimerie ne peut pas se passer de l'énergie électrique. En l'espèce, l'objet du contrat était indispensable à l'activité du cocontractant professionnel. Il ne pouvait donc pas bénéficier de la protection contre les clauses abusives sur le fondement du critère du « rapport direct ». Les juges avaient bien relevé qu'il s'agissait d'un « *utilisateur professionnel de l'énergie électrique* ». Cette consommation de l'énergie électrique était étroitement liée à son activité professionnelle.

Cette consommation d'énergie conditionne la survie de l'activité d'une imprimerie. L'imprimerie ne pouvait bénéficier de la protection du droit de la consommation contre

⁶²⁵Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18227. Note sous arrêt, D. Bakouche, *JCP E* 2005 n°21, p. 855. J. Nénert, Note sous arrêt, *CJEG* 1995 512, p. 270 et s.; G. Paisant, « Une nouvelle définition du consommateur protégé par contre les clauses abusives », Note sous arrêt, *D.* 1995 n° 23, p. 327 et s.

⁶²⁶ Voir dans ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, Paris : 2011, spéc. p.136.

les clauses abusives. Tel était le cas de l'acquisition d'un logiciel « gestion du marketing client » par une société⁶²⁷. Mais lorsque le contrat est accessoire à l'activité professionnelle, il est possible d'admettre une protection au profit du petit-professionnel dans les contrats de pure consommation.

B. Le caractère accessoire du contrat pour l'activité du professionnel

280. Une protection possible.

Le contrat sera accessoire à l'activité professionnelle lorsque qu'il existe un lien temporaire entre ce contrat et l'activité habituelle du professionnel. Autrement dit, le rapport avec l'activité du petit professionnel est direct mais le contrat n'est pas vital pour son activité. La qualité temporaire de petit professionnel faible ne remet pas en cause sa qualité de professionnel.

Puisque ce petit professionnel retrouve sa qualité de professionnel après cette situation de faiblesse liée aux circonstances de conclusion du contrat. Nous pensons donc que pour des raisons de justice contractuelle, le petit professionnel sera amené à se défaire temporairement de sa qualité de professionnel au profit de la qualité de contractant faible protégé.

Cela lui permettrait de contracter dans les conditions de sécurité juridiques *a posteriori*⁶²⁸. En effet, la qualité de contractant faible n'est utile qu'après la conclusion du contrat. Avant, ou même pendant, la conclusion du contrat, les cocontractants professionnels ne font aucune distinction entre le simple consommateur ou le professionnel. Le devoir d'information, qui leur incombe, est en principe dû au cocontractant indépendamment de sa qualité ; obligation aujourd'hui renforcée par l'article L. 1112-1 du Code civil⁶²⁹.

⁶²⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, n°93-18684 ; L. Leveneur, Note sous arrêt, JCP E 1996 n° 25, p. 149 et s. ; L. Leveneur, « La Cour de cassation refuse à nouveau d'étendre aux professionnels le bénéfice de la protection instituée au profit des consommateurs contre les clauses abusives », *JCP G* 1996 n° 23, p. 255 et s. ; M. Espagnon, Note sous arrêt, *DIT* 1996 n°1, p. 38 et s. Pour le refus d'apprécier le caractère abusif d'une clause de remboursement anticipé figurant dans un contrat de prêt, voir Cass. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2005, n°02-13935 ; X. Delpech, « Validité de l'indemnité de remboursement anticipé », *D.* 2005 n°38, p. 2670 et s. ; L. Leveneur, Note sous arrêt, CCC. 2006 n°1, p. 11 et s. ; Y Picod, « Notion de consommation : Le critère du rapport direct appliqué à une association », *D.* 2006 n°3, p. 238 et s. ; M. Bruschi, « Clauses abusives » ; Note sous arrêt, *RDC* 2006/2, p. 359 et s. Pour un loueur professionnel ayant acquis par crédit-bail un voilier de plaisance, voir Cass. Civ., 22 mai 2002, n°99-16574 ; G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », *JCP G* 2003 n°13, p. 549 et s. ; J. Mestre, B. Fages, Note sous arrêt, *RTD Civ.* 2003 n°1, p. 90 et s.

⁶²⁸ D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

⁶²⁹ V. *infra* n° 250 et s.

281. La loi Doubin.

Dans une analyse de l'article 15 de la loi Doubin⁶³⁰, un auteur a développé une théorie intéressante sur le critère du rapport direct dans les contrats de consommation⁶³¹. Selon lui, il fallait opérer un parallèle entre l'acte en « rapport direct » avec l'activité professionnelle et l'acte passé pour « les besoins » de l'activité.

Cela impliquait une analyse de l'ancien article L.121.-22 du Code de la consommation par référence à celle de l'article 8-I- e de la loi du 22 décembre 1972⁶³² pris dans sa rédaction initiale. Son analyse intervenait à la suite d'une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation⁶³³. En l'espèce, la Cour de cassation avait considéré que l'achat d'un photocopieur par un ecclésiastique pour les besoins de la paroisse était néanmoins susceptible de bénéficier des dispositions en matière de démarchage à domicile.

Monsieur Aubert proposait alors de distinguer entre les actes de la profession, « *ceux qui caractérisent- qui constituent l'activité professionnelle considérée* » et les actes relatifs à la profession qui forment le groupe de « *tous ceux qui ne sont pas des actes de l'activité professionnelle elle-même, mais seulement des actes destinés à permettre ou favoriser celle-ci* »⁶³⁴.

282. Une conception large de l'acte sans rapport avec la profession.

Cette analyse du critère du « rapport direct », résultait d'une conception assez large de l'acte sans rapport avec la profession. Elle permettait à certains professionnels de bénéficier dans certains cas de la protection du droit de la consommation. Cela avait pour conséquence une appréhension souple des hypothèses dans lesquelles le petit professionnel pourrait se prévaloir, par exemple, des dispositions sur le démarchage à domicile. Monsieur Aubert considérait ainsi que la notion de rapport direct ne vise pas l'activité, mais la spécialité. Pour lui, en dehors de sa spécialité, le petit professionnel devait être protégé.

⁶³⁰Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

⁶³¹ V. not., J.-L. Aubert, « Analyse de l'article 15 de la loi Doubin », *D.* 1998, sommaire 407. Pour cet auteur, le professionnel en dehors de sa spécialité doit être protégé.

⁶³² Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile. V. en ce sens, S. Piedelievre, « Démarchage et qualité du démarché », *Gaz. Pal.* 24 octobre 2013, n° 297.

⁶³³ J.-L. Aubert, « Analyse de l'article 15 de la loi Doubin », *D.* 1998, sommaire 407.

⁶³⁴ J.-L. Aubert, « Analyse de l'article 15 de la loi Doubin », *Cahier Droit Entreprise* n°4, 1990, p. 9 et s.

Ce qui revenait à admettre le critère de « la compétence » professionnelle. Cette conception n'est pas éloignée de celle de Monsieur Bert qui a proposé de considérer comme « *non professionnelles* » les personnes qui agissent dans le cadre d'une activité patrimoniale par opposition à une activité professionnelle.

Le critère de la distinction réside, selon l'auteur, dans la satisfaction des besoins d'une clientèle ; celle-ci étant inhérente à l'activité professionnelle alors que l'activité patrimoniale « *consiste certes à se procurer les ressources nécessaires à son existence, généralement en intervenant sur le marché, mais ne tend pas à satisfaire les besoins d'une clientèle* »⁶³⁵. Or, pour exclure la validité des clauses de non garantie en matière de vices cachés, sur le fondement de l'article 1643 du Code civil, la jurisprudence considère que le petit professionnel de même spécialité que le vendeur ne peut être protégé.

Il en est ainsi de celui qui a lui-même fabriqué ou simplement installé la chose⁶³⁶. Cette analyse de Monsieur Bert est donc bien différente de la conception que la jurisprudence adopte lorsqu'il qualifie deux professionnels de même spécialité.

283. Seconde hypothèse.

Dans cette seconde hypothèse, le petit professionnel est défini, par une analyse *a contrario*, comme dans le critère du « rapport direct », comme un contractant faible. Nous n'entendons pas, bien entendu, remettre en cause le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Nous proposons juste que ce critère soit apprécié moins sévèrement pour permettre des cas de protection du petit professionnel. C'est pourquoi, le critère souple du « champ d'activité principale du professionnel » semble mieux indiqué ; cela permet de compenser l'absence de protection qu'engendre l'application rigide du critère de l'absence de rapport direct.

Le professionnel faible reste d'abord celui qui conclut un contrat de consommation, dont le lien avec son activité professionnelle doit être précisé. En dehors de ces contrats, seuls d'autres dispositifs de protection du droit des obligations permettront de le protéger⁶³⁷. Il en sera ainsi pour les mécanismes classiques du droit commun des contrats⁶³⁸.

⁶³⁵ D. Bert, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préface X. Boucobza, Fondation Varenne, collection de thèses, vol. 55, §223.

⁶³⁶ Cass. com. 10 juin 2008, n° 07-12370.

⁶³⁷ La lésion qualifiée. Voir dans ce sens, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

⁶³⁸ V. en ce sens, P. Cremer, « Essai sur la protection du contractant professionnel, En marge du droit de la consommation », *Petites affiches* 2000, n°116, p. 4 et s. V. aussi, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *art. préc.*

284. L'objet du contrat est seulement utile à l'activité professionnelle : possibilité de protection du professionnel.

Ainsi, lorsqu'un professionnel a conclu un contrat, on sait par avance qu'il s'agit d'un contrat lié directement ou indirectement à sa profession. Exception faite des contrats domestiques, tout contrat du professionnel aura forcément un rapport plus ou moins étroit avec son activité professionnelle.

Si ce rapport entre le contrat en cause et l'activité du professionnel est très souvent direct, il est certain que tous ces contrats n'interviennent pas dans la même proportion dans l'activité du professionnel.

Autrement dit, le lien entre ces différents contrats et l'activité du professionnel peut être plus ou moins étroit. Il existe donc des contrats sans véritable lien avec l'activité du professionnel. Ce sont les contrats que le professionnel sera amené à conclure dans une logique de prospection par exemple. Ce sont les contrats accessoires et sans véritable influence sur le développement de l'activité du professionnel.

285. Arrêt rendu par la première chambre civile, le 4 février 2016.

Par exemple, dans l'arrêt rendu par la première chambre civile, le 4 février 2016, la Cour de cassation avait considéré qu'une SCI, « promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction » et devait ainsi être considéré comme un non-professionnel.

Si le promoteur immobilier n'est pas un professionnel de la construction, nous pensons que le critère du « rapport direct » aurait eu pour but de l'exclure de la protection de l'article L.132-1 du Code de la consommation. En effet, il n'est pas sûr que les contrats relatifs à la construction immobilière soient étrangers à l'activité de promoteur immobilier. Tout au plus, ces contrats sont accessoires à l'activité du promoteur immobilier. Celui-ci se fait construire des immeubles en vue de les revendre ou les mettre en location. Ces contrats de construction sont effectivement accessoires à l'activité du professionnel.

Or, la Cour de cassation considère que les contrats accessoires à l'activité du professionnel ont un lien direct avec celle-ci⁶³⁹. Le critère du rapport direct paraît donc assez étroit parce qu'il permet que très rarement la protection de certains petits

⁶³⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 2004, n°03-10327; D. Bakouche, « Le contrat accessoire à un contrat principal à caractère professionnel n'est pas soumis à la législation sur les clauses abusives », *JCP G* 2004 n° 27, p. 1234 et s. ou Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n°08-15727. G. Raymond, Note sous arrêt, *CCC*. 2004 n°6, p. 36 et s. ; L. Leveneur, Note sous arrêt, *CCC*. 2004 n°5, p. 19 et s.

professionnels par le droit de la consommation⁶⁴⁰. C'est pourquoi nous privilégions le critère de « l'activité principale » du professionnel ; critère mieux indiqué pour une véritable protection des non-professionnels contre les clauses abusives.

286. La protection du non-professionnel contre les clauses abusives.

La protection du non-professionnel contre les clauses abusives par le critère du « rapport direct » ou par celui de « l'activité principale » du professionnel permet d'analyser d'abord le lien entre l'objet du contrat et l'activité du professionnel.

Le critère de l'activité principale du professionnel est plus souple que celui du critère du rapport direct. En effet, le lien entre l'activité du professionnel et le contrat proposé sera soit étroit, soit moins étroit, même lorsque le lien est direct avec l'activité. Autrement dit, le non-professionnel ou le petit professionnel pourra voir la clause déclarée nulle et de nul effet dès lors que le contrat en cause n'a qu'une proximité avec son activité sans pour autant être prépondérant.

Ainsi les contrats qui soutiennent accessoirement son activité professionnelle ont, certes, un lien direct avec cette dernière, mais ne constituent pas le noyau de son activité principale. Dans l'exemple de la SCI promoteur immobilier, on peut constater qu'il existait un rapport direct entre son activité principale et le contrat de construction immobilière.

Pour autant, ce contrat de construction immobilière n'est qu'accessoire à l'activité de promotion immobilière. En tant que professionnel de l'immobilier, il n'est pas obligé de passer un contrat de construction pour maintenir son activité. Autrement dit, le promoteur immobilier peut tout à fait directement acheter des immeubles déjà construits pour les vendre ou les mettre en location. De même, il peut louer des immeubles dans l'unique but de sous-louer ces derniers à ses clients. On voit bien que l'activité de promotion immobilière n'entretient pas un lien étroit avec la construction immobilière.

287. Lien induit.

Si en l'espèce, on peut considérer qu'un lien existe entre ces deux activités, ce lien n'était pas si étroit, permettant ainsi de protéger ce professionnel contre une clause limitative de responsabilité. Tel était le cas d'un professionnel ayant conclu un contrat

⁶⁴⁰ Voir *supra* n° 54 et s.

d'installation d'un système d'alarme⁶⁴¹. Par ailleurs, l'article 1171 du Code civil prévoit qu'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* ».

Cette disposition est beaucoup plus générale puisqu'elle ne tient plus compte de la qualité du contractant dans la lutte contre les clauses abusives. Cela signifie que le petit professionnel au détriment duquel une clause abusive est stipulée peut parfaitement en obtenir l'élimination par le juge.

Un auteur avait alors pensé que ce texte a pu servir de fondement au raisonnement des juges dans l'espèce⁶⁴². Nous pensons qu'une telle disposition se comprend en ce sens qu'elle vise à renforcer la lutte contre les clauses abusives au sein du droit commun des contrats.

Or, la lutte contre les clauses abusives ne semble pas compatible avec la philosophie même du droit commun des contrats basé sur l'équilibre présumé d'un contrat négocié. À partir du moment où les parties ont donné leur accord sur les éléments essentiels du contrat, il devrait sembler difficile que la loi serve à rééquilibrer ce dernier.

C'est pourquoi, le droit de la consommation reste le domaine privilégié pour protéger un non-professionnel contre ces clauses abusives. Concernant le petit professionnel, à défaut d'être qualifié de contractant faible dans les actes de pure consommation, d'autres mécanismes plus appropriés existent au profit de tous les professionnels faibles.

288. Conclusion section I.

En somme, nous constatons que lorsque le lien entre l'activité exercée par le professionnel et le contrat en cause est assez étroit, il conviendra d'exclure le petit professionnel de la protection du droit de la consommation. Si le caractère abusif de la clause est avéré, ce petit professionnel pourra bénéficier de la protection du Code de commerce, à la condition d'être dans un rapport de partenariat commercial⁶⁴³. En revanche, lorsque ce lien entre le contrat et l'activité habituellement exercée par le petit professionnel n'est pas si étroit il convient, selon les circonstances de l'espèce, d'accorder à ce dernier la protection contre les clauses abusives. La protection contre les clauses abusives si elle est nécessaire, elle n'est pas systématique et se fera sur la

⁶⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n°85-13674.

⁶⁴² F. Garcia, « SCI et sanction d'une clause abusive : le professionnel de l'immobilier n'est pas un professionnel de la construction », *D.* 2016.

⁶⁴³ Voir *infra* n°495 et s.

base de l'absence de « rapport direct » ou du critère de « l'activité principale » du professionnel.

SECTION 2. UNE ABSENCE DE STANDARDISATION DANS LA PROTECTION

289. Les particularités de la protection.

La protection du non-professionnel et du petit professionnel par le droit de la consommation diffère d'un contractant à un autre. Une protection systématique est à exclure, car ces contractants « faibles » ne sont pas des consommateurs. Dans tous les cas, il reviendra au juge de qualifier tel contractant faible de non-professionnel⁶⁴⁴, puisque c'est le préalable nécessaire à la protection de tout professionnel par le droit français de la consommation. Lorsqu'il s'agira du petit professionnel, considéré par définition, comme un contractant faible économiquement, nous verrons que sa protection n'est pas non plus systématique.

Le juge pourra donc décider que tel petit professionnel ne nécessite pas la protection alors que tel autre mérite la protection, car la protection est circonstanciée. En effet, il serait contre-productif d'accorder la protection à un contractant qui n'en demande pas, pas plus qu'à un petit professionnel qui ne l'exige pas. Cela signifie que le non-professionnel et le petit professionnel ne peuvent pas bénéficier d'une protection standardisée (§1) et leur cette protection doit être circonstanciée (§2).

§1. LE REFUS D'UNE PROTECTION STANDARDISÉE

290. Les dispositifs de protection du professionnel « faible » existants.

Le droit commun des contrats et le droit des pratiques restrictives de la concurrence étendent la protection au professionnel « faible ». Le petit professionnel et le non-professionnel restent néanmoins bénéficiaires de la protection du droit de la consommation.

⁶⁴⁴ D. Mazeaud, « Le juge et la révision du contrat », *Petites affiches* 2005, n° 129, p. 4 et s.

C'est-à-dire que le droit de la consommation reconnaît ces derniers comme des contractants faibles à l'image du consommateur⁶⁴⁵.

Toutefois, et indépendamment de la matière, la protection n'est accordée que si elle est nécessaire en droit de la consommation (A). En dehors de cette matière, si la protection du petit professionnel s'impose, cette protection n'est accordée qu'en fonction du contexte contractuel (B).

A. Une exigence de nécessité pour appliquer la protection

291. L'exigence de la lutte contre les clauses abusives.

Le trait commun entre le droit de la consommation, le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit commun des contrats n'est-il pas l'insuffisance ou l'absence de négociation ?

Dans ces différents cas, l'altération de la volonté rime avec la vulnérabilité contractuelle⁶⁴⁶. Dès lors que le droit de la consommation ne parvient pas à offrir une définition stable du contractant faible, que le droit de la concurrence échoue à départager les faibles et les forts, que le droit commun restreint la protection à l'absence de négociation, la protection du petit professionnel « faible » est fondée sur la complémentarité entre ces différents dispositifs.

292. La justification de la protection par le droit de la consommation.

En principe, on peut estimer que le droit de la concurrence est mieux indiqué pour une analyse de la lutte contre les clauses abusives entre professionnels⁶⁴⁷. Ce raisonnement est exact. Toutefois, nous continuons de penser que la protection des petits professionnels « faibles » contre le déséquilibre significatif par le droit de la consommation est nécessaire et elle peut être renforcée par les autres dispositifs existants en dehors de cette matière. Les raisons de cette analyse sont de deux sortes.

⁶⁴⁵ En droit de la concurrence par exemple, les PME bénéficient d'un régime favorable (règle « de minimis ») qui vise à faciliter et à encourager entre elle tant la coopération entre elles que leur développement. Les accords sont considérés d'importance mineure, et donc sans effets notables sur la concurrence, lorsque : - les produits faisant l'objet de l'accord et les autres produits considérés comme similaires ne représentent pas plus de 5% du marché de l'ensemble de ces produits ; - le chiffre d'affaires total réalisé au cours d'un exercice par les entreprises participantes ne dépasse pas 200 millions d'euros. Voir Commission des communautés européennes, *PME et Concurrence*, Office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg : 1991, spéc. p.15.

⁶⁴⁶ S. Le Ga-Pech, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p. 581 et s.

⁶⁴⁷ V. not. D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

L'une concerne les limites de la protection par les autres dispositifs, notamment le fait que la jurisprudence consumériste est abondante en la matière.

Qu'il s'agisse de la jurisprudence française ou européenne. Ensuite, les avantages de la protection du professionnel « faible » par le droit de la consommation sont multiples.

293. Lutte contre les clauses abusives.

On sait, par exemple, que la lutte contre les clauses abusives, en droit français, trouve son origine dans la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 dite Loi Scrivener, dont le chapitre IV de ce texte était consacré aux clauses abusives⁶⁴⁸. C'est bien le droit de la consommation qui a institué cette lutte contre les clauses abusives.

C'est aussi le droit de la consommation qui a défini les clauses abusives, d'abord par le biais du critère du désavantage excessif ; ensuite à travers la notion de déséquilibre significatif. Le droit de la consommation est donc naturellement, le siège de la lutte contre les clauses abusives, peu important la qualité du contractant faible. La protection des professionnels « faible » ne fait que déplacer les frontières de cette matière, sans pour autant empiéter sur sa cohérence, et ce professionnel « faible » n'en est qu'un bénéficiaire. Cette orientation du droit de la consommation, notamment dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives est justifiée par l'évolution de la matière confirmée par des textes législatifs récents⁶⁴⁹. Dans tous les cas, les dispositifs qui trouvent leur source dans d'autres matières que le droit de la consommation sont également justifiés.

B. Les exigences de la protection du petit professionnel en dehors du droit de la consommation

294. Le déséquilibre contractuel appréhendé en dehors du droit de la consommation.

Le déséquilibre contractuel entre professionnels a été appréhendé par le droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, il est établi que la situation d'infériorité

⁶⁴⁸ Voir not., J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz. Paris : 2015, spéc. p. 164 et s.

⁶⁴⁹ Notamment les textes européens : La proposition pour règlement pour un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 ou la Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011. Mais aussi, le nouvel article L212- 2 du Code de la consommation qui prévoit une protection au profit exclusif du non-professionnel.

du professionnel « faible » face à son cocontractant professionnel peut engendrer un déséquilibre dans le contrat.

Le professionnel « faible » qui « n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son cocontractant professionnel »⁶⁵⁰, court le risque de conclure un contrat largement déséquilibré. Ce déséquilibre potentiel avait conduit l'ancienne Commission de la concurrence, dans un avis du 14 mars 1985, à émettre l'idée d'une législation pour sanctionner une telle situation⁶⁵¹. C'est pour lutter contre de telles situations que le petit professionnel « faible » bénéficie de la protection du Code de commerce lorsque le déséquilibre contractuel est significatif⁶⁵². C'est ainsi que la loi de modernisation de l'économie a introduit dans le Code de commerce l'article L.442-6, I, 2°⁶⁵³. Cet article constitue aujourd'hui, l'outil principal de lutte contre les clauses abusives dans les contrats entre professionnels. Initialement il s'agissait de lutter contre les pratiques des grandes centrales d'achat qui imposaient à leurs partenaires commerciaux, petits professionnels, des conditions de ventes disproportionnées⁶⁵⁴.

295. Protection contre le déséquilibre.

Cette protection contre le déséquilibre significatif prévue par le droit des pratiques restrictives de concurrence complète les autres dispositifs similaires. Ainsi, l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce dispose qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

⁶⁵⁰ V. not. G. Virassamy, « *Les contrats de dépendance* », Thèse, Paris : 1985, spéc. p 137.

⁶⁵¹ Commission, avis du 14 mars 1985, p.17, colonne 1 : « *Une certaine contrainte résulte de la lettre même de la loi. Elle tient à ce que le marché à prendre en considération est défini en termes géographiques : il doit s'agir du marché intérieur français ou d'une partie substantielle de celui-ci. En l'état du texte, la simple domination d'un partenaire commercial sur l'autre dans leur rapport bilatéral ne saurait être appréhendée sur ces bases.*

Il peut paraître souhaitable de s'affranchir de cette contrainte dans l'avenir et de se doter de moyens juridiques permettant, comme en République fédérale d'Allemagne, de contrôler les comportements d'entreprises ou groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés (soit pour les fournisseurs, soit pour leurs clients), mais de telles évolutions supposeraient des modifications législatives ».

⁶⁵² V. not. D. Bosco, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *L'Essentiel Droit des contrats* 2008, n°5, p. 1 et s.

⁶⁵³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. V. not. D. Bosco, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *art. préc.*

⁶⁵⁴ Voir en ce sens, A.-S. Chone-Grimaldi, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, *op. cit.*

Cette disposition rappelle, par les termes employés, le texte sur les clauses abusives dans le Code de la consommation. L'article L. 212-1 du Code de la consommation prévoit également le « déséquilibre significatif »⁶⁵⁵. Contrairement au droit de la consommation où sont opposés consommateurs et non-professionnels aux professionnels, le Code de commerce n'oppose pas ici un partenaire dominant à un partenaire dominé.

Autrement dit, tantôt le fournisseur sera le contractant faible, tantôt le distributeur le sera. Ce qui importe, c'est que le partenaire commercial soit victime d'un déséquilibre significatif ; alors même que pour parler de la protection d'un contractant par rapport à un autre, il faut déterminer un rapport de domination dont la conséquence serait le « déséquilibre significatif » dans le contrat⁶⁵⁶.

296. La Commission d'examen des pratiques commerciales.

La Commission d'examen des pratiques commerciales estimait à cet effet que « la caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente »⁶⁵⁷.

L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce semble donc s'appliquer à tout type de relation commerciale et le « déséquilibre significatif » est le seul critère de protection du professionnel contre les clauses abusives. Autrement dit, la dépendance économique ne peut plus constituer un critère valable de protection du professionnel comme cela aurait pu être le cas en droit de la consommation.

Certains auteurs pensent, néanmoins que « *l'exigence de dépendance économique d'un contractant vis-à-vis de l'autre, pourrait être un garde-fou intéressant* »⁶⁵⁸.

Le texte est donc d'une portée large et ne s'applique pas exclusivement à la protection des professionnels faibles, encore moins aux seuls contrats de distribution. La protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce, concerne tout professionnel victime d'un déséquilibre significatif dans son rapport avec un autre professionnel.

⁶⁵⁵ Sur la notion de déséquilibre significatif, voir not. C.-M. Peglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, 485 pp.

⁶⁵⁶ V. en ce sens, D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

⁶⁵⁷ CEPC, rapport 2009-2010, p.159.

⁶⁵⁸ D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *art. préc.*

297. La jurisprudence sur les clauses abusives en droit de la consommation: une référence dans la lutte contre le déséquilibre significatif.

Pour la définition du déséquilibre significatif, le Conseil renvoie expressément au droit de la consommation, notamment à l'article L.212-1 du Code de la consommation. C'est pourquoi nous estimons que la protection du non-professionnel et du petit professionnel contre les clauses abusives par le droit de la consommation est légitime.

Il n'est donc pas absurde que le petit professionnel « faible » bénéficie d'une protection au sein du droit de la consommation, puisque la lutte contre le déséquilibre significatif trouve son siège dans cette matière. Si la protection du professionnel « faible » en droit de la consommation est nécessaire, elle ne doit pas être, comme la protection du consommateur, systématique. C'est seulement dans certaines situations, où la faiblesse du petit professionnel est évidente, que la protection devrait intervenir.

298. Sanctions.

C'est ainsi que le législateur sanctionne les clauses abusives indépendamment de toute atteinte au bon fonctionnement du marché. En effet, la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence- c'est-à-dire des pratiques interdites entre partenaires commerciaux par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce- va dans le même sens que la lutte contre les clauses abusives.

Autrement dit, dans cette lutte, ce n'est plus l'atteinte au bon fonctionnement du marché qui compte, mais le déséquilibre significatif au détriment du partenaire commercial. C'est pourquoi notre étude ne peut omettre ce dispositif spécial de lutte contre les clauses abusives dans le Code de commerce. Ce droit de la concurrence est axé essentiellement sur la lutte contre les ententes et les abus de positions dominantes, mais aussi contre les pratiques restrictives de concurrence.

299. Règles particulières spéciales.

Or, les règles particulières spéciales soulèvent de très nombreuses interrogations, entretenues par le caractère particulièrement vague du standard du déséquilibre significatif et même accrues par le fait qu'en dépit d'une formulation très proche, ces règles spéciales ne semblent pas avoir la même portée, puisque leur contenu et leur finalité sont différents.

Les limites dans la lutte contre les clauses abusives, entre le petit professionnel et son cocontractant professionnel, dans le cadre du droit de la concurrence tient

essentiellement à la différence de finalités entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence.

L'objectif du droit de la concurrence n'est pas de remédier au déséquilibre contractuel mais de veiller à la régulation des marchés. Dans une approche purement objective, le droit de la concurrence, pour décider de la condamnation, prend en considération le seul effet sur le marché, et tient compte pour le contrôle de la clause de considérations extérieures, dont le pouvoir de marché de l'entreprise qui l'a imposée⁶⁵⁹. Si la clause n'a aucun effet sur le marché, la condamnation du cocontractant du petit professionnel n'a aucune justification.

Cette vision du droit de la concurrence montre ce qui le distingue du droit de la consommation. En effet, c'est le déséquilibre significatif dans le contrat, au détriment du contractant faible, qui motive la lutte contre les clauses abusives en droit de la consommation.

300. La lutte contre le déséquilibre significatif dans le droit commun des contrats.

L'ordonnance de réforme du droit des contrats a introduit dans le Code civil des dispositions relatives au déséquilibre contractuel dont certaines sont dédiées à la lutte contre les clauses abusives. Ainsi, l'article 1171 du Code civil prévoit que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Cette disposition est complétée par l'article 1170 du même Code qui concerne l'obligation essentielle.

Ces textes consacrent un contrôle des clauses abusives dans les contrats ; mais leur « portée doit être relativisée dès lors que » leur « champ d'application est cantonné aux relations autres que celles visées par les textes spéciaux, sauf à ce que ces derniers se trouvent affectés par la consécration en droit commun, ce qui au demeurant pose la question de l'articulation entre le dispositif de droit commun et les textes spéciaux »⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ L. Idot, « La protection par le droit de la concurrence » in *les clauses abusives entre professionnels*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Etudes juridiques, Economica, Paris : 1998.

⁶⁶⁰ N. Ferrier, « Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », in *Droit comparé et européen, La réforme du droit des obligations en France, 5^{ème} journées franco-allemandes*, R. Schulze, G. Wicker, G. Masch, D. Mazeaud (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2015, spéc. 85.

§2. Une protection circonstanciée, variable selon le dispositif de protection

301. L'efficacité de la protection : une protection appropriée.

Si la protection peut être nécessaire dans certains cas, elle ne s'impose pas dans tous les cas. Tous les petits professionnels ne demandent pas non plus cette protection. C'est pourquoi, le dispositif instauré par le droit de la consommation au profit du non-professionnel et du petit professionnel n'est pas identique à la protection standardisée de tout consommateur.

Il s'agit essentiellement d'une protection « circonstanciée » d'un petit professionnel qualifié de « faible » en raison des faits de chaque espèce et du caractère abusif de la clause litigieuse. Une protection du non-professionnel et des petits professionnels contre le déséquilibre contractuel ne peut être qu'une protection individuelle, prenant en compte les circonstances particulières de la conclusion du contrat et la situation du professionnel « faible ».

Cela laisse une marge de manœuvre assez grande au juge qui usera de son pouvoir d'appréciation souverain dans l'analyse de la nature de la clause et de la qualité de petit professionnel « faible »⁶⁶¹.

302. Le danger de la standardisation dans la protection de ces contractants faibles.

Le principal danger d'une standardisation de la protection du non-professionnel et des petits professionnels est qu'elle serait inefficace. En outre, une telle standardisation de la protection aboutirait inéluctablement à confondre la protection de ces contractants avec celle du consommateur.

Or, notre propos ne consiste pas à exiger un droit réducteur pour le consommateur. La protection accordée au professionnel faible ne doit pas diminuer celle accordée au consommateur mais contribuer au renforcement de la protection de ce dernier. Telle ne serait pas le cas si la protection du petit professionnel est systématique.

Par exemple, on considère en général que les PME se trouvent au bout de la chaîne contractuelle et qu'elles seraient typiquement la partie la plus faible⁶⁶². Or, la pratique montre que ce sont les grandes surfaces qui sont intermédiaires entre ces petits professionnels et les consommateurs⁶⁶³. On peut alors se demander si le fait que le

⁶⁶¹ S. Lorenz « La protection contre les déséquilibres contractuels » in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schulze, G. Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 109.

⁶⁶² *Ibid.* p.108.

⁶⁶³ *Ibid.* 109.

vendeur ait la possibilité de se retourner contre le producteur, lorsque le bien de consommation est défectueux ne serait pas de nature à diminuer la protection offerte par le droit de la consommation.

La liberté contractuelle pourrait permettre au petit professionnel « *de réduire ces risques par des dispositions contractuelles* »⁶⁶⁴. Or, le recours de la grande surface contre le petit producteur est de nature à diminuer la liberté contractuelle de ce dernier. Et toute atteinte aux capacités contractuelles du professionnel « faible » aura forcément des répercussions sur le consommateur final.

303. Conclusion section II.

C'est pourquoi, la protection du non-professionnel et du petit professionnel ne doit pas être calquée sur le modèle de protection du consommateur. Puisque distinguer le non-professionnel du consommateur, revenait à « *voir dans le premier...un professionnel* »⁶⁶⁵. La protection de ces contractants faibles doit rester, dans tous les cas une protection spécifique et particulière.

304. Conclusion chapitre I.

En définitive, nous constatons que malgré cette consécration d'une notion autonome du non-professionnel, le critère du « *rapport direct* » a eu pour conséquence d'exclure systématiquement le professionnel faible de la protection du droit de la consommation⁶⁶⁶.

On pouvait se demander si l'objectif inavoué de la Cour de cassation n'était pas la disparition de la notion de non-professionnel en droit de la consommation⁶⁶⁷. En effet, aucune décision n'est pour le moment intervenue pour accorder une protection au petit professionnel faible sur la base de ce critère. La Cour de cassation concluait à chaque fois que le professionnel ne peut être protégé dès lors que le contrat est en « rapport direct » avec son activité professionnelle.

Toutefois, sur le fondement du nouveau critère du champ de l'activité principale du professionnel, la qualité de non-professionnel a été accordée à un professionnel de l'immobilier⁶⁶⁸. On constate aussi que le terme non-professionnel s'est imposé au

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Etudes juridiques, Economica, Paris : 1998, spéc. p.22.

⁶⁶⁶ Civ. 3^{ème}, 24 octobre 2012. Voir dans ce sens, S. Bernheim-Desvaux, « Une SCI de gestion de patrimoine n'est pas un acquéreur non professionnel », *EDCO* 2013/1, p. 6 et s.

⁶⁶⁷ G. Paisant, « N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle », *D.* 1996, p.228 et s.

⁶⁶⁸ V. *supra* n° 191 et s.

législateur français⁶⁶⁹ et qu'il est désormais complété par celui de petit professionnel. Le même critère de qualification sert à la protection du non-professionnel et du petit professionnel.

En tout état de cause, cette protection se fait au cas par cas quelle que soit la matière mobilisée, droit de la consommation, droit commun des contrats ou droit de la concurrence. La première des protections dont peut bénéficier le non-professionnel et le petit professionnel est son l'information afin qu'il engage de façon éclairée.

CHAPITRE II

LES MÉCANISMES D'INFORMATION DU CONTRACTANT FAIBLE

305. Dispositifs de protection.

De nombreux dispositifs du droit français permettent de compléter la protection du non-professionnel et du petit professionnel à travers un renforcement du devoir d'information qui pèse sur le professionnel. Ces mécanismes sont complétés par d'autres textes issus du droit commun des contrats.

Tous ces moyens de protections bénéficient également au petit professionnel. Ainsi, le Code de la consommation prévoit une protection du non-professionnel dans la présentation et l'interprétation de l'écrit (Section 1), mais aussi et surtout contre la tacite reconduction des contrats de consommations (Section 2).

SECTION I. UNE PROTECTION PAR LA PRÉSENTATION DES CONTRATS

306. Un choix guidé par notre étude.

L'interprétation consiste à donner un sens, à clarifier ce qui est obscur, tandis que l'appréciation implique l'existence d'un jugement de valeur que n'inclut pas

⁶⁶⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, n°02-13285. V. not. B. Bouloc, « Consommateurs et non-professionnels : notions voisines et distinctes », *RTD Com.* 2006 p. 182 et s; D. 2005, Jur. P.1948, note A. Boujeka et Pan. P. 2836, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2005, p.393, obs. J. Mestre et B. Fage ; *RTD com.* 2005, p. 401, obs. D. Legeais et p. 631, obs. M. Luby. V. dans le même sens, S. Tisseyre, « paradoxe autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245 et s.

l'interprétation⁶⁷⁰. En toute logique, l'interprétation des clauses contractuelles devrait précéder l'appréciation de celle-ci.

Pour respecter une certaine logique, dans le cadre de cette étude, nous avons donc jugé nécessaire de traiter de la présentation et l'interprétation des contrats, avant l'appréciation des clauses contractuelles. Les dispositions sur la présentation et l'interprétation des contrats sont, en plus de celles sur les clauses abusives et la tacite reconduction des contrats, des textes qui bénéficient expressément au non-professionnel et dans une certaine mesure au petit professionnel.

En effet, l'article L. 211-1 du Code de la consommation prévoit que « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.*

Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur. Les dispositions du présent alinéa ne sont toutefois pas applicables aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 621-8 ». L'article L. 211-4 du même Code complète l'article précédent et prévoit que « *les dispositions du présent chapitre sont également applicables aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels* ». Il s'agit d'une dérogation au droit commun, puisque « *le principe du consensualisme, en vigueur en droit français, conduit à admettre une liberté complète dans la présentation matérielle des documents contractuels* »⁶⁷¹.

C'est le chapitre 1^{er} du Titre 1^{er} du Livre II du Code de la consommation qui prévoit toutes les dispositions relatives à la présentation des contrats.

307. L'intervention du législateur dans la présentation des contrats.

Aussi, l'habilitation à réglementer la présentation des écrits figurait initialement dans la loi du 10 janvier 1978 sur l'information et la protection des consommateurs contre les clauses abusives, avant d'en être extraite, lors de la codification du droit de la consommation⁶⁷².

Le codificateur estimait alors que ce texte répondait à une logique d'information des consommateurs indépendante de l'éradication des clauses abusives⁶⁷³. Aujourd'hui,

⁶⁷⁰ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 et s.

⁶⁷¹ J. Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP E* 1995, Etudes et Chroniques 481, p. 319 et s.

⁶⁷² N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, n°114.

⁶⁷³ Pour des avis contraires, v. not. M. Trochu, Y. Tremorin, P. Berchon, « La protection des consommateurs contre les clauses abusives, 2e partie » in *Droit et pratique du commerce international*,

c'est l'alinéa 3 de l'article L. 211-1 du Code de la consommation qui autorise le gouvernement à procéder à la réglementation de la présentation des écrits constatant les contrats conclus « *en vue d'assurer l'information du contractant non-professionnel ou consommateur* ».

La réglementation ne concerne pas le contenu des contrats mais la présentation de l'*instrumentum*, du support contractuel de l'information⁶⁷⁴. Cette « obligation de clarté » découle directement de la directive du 5 avril 1993 qui prévoit en son article 5 que les clauses des contrats de consommation soient « *rédigées de façon claire et compréhensible* »⁶⁷⁵.

Il s'agit donc d'une obligation de transparence; la transparence étant définie par le dictionnaire le Robert comme ce « *qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer* ». Ainsi, la Commission des clauses abusives dans sa recommandation n°82-01 relative aux contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport exigeait que « *les conditions générales susceptibles d'être opposées à l'expéditeur ou au destinataire soient intégralement, lisiblement et clairement reproduites sur le document qui leur est respectivement remis à la conclusion du contrat* ». Pour comprendre ces différents textes il faut distinguer la présentation *stricto sensu* (§1) de l'interprétation des contrats (§2).

§1. LA PRÉSENTATION DES CONTRATS

308. La lisibilité et l'intelligibilité des clauses contractuelles.

La présentation des contrats de consommation évoque l'idée de leur lisibilité et de leur compréhension. Par exemple, les articles L.96 et L.97 du projet de Code de la consommation de 1990 exigeaient que les documents contractuels soient « *rédigés et présentés de telle façon* » que le consommateur « *ait pu comprendre le sens et la portée* ». Ces dispositions réputaient non écrite les clauses « *peu lisibles en raison de*

1981, p. 229 et s., spéc., p. 242, qui estiment que la présentation des contrats conçue par le législateur de 1978 est un instrument de lutte contre les clauses abusives.

⁶⁷⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 330.

⁶⁷⁵ Il en était de même de l'article 82 du DCEV qui prévoyait que « *lorsqu'un professionnel propose des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle avec le consommateur au sens de l'article 7, il a l'obligation de veiller à ce qu'elles soient rédigées et communiquées de façon claire et compréhensible* ».

leur présentation ou incompréhensibles en raison de leur rédaction »⁶⁷⁶. La présentation des contrats implique donc une rédaction intelligible (B), mais l'écrit doit avant tout être lisible (A).

A. La lisibilité des clauses contractuelles

309. Les remèdes à l'ambiguïté des clauses contractuelles.

Dans les contrats de consommation, les conditions générales, généralement, utilisées par les professionnels contiennent souvent des clauses équivoques pour le non-professionnel ou le petit professionnel. L'ambiguïté peut tenir à la rédaction, obscure ou incomplète, d'une clause particulière. Un bon de garantie, par exemple, qui ne précise pas les prestations que le vendeur s'engage à effectuer dans le cadre de la garantie contractuelle⁶⁷⁷. Très tôt donc, la Cour de cassation a donné le ton en ce qui concerne le caractère lisible de ces clauses contractuelles en estimant que « *hors toute dénaturation, le texte des articles 2, 3 et 4 de la loi du 22 décembre 1972 était imprimé avec une encre bistre dont la pâleur tendait à se confondre avec la couleur du papier et que ce texte, imprimé au verso du seul bon de commande, n'avait pas été écrit de façon apparente* »⁶⁷⁸.

En l'espèce, une société avait présenté à un particulier une offre préalable de vente à crédit à domicile et le bon de commande correspondant avec sollicitation de signature pour acceptation. Ce particulier n'ayant pas acquitté le prix de la marchandise, il a été assigné en paiement par le vendeur. La cour d'appel d'Aix-En-Provence avait alors débouté le vendeur dans un arrêt du 31 mars 1983.

Le vendeur forma un pourvoi. Il estimait, d'une part, que la cour d'appel avait dénaturé le contrat litigieux en déclarant que les caractères d'imprimerie écrits avec encre bistre se confondaient avec la couleur du papier. Et, d'autre part, « *qu'en se bornant à relever que le texte des articles 2, 3 et 4 n'était pas imprimé de façon assez apparente pour prononcer la nullité du contrat* », la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

On constate assez nettement dans cet arrêt que le caractère apparent ou non des clauses contractuelles a une influence indiscutable sur les effets de celui-ci. Ces ambiguïtés, ne sont pas toujours le résultat de la maladresse du rédacteur. Elles sont parfois voulues,

⁶⁷⁶ V. en ce sens, G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p.99 et s.

⁶⁷⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz 2015, n°159.

⁶⁷⁸ Cass. com., 23 octobre 1984, *Bull. civ.* IV, n° 279, p. 226.

car elles permettent au contractant le plus puissant de voiler derrière un rideau de fumée des stipulations qui, si elles étaient clairement exprimées, pourraient dissuader l'autre partie de contracter, ou lui donner une arme lors de l'exécution du contrat⁶⁷⁹. C'est pourquoi, l'article 1602 du Code civil oblige le vendeur à expliquer clairement ce à quoi il s'oblige⁶⁸⁰. Cette règle, énoncée déjà par Domat⁶⁸¹ et Pothier, se fonde sur l'idée que le vendeur fixe les conditions du contrat et qu'il doit donc le faire de manière à être compris par l'acheteur. Dans le Code civil, la règle n'est posée que pour le contrat de vente, mais l'idée qui l'inspire se retrouve dans tous les contrats d'adhésion⁶⁸².

310. L'exigence de clarté dans la présentation de l'écrit.

L'exigence de clarté dans la présentation de l'écrit a été reprise par la loi du 1^{er} février 1995, qui a transposé la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives. Son article 5 énonce l'obligation de clarté, et l'a généralisé à tous les contrats de consommation.

Ainsi, le projet de loi de transposition s'en était tenu au principe selon lequel les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel⁶⁸³. L'article L. 211-1 du Code de la consommation reprend les dispositions de l'article 5 de cette disposition de la directive ; le choix de « détacher » cette disposition de la législation sur les clauses abusives se justifie dans la mesure où le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat et le défaut de clarté sont deux notions distinctes, même si elles peuvent se confondre, l'ambiguïté pouvant être source d'abus⁶⁸⁴.

L'objectif de la législation sur la présentation des contrats est de permettre une clarté dans les contrats, il s'agissait alors d'une faculté pour les pouvoirs publics de procéder à une « normalisation des contrats »⁶⁸⁵. La finalité du texte était de parvenir à ce que toutes les conventions dans un secteur donné soient présentées de façon uniforme, en imposant par exemple comme l'indiquent MM. Calais-Auloy et Temple, « *l'ordre des*

⁶⁷⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°159.

⁶⁸⁰ Civ. 1^{re}, 13 octobre 1993 ; *D.* 1994.J.211 et *chron.* Bénabent : *D.* 1994. *Chron.* 115 ; Civ. 1^{re}, 13 avril 1999, *D.* 1999.IR 146.

⁶⁸¹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, livre I, sect. 2, art.XVI, Paris 1767.

⁶⁸² J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e édition, Dalloz 2015, n°153.

⁶⁸³ Article 3 du projet.

⁶⁸⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, n°330.

⁶⁸⁵ G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n°426.

clauses, leur place dans le document, leur typologie »⁶⁸⁶. Ainsi, l'exigence de l'écrit sur support papier ou sur support électronique est strictement réglementée.

311. L'exigence d'un écrit.

D'une part, la présentation des contrats sur support papier pose le problème de l'exigence de l'écrit. Le plus souvent l'écrit sera exigé *ad probationem*, pour la preuve du contrat et non pour sa validité ; cela est aussi utile pour éclairer le consentement des parties. La sanction de l'obligation de clarté se trouve dans l'interprétation du contrat : une clause obscure ou ambiguë sera interprétée dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel⁶⁸⁷. Dans tous les contrats de consommation, diverses mentions sont rendues obligatoires par l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

Ce texte dispose qu'avant que le contractant faible « *ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible (...)* » certaines informations. Ainsi, la Commission des clauses abusives recommandait « *que les documents contractuels soient lisibles, et notamment imprimés avec des caractères dont la hauteur ne soit pas inférieure au corps 8* »⁶⁸⁸. C'est aussi ce qu'exigeait l'article 1^{er}, al. 2 du décret n°78-509 du 24 mars 1978 qui prévoyait que l'acte (offre préalable de prêt) « *doit être présenté de manière claire et lisible. Il est rédigé en caractère dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* ».

312. Une exigence renforcée.

En outre, il ne suffit pas d'un écrit pour que le débiteur de l'obligation soit exonéré. La clause n'est ni claire ni lisible lorsqu'elle est imprimé « *en caractère tout à fait microscopiques, indéchiffrables à l'œil nu et sans le secours d'une loupe* »⁶⁸⁹.

Cette exigence est très marquée dans le Code des assurances où l'article 511 définit l'intermédiaire en assurance ou en réassurance comme « *l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance...* ». C'est ainsi que dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles, un assuré reprochait à un agent général d'assurances un manquement à son devoir

⁶⁸⁶J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e édition, Dalloz 2015, n°159.

⁶⁸⁷ Cf. *infra* n° 235 et s.

⁶⁸⁸ Cf. *Recommandation* n° 94-05 sur les bons de commande et les contrats de garantie des véhicules d'occasion, *BOCCRF* 28 décembre 1994, p. 607.

⁶⁸⁹ CA Rouen, 8 février 1974, *D.* 1974, som., p. 72, *RTD Com.* 1974, p. 492, obs. M. Boitard et Dubarry.

d'information et de conseil. L'assureur aurait omis de lui présenter une nouvelle formule de contrat dont le plafond de garantie était plus élevé que celui de la police en cours malgré une augmentation de prime limitée.

La cour d'appel de Versailles avait alors affirmé qu'il résulte de l'article L.511 du Code des assurances que si « *la compagnie d'assurance est civilement responsable dans les termes de l'article 1384 du Code civil du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de son agent général, agissant dans son activité de présentation des contrats au public, c'est à la condition qu'un tel manquement ait été commis par l'agent général alors qu'il agissait en qualité de mandataire de sa compagnie* »⁶⁹⁰.

En l'espèce, ces conditions n'étaient pas réunies. Cette décision confirmait un autre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu quelques années plutôt⁶⁹¹.

313. Le cas particulier de l'écrit sur support électronique.

D'autre part, pour la présentation des contrats sur support électronique, c'est essentiellement dans les contrats à distance qu'elle est potentiellement une source de litiges. C'est pourquoi l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique a prévu dans le Code civil l'article 1176 qui dispose que « lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit électronique doit répondre à des exigences équivalentes ». Il n'existe pas de contentieux particulier en ce domaine, ce qui fait qu'elle présente peu d'intérêt pour notre étude.

B. L'intelligibilité des clauses contractuelles

314. L'exigence de compréhensibilité de l'écrit.

L'intelligibilité désigne une exigence d'accès au fond, la compréhension tant du sens des termes utilisés, que de la langue⁶⁹².

Pour un auteur, « *l'utilisation de sigles, d'abréviations, de formules elliptiques, obscures ou ambiguës ou encore de renvois systématiques d'une clause à une autre est*

⁶⁹⁰ CA de Versailles, 21 février 1992, *D.* 1992, p. 145 et s.

⁶⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *D.* 1989, *IR.* 101.

⁶⁹² J. Rochfeld, « Les clairs-obscur de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 981 et s., spéc., p. 982.

susceptible d'empêcher le consommateur de prendre la pleine mesure de son engagement ou de l'induire en erreur sur l'étendue exacte de son engagement »⁶⁹³.

C'est pourquoi, le droit français renforce indirectement l'obligation d'utiliser la langue française. Or, le champ d'application de cette obligation de transparence diffère à certains points de vue en droit européen et en droit interne. Par exemple, en droit européen les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives échappent à l'obligation de transparence⁶⁹⁴; tel n'est pas le cas du droit français qui n'a pas transposé cette restriction⁶⁹⁵.

315. Une variété de contrôles exercés par le juge.

En cas de litige, le contrôle du juge diffère suivant qu'il s'agit de s'assurer de la clarté de la clause ou de sa compréhensibilité, ce contrôle pouvant être tantôt de nature objective, tantôt de nature subjective⁶⁹⁶. Si le juge peut s'assurer de la lisibilité de la clause en s'appuyant sur des considérations abstraites ou des critères standards prédéterminés, la vérification de la compréhensibilité varie en fonction des qualités personnelles du contractant faible.

En outre, cette vérification peut nécessiter de se reporter, au-delà des termes de la stipulation, aux circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu, dès lors qu'une clause peut ne pas être compréhensible parce que toutes les informations permettant d'en apprécier la portée exacte par rapport à l'ensemble du contrat n'ont pas été fournies au consommateur⁶⁹⁷.

Pour Madame le Professeur Sauphanor-Brouillaud, l'auteur s'appuie sur la directive 93/13 sur les clauses abusives qui, ayant introduit l'obligation de clarté et de compréhensibilité des clauses, énonce en son article 4 que « *le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens et services qui font l'objet du contrat et 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, ou d'un autre contrat dont il dépend* ».

Cette appréciation circonstanciée des clauses abusives aurait vocation également de permettre d'évaluer le défaut de compréhensibilité de la clause⁶⁹⁸. La liaison entre

⁶⁹³ G. Paisant, « L'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in *Mélanges en l'honneur du doyen R. Decottignies*, PUG, p. 233 et s., spéc., p. 241.

⁶⁹⁴ V. en ce sens, E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.* n° 324 et s.

⁶⁹⁵ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 338.

⁶⁹⁶ E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 288.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 339.

l'ambiguïté et l'abus est donc établie depuis longtemps de par la Commission des clauses abusives⁶⁹⁹ et par les juges⁷⁰⁰.

316. La sanction de la clause mal présentée.

La sanction en cas de violation de l'obligation de rédiger des clauses claires et compréhensibles consiste en une règle d'interprétation stricte⁷⁰¹. Or, Monsieur Gilles Paisant n'est pas de cet avis et pense que les clauses mal présentées ou incompréhensibles seront inopposables au contractant faible⁷⁰², non-professionnel ou petit professionnel. Il conviendrait donc d'appliquer les solutions anciennes posées par la jurisprudence⁷⁰³. Madame Pégliion-Zika dans sa thèse distingue clairement les clauses abusives des clauses ambiguës⁷⁰⁴. Elle estime ainsi que l'inopposabilité est la seule sanction « envisageable lorsque la stipulation est « seulement » mal présentée, affectée d'un vice de forme et non déséquilibrée, car il n'est pas possible d'appliquer la notion de clause abusive en l'absence de déséquilibre significatif »⁷⁰⁵.

En effet, la Commission de refonte du droit de la consommation avait elle-même préconisé que « les clauses peu lisibles en raison de leur présentation ou incompréhensibles en raison de leur rédaction soient inopposables » au consommateur et au non-professionnel ».

Or, la Commission des clauses abusives recommande que « soient présumées abusives » les clauses qui ont pour objet ou pour effet de : « 1° constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles dont il n'a pas une connaissance effective au moment de la formation du contrat, soit en raison de la présentation matérielle des documents contractuels, notamment de leur caractère illisible ou incompréhensible (...) »⁷⁰⁶. Dans un arrêt du 14 novembre 2006, la Cour de cassation avait d'ailleurs estimé que « la clause litigieuse était rédigée en petits caractères dont la taille inférieure à celle des autres clauses voisines et, dès lors, n'avait pu attirer l'attention du client ». Elle avait alors approuvé la cour d'appel qui

⁶⁹⁹ V. not. L'avis n°08-01 sur l'assurance-vol d'un téléphone mobile.

⁷⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2001, *JCP G* 2001, II, n° 10631, note G. Paisant ; Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n°04-170578, *JCP G* 2007, II, n° 10056, note G. Paisant.

⁷⁰¹ M. Tenreiro, « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Dir.n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993) », *Contrats Conc. Consom.* 1993, Etude 7, p. 1 et s., spéc. p. 4.

⁷⁰² G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *op. D.* 1995, p. 99 et s.

⁷⁰³ *Loc. cit.*

⁷⁰⁴ V. C.M. Pégliion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Paris : 2013, n°233 et s.

⁷⁰⁵ *Ibid.* n° 266.

⁷⁰⁶ *Recomm.* de synthèse n°91-02, *BOCCRF* 06/09/1991.

avait « ainsi mis en évidence que cette clause ne répondait pas aux exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1, du Code de la consommation, en a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive »⁷⁰⁷.

En somme, un cumul ou une application alternative des sanctions, selon les espèces, est donc possible. Dans la présentation des contrats, cette exigence de lisibilité et d'intelligibilité de l'écrit est nécessairement complétée par l'interprétation de ceux-ci par le juge.

§2. L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS

317. La concurrence entre plusieurs clauses : une source d'ambiguïté.

L'ambiguïté peut tenir à la contradiction qui apparaît entre plusieurs clauses du même contrat. Il peut ainsi arriver qu'une police d'assurance énonce à tel endroit qu'un sinistre est couvert par l'assurance, et indique à un autre endroit qu'il n'est pas couvert : des deux clauses, laquelle doit l'emporter ?⁷⁰⁸.

À cette question, l'article L. 211-1, al. 2 du Code de la consommation prévoit que les clauses « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur. Les dispositions du présent alinéa ne sont toutefois pas applicables aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 621-8 ». Ainsi en cas de litige, et conformément à l'article 1188 du Code civil, « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». L'article 1190 du Code civil complète le précédent en disposant que « dans le doute, le contrat de gré à gré⁷⁰⁹ s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». Mais ces dispositions ne sont que des « recettes » qui peuvent servir de guide au juge, elles ne sont pas d'ordre public et le juge qui s'en écarte n'encourt pas la cassation⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n°04-17578, *Bull. civ.* n°489.

⁷⁰⁸ Calais-Auloy, *Droit de la consommation, op. cit.* n°159.

⁷⁰⁹ Sur la définition des contrats de gré à gré ou des contrats négociés, v. not. J. Ghestin, *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 705 et s.

⁷¹⁰ Cass. civ. 3^e, 6 mars 1979, *Bull. civ.*, I, n° 81 ; Com., 19 janvier 1981, *Bull. Civ.* IV, n° 34; Soc., 3 juin 1981, *Bull. Civ.*, V, n°490; Civ. 1^{re}, 19 décembre 1995, *Bull. civ.*, I, n°466.

318. Une appréciation circonstanciée de la clause ambiguë.

La question de l'interprétation des contrats, extrêmement importante en pratique (car de nombreux litiges sur l'exécution du contrat mettent en jeu la question préalable de savoir s'il créait ou non l'obligation litigieuse), est essentiellement casuistique⁷¹¹.

Tout dépend donc des circonstances et les juges du fond recherchent espèce par espèce. Pour ce faire, ils pourront s'aider dans cette recherche de tous les éléments extérieurs au contrat lui-même, comme par exemple le contenu des pourparlers⁷¹² *a fortiori* d'autres contrats faisant partie du même ensemble (article 1189 al. 2 du Code civil)⁷¹³. Ainsi pour « *apprécier l'intention commune des parties au jour de la formation du contrat, (le juge) pouvait se référer au comportement ultérieur des parties de nature à la révéler* »⁷¹⁴.

La limite au pouvoir d'interprétation du juge reste donc la dénaturation ; c'est-à-dire que lorsqu'une clause est « claire et précise », donc susceptible d'un seul sens et dépourvue de toute ambiguïté, les juges ne peuvent lui donner un autre sens⁷¹⁵, « sous prétexte de rechercher l'intention des parties ». Cette limite est aujourd'hui consacrée par l'article 1192 du Code civil.

319. Une interprétation *in favorem*.

Le juge interprétera toujours une clause ambiguë d'un contrat dans le sens le plus favorable au non-professionnel ou au petit professionnel. Tel a toujours été le cas pour l'assuré.

Par exemple, dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, les hauts magistrats avaient censuré, pour violation de l'ancien article L. 133-2 du Code de la consommation, la décision d'une cour d'appel qui n'avait pas retenu « *une autre interprétation plus favorable* » pour le contractant faible. En l'espèce, une assurée avait souscrit auprès d'une société d'assurance deux contrats « *Réponse santé* » et « *Prévoyance* » garantissant le versement d'indemnités journalières et d'une rente sous conditions tenant, entre autres, à l'incapacité ou l'invalidité de l'assurée.

La clause « *invalidité* » du contrat « *Prévoyance* » prévoyait qu'une rente d'invalidité se substituait dans certaines conditions à l'indemnité quotidienne dès constatation médicale de l'usure prématurée de l'invalidité, conformément aux dispositions du Code

⁷¹¹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat, 15^e éd., 2016, n° 284.

⁷¹² Cass. Civ. 1^{re}, 21 avril 1976, *Bull. civ. I*, n° 135. Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1963, *Bull. civ. I*, n° 174. Cass. civ. 1^{re}, 18 février 1986, *Bull. civ. I*, n° 31.

⁷¹³ Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2015, n° 14-11498; *D.* 2016.187, note Ferrié.

⁷¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 317.

⁷¹⁵ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 286.

de la sécurité sociale, dans un délai de trois mois après le début du travail. Le 28 août 2008, l'assurée est victime d'un accident ; l'assureur lui a alors versé des indemnités journalières pendant des périodes d'incapacité.

320. Protection de l'assuré par l'interprétation *in favorem*.

L'assurée avait alors assigné son assureur en paiement d'un complément d'indemnités journalières et d'une rente d'invalidité. La cour d'appel de Metz déboutât l'assurée de sa demande au motif que « *la clause litigieuse énonce clairement que le contrat indemnise la victime pendant une durée maximale de trois ans après le début de son arrêt de travail par le versement d'indemnité journalière (1095 jours d'indemnités journalières) et que l'invalidité n'est indemnisée que si elle survient au plus tard trois ans après le début de l'arrêt de travail* ».

Ce à quoi la Cour de cassation avait répondu « *qu'une autre interprétation plus favorable à l'assurée était soutenue et avait été retenue par les premiers juges* ». Il s'agissait en l'espèce, d'une application concrète de l'article L. 211-1 al. 2 du Code de la consommation qui exige que « *les clauses « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur* ».

321. L'interprétation *in favorem* comme sanction du professionnel indélicat.

Il faut rappeler que la Cour de cassation avait déjà censuré la décision du juge du fond qui n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations et avait violé l'ancien article L. 133-2 du Code de la consommation alors qu'il avait relevé « *qu'il existait une confusion dans l'interprétation des clauses du contrat qui avait sa source dans l'ambiguïté rédactionnelle, qu'aucun élément du dossier n'indiquait que des explications claires avaient été fournies et que la compagnie d'assurance devait assumer la responsabilité d'un libellé contestable de la clause litigieuse* »⁷¹⁶.

En somme, cette éviction du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond tient au fait que l'interprétation *in favorem* des contrats n'est pas conçue comme la recherche d'un sens mais comme une sanction du professionnel qui a manqué à son obligation de clarté⁷¹⁷.

Pour résumer Domat « *si l'obscurité, l'ambiguïté, ou tout autre vice d'une expression est en effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il*

⁷¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2010, n° 09-12535, note N. Sauphanor-Brouillaud, *EDCO* 2010, n°5, p. 4 et s.

⁷¹⁷ Cass. 2^e civ., 1^{er} juin 2011, n°09-72552, note N. Sauphanor-Brouillaud *EDCO* 2011, n°7, p. 3 et s.

entendait »⁷¹⁸. L'interprétation *in favorem* relève donc plus de la sanction que du pouvoir souverain des juges du fond ce qui explique que la Cour de cassation exerce généralement un contrôle sur cette interprétation.

322. Exception au principe de l'interprétation in favorem.

Enfin, l'alinéa 2 *in fine* de l'article L. 211-1 du Code de la consommation dispose que « *le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 621-8.* ». Ainsi, le principe de l'interprétation favorable au consommateur ou au non-professionnel est écarté lorsqu'une association de consommateurs agit en suppression des clauses abusives dans les contrats ou types de contrat proposés ou destinés aux consommateurs ou aux non-professionnels⁷¹⁹.

La mise à l'écart expresse de ce principe en cas d'action en cessation d'utilisation de clauses est issue d'un amendement déposé au nom de la commission des affaires économiques du Sénat en vue de transposer totalement l'article 5 de la Directive⁷²⁰.

Monsieur André Fosset, rapporteur de la commission des affaires économiques du Sénat, justifie les différences d'appréciation par le juge selon que l'action est individuelle ou collective par les considérations suivantes : dans le dernier cas, « *l'action collective conduit le juge à porter une appréciation in abstracto. Elle tend, en effet, à la reconnaissance d'un droit objectif* »⁷²¹, alors que la règle de principe « *ne peut jouer que in concreto, dans la mesure où, le juge, lorsqu'il interprète une clause dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel, opère une appréciation qui vise à reconnaître un simple droit subjectif* »⁷²².

323. Conclusion section I.

La protection du non-professionnel et du petit professionnel dans la présentation de l'écrit ne semble donc pas un problème spécifique au droit de la consommation. Il s'agit néanmoins d'un moyen de protection préventif en ce sens que le contentieux en la matière est très réduit et se cantonne essentiellement à la protection du contractant faible assuré.

⁷¹⁸ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, livre I, sect. 2, art.XVI, Paris 1767.

⁷¹⁹ C. Witz, « L'énigmatique exception au principe d'interprétation des clauses contractuelles dans le sens favorable au consommateur » in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 321 et s.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ *J.O.*, Débats parlementaires, Sénat, séance du 15 novembre 1994, p. 5571.

⁷²² *Loc. cit.*

De même, la nécessité de la protection du non-professionnel ou du petit professionnel s'est imposée dans le but de faciliter les activités de prestation de services. C'est ainsi que, la loi Châtel II a étendu le bénéfice de la faculté de résiliation unilatérale dans un contrat tacitement reconductible au non-professionnel. Cette loi est l'une des illustrations de la protection dont bénéficie le non-professionnel, mais nous verrons que dans certains cas le petit professionnel est également protégé.

C'est pourquoi, en ce nous concerne, cette seconde section sera réservée à la protection du non-professionnel ou du petit professionnel contre la tacite reconduction des contrats. Cette protection est prévue par les dispositions de l'article L.215-1 du Code de la consommation. L'objet de cette protection est de réduire au minimum les déséquilibres contractuels au détriment du contractant faible.

SECTION II : UNE PROTECTION CONTRE LA TACITE RECONDUCTION DES CONTRATS

324. Les sources de la protection contre la tacite reconduction des contrats.

Le chapitre V du titre 1^{er} du Code de la consommation prévoit des dispositions relatives à la reconduction des contrats de prestations de services.

Ces dispositions ont été introduites dans le Code de la consommation par les lois Châtel relatives à l'information sur la reconduction des contrats ; la loi dite Châtel II a étendu cette information sur la non-reconduction des contrats au non-professionnel⁷²³. La sanction du non-respect de cette obligation d'information est la résiliation du contrat. Il faut donc rappeler ici qu'une loi du 31 décembre 1989⁷²⁴ imposait déjà une faculté de résiliation annuelle prévue par l'article L. 113-12 alinéa 2 du Code des assurances qui bénéficie à l'assuré comme à l'assureur. La résiliation est annuelle et la tacite reconduction ne saurait être supérieure à un an. C'est l'article L. 113-15 du même Code qui prévoit cette durée de la tacite reconduction du contrat à un an⁷²⁵.

Dans les contrats entre petit professionnels et professionnels dominant conclus pour une durée supérieure à un an, cette tacite reconduction donne lieu à un nouveau

⁷²³ Loi Chatel II n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. La loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant organisation du marché de l'électricité protège également le non-professionnel dans le cadre des contrats de fourniture d'électricité et de gaz naturel. Voir en ce sens, art. L.121-85 du Code de la consommation.

⁷²⁴ Loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen.

⁷²⁵ G. Leguay, « Loi Chatel: obligation d'information avant tacite reconduction », *RDI* 2005, p. 87 et s.

contrat⁷²⁶ qui sera soumis à la faculté de résiliation annuelle⁷²⁷. Par ailleurs, des auteurs pensent que c'est dans la combinaison des articles 1736 et 1738 du Code civil, relatifs au louage, que se niche traditionnellement la durée indéterminée du contrat reconduit⁷²⁸. Ainsi en cas de reconduction tacite du bail (article 1738 Code civil), le nouveau contrat prendrait fin selon les usages (article 1736 Code civil), car « *les stipulations du bail expiré ne peuvent influencer sur la durée du bail renouvelé par tacite reconduction* »⁷²⁹.

Il résulte de l'interprétation de ces textes qu'en cas de reconduction tacite du bail, le nouveau contrat peut être rompu à tout moment par le biais d'un congé. L'on en déduit alors qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée⁷³⁰. Mais cette analyse est critiquée par une autre partie de la doctrine⁷³¹.

325. La loi Châtel I de 2005 sur les services financiers.

Ainsi, dans le Code de la consommation, il y a d'abord eu la loi dite Chatel I du 28 janvier 2005⁷³² qui avait créé un dispositif de protection contre la tacite reconduction des contrats dont les seuls bénéficiaires étaient les consommateurs.

Initialement donc, ce texte visait uniquement le consommateur. Le législateur entendait par ces mesures atténuer certains pièges tendus au consommateur : se laisser enfermer dans une relation contractuelle durable par de discrètes reconductions tacites successives, ou encore se laisser emporter dans une relation contractuelle risquée, menant bien souvent au surendettement, par le jeu d'un crédit « revolving » non maîtrisé ou d'un crédit faussement gratuit⁷³³.

Informé correctement le consommateur revient à protéger son consentement... et son patrimoine, et devrait aboutir au final à renforcer sa confiance à l'égard des

⁷²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1983, Bull. civ. I, n° 21.

⁷²⁷ V. not. L. Grynbaum (dir.), *Assurances, Contrats, Marché du particulier*, éd. Dalloz Argus, coll. Dalloz Professionnels, 2004, chap. 1220.

⁷²⁸ C. Le Gallou, « La tacite reconduction, technique indirecte mais dangereuse de révision du contrat », note sous arrêt, *Défrénois*, 2006 n°10, p. 828 et s.

⁷²⁹ Cass. civ. 3^e, 12 février 1985, *Bull. civ.* III, n°26.

⁷³⁰ A. Sériaux, *Contrats civils*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2002, n°66.

⁷³¹ V. en ce sens, M. Mekki, *D.* 2006, p.587 et s.

⁷³² L. n° 2005-67, 28 janv. 2005, « *tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur* », *JO* 1^{er} février 2005, p. 1648. L. Leveneur, « Une nouvelle loi de « protection » des consommateurs (loi n°2005-67, 28 janvier 2005) », *JCP G* 2005, n°92, CCC. 2005, n° 3, p.3 obs. L. Leveneur ; G. Raymond, « Actualité législative en droit de la consommation », *CCC* 2005, n°3, p. 8, obs. G. Raymond ; Ph. Stoffel-Munck, « L'encadrement de la tacite reconduction depuis la loi Chatel », *JCP G* 2005, I, n°129 ; H. Claret, « La loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », *JCP G* 2005, I, 140.

⁷³³ B. Mallet-Bricout, « Loi « Chatel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *Droit et patrimoine* n°140, p. 38 et s.

professionnels et donc à le pousser à consommer⁷³⁴. La jurisprudence considérait alors que l'ancien article L. 136-1 du Code de la consommation créé par la loi Châtel ne s'appliquait pas aux non-professionnels⁷³⁵.

326. Une loi Châtel II.

Puis, la loi du 3 janvier 2008 dite Châtel II a modifié l'ancien article L.136-1 du Code de la consommation⁷³⁶. La particularité de cette disposition vient du fait que son alinéa 4 *in fine* fait allusion au « consommateur et au non-professionnel ».

Le non-professionnel, à l'image du consommateur, est protégé contre la tacite reconduction des contrats. Un auteur définit la tacite reconduction des contrats comme « *la continuation, fondée sur la volonté probable des parties, de tout contrat à durée déterminée dont les parties poursuivent l'exécution au-delà du terme prévu* »⁷³⁷. Après l'échéance du terme qui met normalement fin au contrat, les parties à l'acte laissent les choses en l'état et se comportent comme si elles étaient encore liées par le contrat primitif⁷³⁸.

En effet, la tacite reconduction des contrats est un mécanisme nécessaire que dans les contrats successifs à durée déterminée tels les contrats d'assurance, les contrats d'entretien, les contrats d'abonnement, etc.

En principe, de telles relations contractuelles cessent de plein droit au terme du contrat et un nouvel accord doit être conclu si l'on veut poursuivre la relation contractuelle.

Mais la reconduction tacite permet d'atténuer la rigidité de la situation, en autorisant la poursuite de la relation contractuelle entre les mêmes parties sans manifestation expresse de leur volonté, sur le fondement d'une simple présomption de volonté des parties⁷³⁹.

⁷³⁴ *Loc. cit.*

⁷³⁵ Voir not. Cass. Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n°08-11231. Voir également, F. Macorig-Venier, « Application du Code de la consommation aux personnes morales : la question reste délicate » Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2011, n°10-30645 et Cass. Com. 6 septembre 2011, n°10-21-583, *Droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2011 n° 11, p.848 et s.

⁷³⁶ Voir en ce sens S. Piedelièvre, « Chronique de jurisprudence de droit de la consommation », *Gazette du Palais*, 09 octobre 2014 n°282, p.18 et s.

⁷³⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^{ème} édition, 1996, voir tacite reconduction p. 818.

⁷³⁸ Voir not., O. Litty, *Inégalité des parties et étude du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris :1999, spéc. p.395.

⁷³⁹ B. Mallet-Bricout, « Loi « Chatel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *art. précit.* V. aussi, A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *in* Colloque « Durées et contrats », *RDC* 2004, p.117 et s.

327. L'importante application pratique de la reconduction tacite en droit de la consommation.

La pratique des contrats de consommation lui laisse une large place, la reconduction dite « tacite » ne reposant plus, bien souvent, sur une présomption tirée du comportement des parties, mais plutôt sur une clause contractuelle claire, prévoyant une reconduction à terme échu, pour une durée non pas indéterminée mais au contraire précisée, sans que l'attention du consommateur ou du non-professionnel ne soit appelée, avant le terme de son contrat, sur cette possible reconduction⁷⁴⁰.

Né donc du silence gardé par ces dernières lors de la survenance du terme, un tel mécanisme peut finalement constituer un véritable « piège » pour les contractants, et plus particulièrement pour le petit professionnel, souvent ignorant des effets attachés à la prolongation tacite du lien contractuel⁷⁴¹.

C'est pourquoi, le droit de la consommation impose l'information préalable du non-professionnel avant toute reconduction du contrat initial. Désormais, l'article L215-3 du Code de la consommation, issu de l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, dispose que « *les dispositions du présent chapitre (sur la réduction des contrats) sont également applicable aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels* ». La tacite reconduction des contrats peut comporter des pièges pour le contractant faible, ce qui justifie que le droit de la consommation ait étendu sa protection au non-professionnel.

328. Plan.

Nous proposons dans cette section de voir, d'abord, le moyen de prévenir les pièges liés à la tacite reconduction dans les contrats entre professionnels et non-professionnels (§1). Ensuite seulement, nous analyserons la sanction du manquement à l'obligation d'information du petit professionnel « faible » ou du non-professionnel (§2).

⁷⁴⁰ *Loc. cit.*

⁷⁴¹ *Loc. cit.* ; V. également, J. Mestre, « Tacite reconduction du contrat et sort du cautionnement », *RTD. Civ.*, 1992, p.556 et s.

§1 : Le fondement de la protection du non-professionnel et du petit professionnel contre la tacite reconduction du contrat

329. Le sens du mécanisme de la tacite reconduction des contrats.

La tacite reconduction du contrat signifie que le contrat initial à durée déterminée est prolongé alors que le terme est arrivé. Si les parties ont manifesté leur volonté dans le contrat initial, cette volonté est périmée, et l'ancien contrat a pris fin.

La Cour de cassation considèrerait ainsi que « *la tacite reconduction n'entraîne pas une prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat* » à durée indéterminée⁷⁴². La tacite reconduction engendre un nouveau contrat par la poursuite d'un contrat antérieur qui est bien distinct⁷⁴³.

Reposant ainsi sur une situation de fait faisant présumer la volonté des parties de contracter⁷⁴⁴, ce mécanisme constitue un mode original de formation du contrat⁷⁴⁵, présupposant l'exécution volontaire et silencieuse d'un contrat ayant pourtant disparu par l'effet extinctif du terme⁷⁴⁶. Pour le contrat reconduit, le nouveau contrat, il est difficile d'affirmer que les parties ont manifesté leur accord sur les éléments essentiels sur son contenu. La volonté doit être expresse et non explicite. Elle peut résulter d'une clause stipulée dans le contrat initial : à l'arrivée du terme, le silence des parties donne effet à la clause et engendre un nouveau contrat⁷⁴⁷. Cela est désormais une jurisprudence constante en la matière⁷⁴⁸.

330. Le contrat reconduit : un nouveau contrat.

Or, la tacite reconduction s'applique à un contrat à durée déterminée « *dont le terme extinctif a produit tous ses effets* ». Cela signifie donc que le silence ne peut pas être la preuve de l'expression de la volonté des parties⁷⁴⁹.

⁷⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 2005, n°02- 21366. V. Not. Y.-M. Laithier, « Quand le régime de la tacite reconduction éclipse sa notion », *RDC* 2006/3, p. 696 et s.

⁷⁴³ C. Le Gallou, « La tacite reconduction, technique indirecte mais dangereuse de révision du contrat », note sous arrêt, *Défrénois*, 2006 n°10, p. 828 et s.

⁷⁴⁴ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, par J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, L.G.D.J., 2001, n°246 et s.

⁷⁴⁵ N. Vignal, « La vie du lien contractuel », in *Lamy Droit du contrat*, sous la direction de B. Fages, 2003, n°410-37.

⁷⁴⁶ C. Le Gallou, « La tacite reconduction, technique indirecte mais dangereuse de révision du contrat », *art. précit.*

⁷⁴⁷ A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 126 et s.

⁷⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 1980, *Bull. civ. I.* n°220 ; Cass. com., 6 février 2001, *JCP G* 2001, I, n°370, obs. A. Constantin.

⁷⁴⁹ Cette question relative à l'interprétation du silence gardé par les parties fait l'objet d'une opposition entre les auteurs. Voir en sens O. LITTY, *Inégalité des parties et étude du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris : 1999, spéc. pp.396-397.

Toutefois, lorsque la tacite reconduction résulte du comportement des parties continuant « à agir comme si le contrat existait encore »⁷⁵⁰, on pourrait peut-être admettre qu'elle maintient le contrat initial. Or, pour une manifestation libre et éclairée de la volonté du contractant faible, le droit de la consommation impose une obligation d'information au contractant professionnel.

Toute la question est de savoir si c'est au moment où la tacite reconduction opère qu'il convient d'apprécier la régularité du nouveau contrat ; que ce soit quant à l'aptitude des parties à contracter, à la loi qui lui est applicable⁷⁵¹ ou aux formalités nécessaires, tant pour sa validité que pour son opposabilité aux tiers⁷⁵². Ainsi la force obligatoire qui pourrait être attachée à l'ancien contrat en raison de sa forme notariée ne s'étend pas au nouveau⁷⁵³. C'est la raison pour laquelle la reconduction d'un bail portant sur des biens indivis après ouverture d'une succession ne peut s'opérer sans l'accord de tous les indivisaires⁷⁵⁴.

331. La distinction entre la tacite reconduction et les mécanismes proches.

Par ces traits, la tacite reconduction se distingue de mécanismes faisant « perdurer la situation contractuelle au-delà du terme prévu »⁷⁵⁵. L'article L. 215-1 du Code de la consommation impose au professionnel l'obligation d'informer par écrit le consommateur et le non-professionnel de la possibilité de ne pas reconduire le contrat, au plutôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction⁷⁵⁶.

Ainsi, prolongation se distingue de la tacite reconduction en ce qu'elle consiste à repousser le terme du contrat initial, en prolongeant le contrat et elle n'engendre aucune convention nouvelle. Elle n'emporte que la modification du terme du contrat initial qui reste donc le même⁷⁵⁷. La tacite reconduction du contrat n'entraîne pas une prolongation conventionnelle ou légale du contrat primitif. Le mécanisme d'information prévue par le Code de la consommation (A) est, sur ces points, différent de celui imposé pour les contrats d'assurance (B), même si la finalité reste la même.

⁷⁵⁰ R. Demogue, *D.* 1911, 2, p. 129.

⁷⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1985, *Bull. civ.* I, n°159.

⁷⁵² J. Mestre, « Les clauses d'avenir », p. 169.

⁷⁵³ L. Boyer, « Conditions de la tacite reconduction », *RTD civ.*, Août 1993.

⁷⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 17 janvier 1973, *Bull. civ.* III, n°57.

⁷⁵⁵ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Domat, 2005, n°311.

⁷⁵⁶ Voir not. N. Claude, « L'application extensive de la protection consommériste aux personnes morales », *Petites affiches* 30/09/2011, n°195, p. 14 et s.

⁷⁵⁷ Cass. com., 9 juillet 2002, *Bull. civ.* IV, n°118.

A. Le mécanisme d'information prévu par le Code de la consommation

332. Les raisons de la loi sur la tacite reconduction des contrats de consommation.

Monsieur Châtel relevait que « *chaque français gère en moyenne vingt-cinq contrat de ce type, et si la tacite reconduction apporte un confort indéniable, elle est problématique quand il s'agit de résilier* »⁷⁵⁸.

Un auteur affirme à cet effet que « *la disposition n'a pas pour objet de créer au profit du consommateur un droit de ne pas reconduire le contrat dès lors que ce droit existe déjà, consistant pour le consommateur à s'opposer au jeu de la clause de tacite reconduction, en manifestant sa volonté contraire. L'article L.136-1 du Code de la consommation tend en réalité à rendre effectif ce droit de non-reconduction en instaurant une nouvelle obligation d'information à la charge du professionnel : celle de rappeler, en temps utile, au consommateur l'existence d'une prérogative contractuelle, la faculté de ne pas reconduire le contrat* »⁷⁵⁹.

Il est ainsi imposé au professionnel l'obligation d'informer le consommateur par écrit « *de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction* »⁷⁶⁰.

333. L'information du non-professionnel : une obligation du prestataire de services.

La fin du délai du contrat initial marque une période de « non-retour »⁷⁶¹ au cours de laquelle le contractant faible n'a plus la possibilité de refuser la future reconduction. Si la fin de ce délai se situe à une date éloignée du terme du contrat, la pertinence de l'information, donné un à trois mois avant cette date, devient discutable⁷⁶².

⁷⁵⁸ L.-M. Châtel, AN, Compte rendu analytique officiel, 1^{ère} séance, 20 janvier 2005. Voir en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011 n° 4, p.1246 et s. Voir également, C. Najim-Makhlouf, « *Tacite reconduction et volonté des parties* », L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p.251 et s.

⁷⁵⁹N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *art. précit.* Concernant la notion de « clause » de tacite reconduction, un auteur pense « le propre de la tacite reconduction est de ne pas avoir été stipulée par les parties », l'utilisation du terme de « clause de tacite reconduction » reposerait sur « une erreur de langage ». Voir en ce sens, M. Paget, *De la tacite reconduction*, thèse, Paris : 1926, p.18. Voir également, O. Litty, *Inégalité des parties et étude du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion, opi. cit.*, spéc. p.395. V. également, N.Sauphanor-Brouillaud, « Tacite reconduction des contrats de consommation et information du consommateur », *RDC* 2013/3, p. 963 et s.

⁷⁶⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *art. précit.*

⁷⁶¹ Expression de Ph. Stoffel-Munck, *art. précit.*, n°6.

⁷⁶² B. Mallet-Bricout, « Loi « Châtel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *art. précit.*

Ainsi, la disposition n'a pas pour objet de créer au profit du contractant faible un droit de ne pas reconduire le contrat dès lors que ce droit existait déjà, consistant pour le consommateur à s'opposer au jeu de la tacite reconduction, en manifestant sa volonté contraire⁷⁶³.

L'article L. 215-1 du Code de la consommation tend en réalité à rendre effectif ce droit de non-reconduction en instaurant une nouvelle obligation à la charge du professionnel : celle de rappeler, en temps utile au consommateur, l'existence d'une prérogative contractuelle, la faculté de ne pas reconduire le contrat⁷⁶⁴. De plus, la loi Hamon oblige le professionnel à reproduire le contenu de cette information légale dans les contrats auxquels elle s'applique⁷⁶⁵. Concernant cette obligation d'information du non-professionnel et du petit professionnel, la loi Hamon n'impose aucune forme particulière. L'information doit simplement être « communiquée » par le professionnel au consommateur ou non-professionnel et au petit professionnel, sans autre précision des moyens permettant cette communication⁷⁶⁶.

334. Les bénéficiaires de la protection.

Concernant la protection du petit professionnel et du non-professionnel contre la tacite reconduction des contrats de consommation, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que la personne morale, non-professionnel, reste un bénéficiaire de cette protection.

Avant les lois Châtel sur la reconduction des contrats, la Cour de cassation jugeait déjà que « *celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant* »⁷⁶⁷. De plus, une obligation d'information a été relevée même entre deux professionnels, dans le domaine de la publicité⁷⁶⁸. Dans les contrats de consommation, par un arrêt du 23 juin 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation affirmait que « *les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions applicables à la tacite reconduction des contrats concernés* ».

⁷⁶³ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s.

⁷⁶⁴ *Loc. cit.*

⁷⁶⁵ N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p. 331 et s.

⁷⁶⁶ Voir en ce sens, C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *RDC* 2014/3, p. 456 et s.

⁷⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1976, *Bull. civ.*, I, n°370, p. 291.

⁷⁶⁸ Cass. com., 4 juillet 1989, *Bull. civ.*, IV, n°213, p. 143; *RTD civ.*, 1989, p. 737, obs. J. Mestre.

335. Exemple.

En l'espèce, un syndicat de copropriétaires avait conclu avec une société un contrat d'entretien prenant effet le 2 août 2004, pour une durée d'un an, reconductible de plein droit à l'expiration de chaque période. Par lettre recommandée du 30 juin 2008, le syndic des copropriétaires, conformément aux dispositions sur la tacite reconduction des contrats, a informé son cocontractant de la résiliation de ce contrat au 1^{er} août 2008. Le débiteur de l'information estimant la résiliation irrégulière a demandé le paiement des factures pour les mois suivants.

La juridiction de proximité⁷⁶⁹ du 13^e arrondissement de Paris a fait droit à la demande du professionnel. Le juge du fond estimait que le syndicat des copropriétaires, qui est une personne morale, ne pouvait se prévaloir de l'article L. 215-1 du Code de consommation qui « *visé exclusivement les personnes physiques* ». Un pourvoi avait alors été formé. La Cour de cassation adoptait alors une solution subtile pour censurer le jugement rendu par le juge du fond. En effet, l'article 33 de la loi Châtel II qui a étendu la protection contre la tacite reconduction au non-professionnel date de janvier 2008. Antérieurement à cette loi du 3 janvier 2008, dite loi Châtel II, l'obligation d'information à la charge du prestataire de service professionnel ne bénéficiait qu'au consommateur, personne physique⁷⁷⁰.

336. La durée du préavis dans l'information du contractant faible.

Or, le professionnel prestataire de service dispose d'un délai de trois mois au plus tôt ou d'un mois au plus tard pour informer son cocontractant de la faculté qui lui est reconnue de ne pas reconduire le contrat.

La Cour de cassation affirmait alors que « *dès lors que le délai imparti au prestataire de services par le premier alinéa pour donner l'information requise n'avait pas commencé à courir à la date d'entrée en vigueur de l'article 33 de la loi du 3 janvier 2008, la juridiction de proximité qui, en l'absence de mention de la durée du préavis déterminant, en l'espèce le point de départ du délai précité, n'a pas mis la Cassation en mesure d'exercer son contrôle, a privé sa décision de base légale* ». La décision de Cour de cassation s'explique par la circonstance que le calcul du délai pendant lequel l'information doit être envoyée tient compte de « *la période autorisant le rejet de la*

⁷⁶⁹ Les juridictions de proximité ont été supprimées et cette suppression est entrée en vigueur le 1 janvier 2017. V. en ce sens, la loi organique n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature. *JO* du 11 août 2016.

⁷⁷⁰ Civ. 1^{re}, 2 avril 2009, n°08-11231 ; *CCC* 2009. Comm. 182, obs. G. Raymond ; *JCP* 2009. 238, note G. Paisant.

reconduction », c'est-à-dire du préavis contractuel qui permet à chaque contractant de manifester sa volonté contraire à la reconduction⁷⁷¹.

Ce délai est suffisamment long pour être mis à profit par le client pour « *comparer les offres sur le marché et faire jouer correctement la concurrence*⁷⁷² et *suffisamment court pour éviter à l'information de manquer « d'actualité* »⁷⁷³.

Comme le résume bien Madame Rochfeld, l'obligation d'information est « *celle d'une information pertinente au moment où elle s'impose* »⁷⁷⁴.

337. Nature de l'obligation d'information.

Cette obligation légale d'information reste, en tout cas, une obligation pré-contractuelle puisqu'elle intervient avant la naissance du « nouveau contrat »⁷⁷⁵. Toutefois, l'article L. 215-1 du Code de la consommation dispose que « *pour les contrats de prestation de services conclus pour une durée déterminée avec une clause de reconduction tacite, le professionnel prestataire de service informe le consommateur par écrit...* ». Or, l'article L.111 du Code de la consommation sur l'obligation pré-contractuelle d'information n'impose pas que l'information soit fournie par écrit.

C'est la seule différence qui peut exister entre ces deux obligations. Cette exigence de l'écrit dans la reconduction du contrat montre que ce dispositif de protection est d'un degré plus élevé que celui de l'information pré-contractuelle. Néanmoins, le contenu de cette information est fortement calqué sur celui de l'information pré-contractuelle. Cette forme se justifie par le fait que le professionnel aurait en effet des difficultés à prouver le respect du délai dans lequel il doit délivrer les renseignements, faute de les avoir adressés par écrit⁷⁷⁶. Les travaux préparatoires de la loi Châtel II indiquent que l'exigence d'une lettre avec accusé de réception a été écartée pour des raisons de coûts pour le professionnel et afin d'éviter au contractant faible d'avoir à se déplacer, le cas échéant, à son bureau de poste⁷⁷⁷. Le non-professionnel bénéficie, à travers ce texte de

⁷⁷¹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s.

⁷⁷² L-M. Châtel, cité par N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s.

⁷⁷³ Ph. Stoffel-Munck, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Châtel. L. n°2005-67, 28 janvier 2005 », *JCP G* 2005, I, 129, n°6.

⁷⁷⁴ J. Rochfeld, « Reconduction des contrats – Crédit. Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », *RTD Civ.* 2005, p. 478 et s.

⁷⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 2005, n°02- 21366. Voir en ce sens, C. Grimaldi, « Validation et sort d'une clause de non-réaffiliation lors de la tacite reconduction d'un contrat de franchise », *RDC* 2013/1, p. 188 et s.

⁷⁷⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, n°547.

⁷⁷⁷ G. Cornu, Proposition de loi tendant à redonner confiance au consommateur, Rapport n°286 (2003-2004).

l'article L. 215-1 du Code de la consommation, d'une obligation pré-contractuelle et par ricochet, cette obligation pré-contractuelle d'information est étendu au petit professionnel.

338. La réforme de l'ordonnance du 10 février 2016.

Les apports de la réforme de février 2016 sur l'obligation pré-contractuelle d'information. Cela pourrait sembler un peu paradoxal puisqu'avant la réforme de février 2016, le professionnel n'a aucune obligation particulière d'informer ou de renseigner de son cocontractant professionnel, même avant la conclusion du contrat.

Cette obligation générale d'information était en principe réservée uniquement au consommateur au sens strict. Par exemple, l'article L. 111-1 du Code de la consommation dispose que « *avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de bien ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, ...* » un certain nombre d'éléments essentiels.

Cette limitation de l'obligation d'information au « *contrat de vente et de fourniture de service* » est trompeuse. À ce propos, un auteur pense ainsi que le législateur a contraint « *le juge à utiliser cette qualification par simple opportunité pour soumettre les contrats à l'obligation d'information pré-contractuelle sans correspondre à une classification réfléchie des contrats spéciaux* »⁷⁷⁸. Cette obligation générale d'information est donc prévue uniquement pour le consommateur et s'applique dans tous les contrats.

339. Une protection indirecte par l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

Or, si les dispositions sur la tacite reconduction du contrat imposent une information pré-contractuel au professionnel, le non-professionnel et le petit professionnel bénéficient indirectement de la protection de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. En effet, l'information pré-contractuelle imposée par les dispositions sur la tacite reconduction du contrat est en principe donnée dans les mêmes conditions que celle de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

Cette protection du non-professionnel par l'article L. 111-1 du Code de la consommation est confirmée par un arrêt du 30 janvier 1998. Dans cet arrêt, la cour

⁷⁷⁸ C. Aubert de de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *art. précit.*

d'appel de Rennes a jugé que les dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation sont applicables à une société anonyme qui avait conclu un contrat d'encadrement de photographie sans rapport direct avec son activité professionnelle⁷⁷⁹. Cependant, comme le note assez bien un auteur, « cette décision reste isolée »⁷⁸⁰. Que prévoit réellement donc les dispositions de l'article L.111-1 du Code de la consommation.

340. Un déséquilibre dû à l'asymétrie d'information.

Le déséquilibre dans les relations entre professionnels et contractants faibles tient pour une bonne part à la l'asymétrie d'information : les professionnels connaissent les biens et les services mis sur le marché, alors que les consommateurs ou non-professionnels sont, pour la plupart, incapables de les juger par avance et de les comparer entre eux⁷⁸¹. Ainsi l'article L. 111-1 du Code de la consommation, en son alinéa 1^{er} dispose qu'« avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé du bien ou service fourni ; 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ; 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ; 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elle ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mises en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ».

341. Les prestations de services.

Pour les prestations de services, quelques informations complémentaires sont prévues par l'article L. 111-2 du même Code.

La notion de « prestation de services » est suffisamment large pour que l'ensemble des contrats de consommation soit concerné⁷⁸². La jurisprudence l'a appliqué à des contrats aussi divers que les contrats conclus avec des organismes de crédit, les contrats passés

⁷⁷⁹ CA Rennes, 30 janvier 1998, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm., 152, obs. G. Raymond.

⁷⁸⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 138.

⁷⁸¹ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°51.

⁷⁸² G. Raymond, *Droit de la consommation*, 3^e éd. LexisNexis, Paris : 2014, n°429.

avec une clinique médicale, les contrats d'installation ou d'entretien, les contrats de location de voiture, les contrats de souscription d'un produit financier⁷⁸³.

L'information ne doit pas être présentée en petits caractères ni noyée dans un flot d'informations commerciales⁷⁸⁴. Ces dispositions résultent de la loi Hamon du 17 mars 2014 qui a transposé la directive européenne du 25 octobre 2011. Cette directive laisse cependant une certaine liberté aux Etats membres qui peuvent maintenir ou adopter des exigences supplémentaires en matière d'information pré-contractuelle. Cette clause d'harmonisation minimale a permis au législateur français de maintenir des obligations d'information allant au-delà de celles prévues par la directive⁷⁸⁵.

C'est en cela que le non-professionnel et le petit professionnel sont également bénéficiaires de l'obligation d'information prévue à l'article L. 111 du Code de la consommation. Cette obligation pré-contractuelle d'information est d'ordre public selon les dispositions de l'article L. 111-7 du Code de la consommation.

342. La charge de la preuve.

S'agissant de la charge de la preuve, les solutions posées par le législateur en matière d'obligation d'information sur les biens et services lors de la conclusion du contrat de consommation peuvent être aisément transposées dès lors qu'elles sont issues du droit commun⁷⁸⁶.

La charge de la preuve incombe au professionnel prestataire de service, mais on ne saurait exiger qu'il prouve que son client a bien reçu l'information, une telle preuve risquant d'être difficile à rapporter dans l'hypothèse d'un changement d'adresse de ce dernier⁷⁸⁷.

Enfin, l'accusé de réception reste le procédé le plus fiable et peut être désormais adressé par voie de courrier électronique⁷⁸⁸. Si l'obligation d'information dans la reconduction des contrats de consommation semble distincte de cette obligation pré-contractuelle d'information, au moins elle tient d'elle ses caractères principaux.

⁷⁸³ CA Paris, 29 janvier 2009 : CCC. 2009, comm. 118.

⁷⁸⁴ Ph. Stoffel-Munck, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel », *art. précit.*, n°8.

⁷⁸⁵ J. Calais-Auloy, *Droit des obligations, op. cit.*, n°57.

⁷⁸⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n°549.

⁷⁸⁷ Ph. Stoffel-Munck, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Châtel », *art. précit.*, n° 7.

⁷⁸⁸ Décret n°2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat. V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, n°549.

343. *La caractère particulier de l'obligation pré-contractuelle d'information.*

Le caractère précontractuel de l'information, qui précède la reconduction du contrat, ne doit donc pas nous faire oublier qu'il s'agit d'une information spécifique qui ne précède plus la conclusion d'un contrat, mais intervient dans l'exécution de celui-ci. Cette obligation d'information est donc différente de l'obligation générale d'information qui bénéficie au seul consommateur. Néanmoins elle tient tous ces caractères de cette obligation générale d'information.

Il s'agit donc d'une obligation « légale » d'information spécifique, puisqu'elle s'applique à la fois au non-professionnel et au consommateur. Elle vise à protéger le contractant faible contre les risques d'un contrat qu'il ne pourrait plus maîtriser. Autrement dit, par cette obligation d'information, le non-professionnel a la possibilité de prévoir la durée de son engagement et les conséquences de celui-ci.

En exprimant son consentement au « nouveau contrat », le non-professionnel accepte, par ce fait, les conséquences de celui-ci conformément aux dispositions de l'article 1103 du Code civil relative à la force obligation du contrat. Ainsi, c'est à l'occasion de litiges concernant l'application de l'article L. 215-1 du Code de la consommation que les tribunaux ont précisé une certaine catégorie de non-professionnels.

344. *L'actualité de la protection du syndicat des copropriétaires.*

Il a ainsi été jugé que « la représentation d'un syndicat de copropriétaires par un syndic professionnel ne lui fait pas perdre sa qualité de non-professionnel »⁷⁸⁹. En l'espèce, Un mandataire agissant en qualité de syndic de plusieurs syndicats de copropriétaires, avait conclu, avec un professionnel, divers contrats de prestation de services, renouvelables par tacite reconduction.

Le contrat était donc tacitement reconductible sauf préavis donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception trois mois avant leur terme. Se prévalant de l'ancien article L. 136-1 du Code de la consommation, le mandataire avait résilié ces contrats sans respecter le délai de préavis. Le professionnel prestataire de services l'avait alors assigné en paiement de dommages-intérêts au titre de leur inexécution. La cour d'appel de Versailles avait accueilli la demande du prestataire de services aux motifs que si l'ancien article L. 136-1 du Code de la consommation est applicable aux personnes morales, un syndicat de copropriétaires qui confie à un syndic

⁷⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2015, n°14-20760. V. en ce sens, S. Piedelièvre, « Information sur le renouvellement du contrat et non-professionnel », *Gaz. Pal.* 2016- n°14, p. 34 et s.

professionnel le soin de négocier, conclure et assurer le suivi des contrats relatifs à la copropriété, ne saurait bénéficier d'une telle disposition. Un pourvoi fut formé.

La Cour de cassation censura la décision des juges du fond aux motifs que « *la représentation d'un syndicat de copropriétaires par un syndic professionnel ne lui fait pas perdre sa qualité de non-professionnel, en sorte qu'il peut bénéficier des dispositions de « l'ancien » l'article L. 136-1 susmentionné nonobstant cette représentation* ».

On a ici une application concrète du contrat de mandat en ce que le mandataire s'efface devant la personne du mandant qui reste tenu des obligations contractées en son nom et pour son compte. Ainsi, la qualité de syndic professionnel du mandataire s'est éclipsée devant celle de personne morale du mandant. C'est donc par rapport à sa qualité que les juges ont décidé de l'application des dispositions protectrices relatives à la reconduction des contrats de consommation.

345. Travaux préparatoires de la loi Châtel II.

Pour comprendre les motivations de la protection des non-professionnels contre la tacite reconduction des contrats, il faut remonter aux travaux préparatoires de la loi Châtel II. Le sénateur, Monsieur Gérard Cornu, rapporteur de la loi Châtel II indiquait à ce propos que nombre de professionnels notamment « entrepreneurs individuels, artisans et commerçants, professionnels libéraux » assurent eux même la gestion courante de leur entreprise.

Afin de « *faciliter la gestion de l'ensemble de leurs contrats de services par les professionnels (...) il fallait ouvrir le bénéfice des conditions d'information prévues par la loi Châtel de 2005 »⁷⁹⁰. L'objectif du rapporteur était clairement l'extension de la protection de l'article L. 215-1 du Code de la consommation à tous ces « petits professionnels ».*

Cependant, le législateur a préféré appliquer le texte aux consommateurs et non-professionnels. Cela signifie que certains professionnels peuvent bénéficier de la protection instituée par la loi Châtel II, à condition de remplir un certain nombre de critères.

⁷⁹⁰ G. Cornu, Rapport Sénat n°111, 2007-2008, Commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007, cité par N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011, n° 4, p.1246 et s.

346. Un débat doctrinal sur la nécessité de la protection du non-professionnel.

Or, cette protection du non-professionnel, personne morale, ne fait pas l'unanimité au point qu'un auteur affirme que cette position n'emporte pas la conviction, même l'on peut considérer que les règles protectrices devraient s'appliquer à tous les contractants économiquement faibles.

Pour lui, l'idée de vulnérabilité n'est certes pas le seul apanage des consommateurs, mais une conception stricte du droit de la consommation, limitée aux seules personnes physiques agissant en dehors des fins préférables, s'harmonise mieux avec le caractère dérogatoire de cette matière⁷⁹¹.

Or, la jurisprudence accorde fermement la protection contre la tacite reconduction des contrats au non-professionnel, personne morale, en tant que contractant distinct du consommateur. C'est dans cet arrêt du 23 juin 2011 que la Cour de cassation décida d'étendre la protection du droit de la consommation contre la tacite reconduction aux non-professionnels ; plus particulièrement à certaines personnes morales de droit privé⁷⁹². En l'espèce, un syndicat de copropriétaires d'un immeuble avait conclu avec une société un contrat d'entretien. Celui-ci prenait effet le 2 août 2004, pour une période d'un an, reconductible de plein droit à l'expiration de chaque période. Par lettre recommandée du 30 juin 2008 des copropriétaires a informé la société de la résiliation du contrat au 1^{er} août 2008, en application des dispositions de l'article L. 215-1 du Code de la consommation.

La juridiction de proximité saisie à la suite de l'opposition formée à l'encontre de l'injonction de payer avait alors accueilli la demande de la société de prestation de service. La juridiction de proximité estimait alors que « *le syndicat de copropriétaires, qui est une personne morale, ne pouvait se prévaloir de l'article L. 215-1 du Code de la consommation qui « vise exclusivement les personnes physiques »*. Un pourvoi est formé.

347. Une jurisprudence favorable à la protection du non-professionnel contre la tacite reconduction des contrats.

Par son arrêt du 23 juin 2011, la Cour de cassation avait alors cassé le jugement de la juridiction de proximité au visa de l'article L. 215-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008. Elle considérait que « les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels

⁷⁹¹ S. Piedelièvre, « Information sur le renouvellement du contrat et non-professionnel », *art. précit.*

⁷⁹² Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n°10-30645.

bénéficiant des dispositions susvisées, applicables à la reconduction des contrats ». La Cour de cassation estimait, toutefois, que « *dès lors que le délai imparti au prestataire de services par le premier alinéa pour donner l'information requise n'avait pas commencé à courir à la date d'entrée en vigueur de l'article 33 de la loi du 3 janvier 2008, la juridiction de proximité... n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle* ».

Ainsi donc, deux enseignements peuvent être tirés de cette décision. D'une part, la Cour de cassation considère que certains professionnels, assimilables aux non-professionnels, peuvent bénéficier la protection contre la non-reconduction du contrat. D'autre part, elle estime que la décision de la juridiction de proximité n'était pas fautive ; mais que celle-ci ne lui avait pas mis en mesure d'exercer son contrôle, en l'absence de la durée de préavis déterminant le point de départ du délai en l'espèce.

Ainsi dans cet arrêt⁷⁹³, la censure de ce jugement par la Cour de cassation tenait au fait que le syndicat de copropriétaires, personne morale, en sa qualité de non-professionnel, était bien créancier de l'obligation d'information sur la tacite reconduction des contrats de consommation.

348. Le non-professionnel : une notion autonome.

La lutte contre les clauses abusives n'est donc pas le seul domaine où le non-professionnel bénéficie de la protection au sein du droit de la consommation. À ce propos, un auteur pense que « certaines dispositions du Code de la consommation visent, à côté du consommateur, la notion distincte de « non-professionnel », catégorie propre au droit français »⁷⁹⁴.

Un autre affirme que « *l'emploi de la conjonction de coordination «et » permet de considérer que le non-professionnel constitue ici une catégorie différente des consommateurs, là où la législation sur les clauses abusives pouvait laisser penser qu'il s'agissait de notions similaires en se référant « aux non-professionnels ou consommateurs »*⁷⁹⁵.

Comme la Cour de cassation le relève bien, en l'espèce, le syndicat de copropriétaire, personne morale, aurait pu bénéficier de la faculté de résiliation unilatérale de l'article

⁷⁹³ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, n°10-30645.

⁷⁹⁴ Voir not. X. Delpech, « Application à un syndicat de copropriété du droit de la consommation », *D.* 2011.

⁷⁹⁵ N. Sauphanor-Brouillaud, « Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *art. précit.* V. également, S. Tisseyre, « Paradoxe autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245 et s. Voir aussi, N. Claude, Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *Petites affiches* 30/09/2011, n° 195, p. 14 et s.

L. 215-1 du Code de la consommation à une condition. En effet, la loi Châtel I de 2005 bénéficiait au seul consommateur ; mais du fait de la modification issue de l'article 33 de la loi Châtel II du 3 janvier 2008, le non-professionnel devenait créancier de la protection.

349. L'application dans le temps de la nouvelle loi.

En l'espèce, c'est la question de l'application dans le temps de la nouvelle loi qui se pose.

L'article L. 215-1 du Code de la consommation dispose que le professionnel est tenu d'informer le consommateur ou le non-professionnel par écrit, au plus tôt trois mois et plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction. En l'espèce, le juge de proximité n'avait pas précisé la durée du préavis. On ignorait donc si le point de départ du préavis était antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur de l'article 33 de la loi du 28 janvier 2008. Ce qui empêchait la Cour de cassation de vérifier « si à la date de la résiliation, le syndicat de copropriétaires pouvait valablement prétendre n'avoir pas reçu l'information dans le délai légal »⁷⁹⁶.

En définitive, le syndicat de copropriétaire, n'ayant pas bénéficié de l'information sur son droit de résiliation du contrat reconductible, il aurait pu bénéficier la faculté de résiliation si la date de préavis était postérieur en l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

350. Une utilisation actuelle du critère du rapport direct.

C'est essentiellement grâce au critère du rapport direct que la Cour de cassation à procéder à l'exclusion certaines catégories de professionnels de la protection du droit de la consommation. Par exemple, l'agriculteur ayant conclu un contrat de prestation de service en lien avec son activité professionnelle a été exclu de la protection contre la tacite reconduction des contrats⁷⁹⁷.

Dans un autre arrêt en date du 16 septembre 2014, la Cour de cassation admettait qu'un agriculteur ayant conclu un contrat en « rapport direct » avec son activité professionnelle ne pouvait pas bénéficier la protection contre la non-reconduction du contrat⁷⁹⁸. En l'espèce, le contrat de prestation de service comportait une clause de tacite reconduction. L'agriculteur avait alors manifesté son intention de rompre le

⁷⁹⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, n° 152 et s.

⁷⁹⁷ V. not. S. Bernheim-Desvaux, « La loi Chatel sur la tacite reconduction des contrats ne s'applique pas aux agriculteurs », *EDCO* 2014, n°8, p. 2 et s.

⁷⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, n°13- 16312.

contrat. La société prestataire de service assigna l'agriculteur en paiement d'une certaine somme au titre d'une année de prestation. La juridiction de premier degré avait assimilé l'agriculteur au consommateur pour lui faire bénéficier de la protection de l'article L. 215-1 du Code de la consommation.

Pour la Cour de cassation, le contrat litigieux avait pour objet la comptabilité et la gestion de l'entreprise de l'agriculteur. La Cour de cassation estima que le texte susvisé ne s'applique pas aux professionnels ayant conclu un contrat de prestation de service en rapport direct avec leurs activités ; ce qui excluait l'agriculteur en l'espèce. L'intérêt de cet arrêt tient au fait que la Haute juridiction n'exclut pas les petits professionnels, personnes physiques, ayant conclu un contrat sans rapport avec leur activité, de la protection de ce texte. L'utilisation du critère du rapport direct, après la suppression de celle-ci par la loi Hamon, a étonné certains auteurs. Un auteur avait alors affirmé que « *la motivation aurait pu se limiter à énoncer que la disposition en cause ne s'applique pas professionnels et faire l'économie d'une référence au critère du rapport direct* »⁷⁹⁹.

Il s'agit bien d'une preuve du retour du critère du rapport direct en droit de la consommation.

351. L'arrêt du 16 février 2016.

Enfin, dans un récent arrêt du 16 février 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation a réactivé le même critère du « rapport direct » pour exclure un comité d'entreprise de la protection de l'article L. 215-1 du Code de la consommation⁸⁰⁰.

En l'espèce, le 19 juin 2009, une société avait conclu avec le comité d'entreprise d'une autre société (le comité d'entreprise) un contrat de prestations de services d'une durée d'un an. Le contrat devait prendre effet le 1^{er} septembre et était reconductible tacitement. Une facture adressée au comité d'entreprise, pour la période à intervenir après la première année du contrat, soit la période du 2 septembre 2010 au 1^{er} septembre 2011, est restée impayée. Le comité d'entreprise avait alors formé une opposition à l'ordonnance d'injonction de payer délivrée à son encontre.

La juridiction de proximité saisie avait alors estimé que le prestataire de service ne justifiait pas de l'envoi d'un document reprenant l'information conformément aux

⁷⁹⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p.331 et s.

⁸⁰⁰ Cass. com., 16 février 2016, n°14-25146.

dispositions de l'article L. 136-1 du Code de la consommation. Le jugement est cassé au visa du texte précité.

La Cour de cassation avait alors considéré que ce texte « *en ce qu'elles visent les non-professionnels, sont inapplicables aux contrats qui ont un rapport direct avec leur activité professionnelle* ». La Cour de cassation affirme donc que le comité d'entreprise reste un non-professionnel ; mais il ne peut pas bénéficier de la protection contre la tacite reconduction en raison du rapport direct entre son activité professionnelle et le contrat en cause. Le non-professionnel ne serait donc pas finalement le professionnel dépourvu de toute activité professionnelle mais uniquement une personne morale qui agit à des fins non-professionnel.

Lorsqu'il est établi un rapport entre cette activité du non-professionnel et le contrat litigieux, ce non-professionnel ne pourra donc pas être protégé. Le critère de l'absence de rapport direct entre l'activité du non-professionnel et le contrat demeure donc toujours un élément déterminant dans le mécanisme de sa protection par le droit de la consommation. La Haute Cour utilise généralement ce critère pour exclure certains professionnels de la protection du droit de la consommation comme en atteste l'espèce.

352. L'exclusion des sociétés commerciales de la catégorie des non-professionnels.

Toutefois, la Cour de cassation a exclu les sociétés commerciales de la protection prévue par l'ancien article L.136-1 du Code de la consommation. Comme dans la lutte contre les clauses abusives, les sociétés commerciales ne peuvent pas bénéficier de la protection contre la tacite reconduction des contrats en droit de la consommation⁸⁰¹.

C'est aussi à l'occasion de litiges concernant la tacite reconduction des contrats que la jurisprudence a définitivement écarté les sociétés commerciales de la catégorie des non-professionnels. Dans deux arrêts du 6 septembre 2011⁸⁰², la Cour de cassation a affirmé que les dispositions du Code de la consommation sur la reconduction des contrats « *qui s'appliquent exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales* ».

⁸⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 septembre 2011, n°10-21583.

⁸⁰² V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, « Une société commerciale n'est pas un non-professionnel », *RDC* 2012/2, p. 498 et s.

353. Sur la prestation de service.

En l'espèce, un prestataire de service avait conclu un contrat avec une autre société pour une durée d'un an avec possibilité de reconduction tacite. Suite à une contestation sur la reconduction du contrat le cocontractant de la société prestataire de services s'est prévalu des dispositions sur la reconduction des contrats.

Le tribunal de commerce de Bobigny avait débouté le prestataire de service en retenant que son cocontractant doit être considéré comme étant dans la situation d'un non-professionnel car n'intervenant pas dans son domaine de spécialité. Ce cocontractant devait donc bénéficier des dispositions sur la reconduction des contrats. La Cour de cassation avait censuré ce jugement aux motifs que les dispositions sur la reconduction des contrats de consommation ne concernent pas les contrats conclus entre sociétés commerciales.

Cette décision se comprend quand on est dans une logique consumériste. En dehors de cette matière, une société commerciale peut être créancière de l'obligation d'information. C'est désormais ce que consacre le nouvel article 1112-1 du Code civil qui prévoit une obligation générale d'information dans le droit commun des contrats. Il faut rappeler qu'un dispositif de protection particulier contre la reconduction des contrats existe en dehors du droit de la consommation.

354. L'intérêt pratique de la protection des petits professionnels.

Cet arrêt prouve que les petits professionnels sont plus aptes à attaquer d'autres professionnels en justice pour la défense de leur intérêt notamment lorsqu'ils s'estiment créanciers d'une protection donnée. Or, la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer dans un arrêt du 25 novembre 2015 qu'un syndicat de copropriétaire demeure un non-professionnel même lorsqu'il est représenté par un syndic professionnel⁸⁰³.

Cet arrêt confirmait alors le syndicat de copropriétaires « *peut bénéficier des dispositions de l'article L. 215-1* » du Code de la consommation, malgré le fait qu'il soit représenté par un professionnel. Il est donc clairement établi que certaines personnes morales comme les syndicats de copropriétaires bénéficient de la protection du droit de la consommation. Peu importe dès lors l'évidente qualité de professionnel du mandataire : sa personne s'efface et seule la qualité de « non-professionnel » du syndicat représenté compte. Ce qui implique que le prestataire de service est obligé

⁸⁰³ Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2015, n°14-20760.

d'informer le professionnel, qui représente un « non-professionnel », de sa faculté de ne pas reconduire le contrat⁸⁰⁴.

B. Le système de l'information du contractant faible dans le Code civil

355. Un devoir précontractuel d'information renforcé.

Des dispositifs de protection des contractants faibles par l'imposition d'un devoir d'information au professionnel existent en dehors du droit de la consommation. Désormais, il est prévu à l'article 1112-1 nouveau du Code civil un devoir⁸⁰⁵ d'information générale.

Nous avons donc décidé de la rapprocher de l'obligation d'information imposée au prestataire de service dans le cadre de la reconduction des contrats. Il faut rappeler ici que tous ces dispositifs relatifs à l'information du contractant faible sont des remèdes au déséquilibre contractuel. Le rapport au président de la République explique bien que les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont jugé « *opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre dans les relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général* »⁸⁰⁶.

Or, ce devoir d'information est fondé sur le principe de bonne foi. Tirant donc les conséquences de l'extension du principe de bonne foi à la phase de conclusion du contrat, le nouvel article 1112-1 consacre un devoir d'information précontractuelle, d'ordre public⁸⁰⁷.

355. Une continuité de la protection prévue par le droit de la consommation.

À l'instar de l'obligation d'information dans la tacite reconduction, il s'agit là aussi d'un devoir précontractuel d'information, puisque le texte figure dans la partie du Code civil relative aux négociations.

Ainsi l'article 1112-1 du Code civil 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.*

⁸⁰⁴ V. en ce sens, G. Cattalano-Cloarec, « Le syndicat de copropriétaire demeure un non-professionnel », *L'ESSENTIEL droit des contrats* 14/01/2016, n°1, p. 3 et s.

⁸⁰⁵ Certains auteurs qualifient cette obligation d'information en simple devoir. V. en ce sens, S. Le Gac-Pech, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *Petites affiches*, 2016 – n°162, p. 7 et s.

⁸⁰⁶ Rapport au président de la République : *JO*, 11 février 2016.

⁸⁰⁷ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 15^e éd, Domat, LGDJ, 2016, n°67.

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 peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

357. Les caractères de l'information pré-contractuelle de l'article 1112-1 du Code civil.

Deux enseignements principaux peuvent être tirés de cette disposition. D'abord, l'information doit avoir une importance déterminante. Le texte lui-même précise que sont considérées comme déterminantes, « *les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ».

Le caractère déterminant de l'information liée au contenu du contrat implique forcément la prise en compte, dans le contrôle de l'équilibre contractuel, du contenu du contrat. Cette analyse est justifiée par le fait que l'article 1170 du Code civil admet désormais le contrôle de la définition de l'objet principal du contrat alors que le Code civil lui-même continue de refuser le contrôle de l'équivalence des prestations. C'est ce que prévoit l'alinéa 2 de l'article 1112-1 du Code civil.

Or, pour communiquer l'information, encore faut-il la connaître. Selon un auteur, il s'agit d'une conception minimaliste de l'obligation pré-contractuelle d'information. Pour justifier son propos, il se fonde sur une comparaison avec l'ancien article 1129 proposé par le projet d'ordonnance de février 2015 qui visait « *celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information (...)* », pour en déduire un « *devoir de connaissance* »⁸⁰⁸.

Ainsi, l'exigence d'une information relative au contenu du contrat ou à la qualité des parties a pour effet d'éviter les cas où le contractant multipliait l'envoi d'informations inutiles afin de détourner l'attention de son cocontractant sur des informations

⁸⁰⁸ M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.* 2016-n°14, p. 15 et s.

importantes⁸⁰⁹. Seules les informations pertinentes doivent donc être fournies au bénéficiaire de l'article 1112-1 du Code civil. Il s'agit essentiellement des informations ayant une incidence significative sur le consentement du contractant protégé.

358. La charge de la preuve.

L'obligation d'information n'a rien de systématique, puisque « *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre la lui devait (...)* »⁸¹⁰. Le bénéficiaire de l'information doit l'ignorer ou du moins avoir une confiance légitime en son contractant. En dehors de ces deux cas bien identifiés par le Code civil, aucune information n'est due⁸¹¹. En subordonnant l'obligation d'information à l'ignorance légitime de l'autre partie, l'ordonnance du 10 février 2016 a incontestablement entendu réhabiliter le devoir de se renseigner⁸¹² (due diligence), ce que confirme le rapport au président de la République⁸¹³. Ainsi, en instaurant une obligation d'information, le législateur ne dispense pas « *de faire usage de notre propre raison* »⁸¹⁴. *Emptor debet esse curiosus* (l'acheteur doit être curieux).

Le professeur Patrice Jourdain affirmait, pour sa part, que « *la règle selon laquelle chacun doit veiller à la conservation de ses propres intérêts et se renseigner par soi-même avant de pouvoir exiger des autres qu'ils nous instruisent, s'impose au contraire plus que jamais face au développement des obligations de renseignement. Elle constitue un frein salutaire permettant d'en éviter les excès et d'écartier les risques toujours possibles d'inflation* »⁸¹⁵.

359. Éclairer le consentement du cocontractant.

Pour le Professeur Philippe le Tourneau il est « *urgent de redonner aux sujets de droit le sens de leur propre responsabilité, en repoussant l'infantilisme juridique dans lequel ils sont aujourd'hui trop souvent confinés* »⁸¹⁶.

⁸⁰⁹ Cass. civ. 3^e, 26 juin 1991, n°89-21325, *Bull. civ. III*, n° 194.

⁸¹⁰ Article 1112-1, alinéa 4 du Code civil.

⁸¹¹ B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *Bulletins Joly Sociétés*-n°9, p.529 et s.

⁸¹² Sur cette obligation, v. not. P. Jourdain, « Le devoir de se renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.* 1993, p. 139 et s.

⁸¹³ B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. précit.*

⁸¹⁴ Portalis, cité par M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.* 2016-n°14, p. 15 et s.

⁸¹⁵ P. Jourdain, « Le devoir de se renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.* 1983, *Chron.*, p. 138, *spec.*, p. 144.

⁸¹⁶ Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil, *D.* 1987, *Chron.*, p. 101 et 102. V. également du même auteur, « Quelques aspects des responsabilités professionnelles, *Gaz. Pal.*, 1986. 2. *Doctr.*, p. 616.

Or, Madame Fabre-Magnan estime que « *dans certains cas, la rétention d'une information peut avoir pour conséquence d'amener une partie à manifester un consentement contraire à son intérêt. Elle va ainsi conclure un contrat, le proroger, le modifier, le résilier, exercer une option, etc., alors que telles décisions n'étaient pas opportunes. Dès lors, dans cette hypothèse, si le contractant avait connu l'information, il aurait agi différemment, en ce sens qu'il aurait manifesté un autre consentement, pris une autre décision. L'obligation d'information va donc porter sur des éléments ayant une incidence sur le consentement d'un contractant. L'objectif de cette obligation est que le consentement manifesté corresponde le plus exactement possible à l'intérêt de chaque contractant* »⁸¹⁷.

360. Un concours de plus facteurs.

C'est la combinaison de cette exigence d'ignorance légitime à la confiance légitime du cocontractant qui donne tout son sens à cette analyse dans notre étude. En effet, le bénéficiaire de l'information doit avoir une confiance légitime dans son cocontractant et « *qui l'autorise à se reposer entièrement sur le détenteur de l'information* »⁸¹⁸. Or, les rapports contractuels entre professionnels sont généralement basés sur la confiance, ce qui justifie l'exigence de sécurité, de rapidité dans cette matière. Ainsi, aucun formalisme particulier n'est exigé dans la formation et la preuve des contrats entre commerçants. On peut donc s'attendre à ce que le professionnel « faible » ait une confiance légitime dans son cocontractant professionnel qui est ainsi obligé de lui fournir les informations nécessaires en vue de la conclusion du contrat en connaissance de cause.

À l'aune d'un principe d'aptitude à l'information, il pourrait être imposé à une partie plus apte économiquement, matériellement ou intellectuellement la fourniture d'une information, l'autre pouvant légitimement en ignorer l'existence⁸¹⁹. Le petit professionnel « faible » a dans cette disposition un moyen de protection préventif contre le déséquilibre contractuel dont il peut être victime.

⁸¹⁷ M. Fabre-Magnan citée par J. Ghestin, *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 1531.

⁸¹⁸ B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. précit.*

⁸¹⁹ M. Mekki, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *art. précit.*

361. Le lien avec la r tice nce dolosive.

Enfin, ce devoir d'information doit être mis en exergue par rapport à la r tice nce dolosive de l'article 1137 du Code civil. Cette évidence découle des sanctions posées à l'alinéa 6 de l'article 1112-1 du Code civil, c'est-à-dire la responsabilité de celui qui était tenu de l'information mais aussi et surtout de « *l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ». Or, la sanction du manquement à un devoir d'information pré-contractuelle n'est pas la nullité du contrat sauf à mettre ce devoir d'information pré-contractuelle en exergue avec les vices du consentement et notamment le dol. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1137 du Code civil prévoit 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* ».

La dissimulation désigne le fait, pour une partie, de cacher volontairement, dans le but de tromper, une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre⁸²⁰. Une dissimulation est par hypothèse intentionnelle⁸²¹. Si le débiteur l'article 1112-1 du Code civil ne fournit pas l'information pertinente dont a besoin le cocontractant qui l'aurait légitimement ignoré, cette dissimulation est *de facto* intentionnelle et peut être sanctionnée par la nullité du contrat dans les conditions de l'article 1137 alinéa 2 du Code civil.

L'inexécution de l'obligation pré-contractuelle d'information peut être ainsi invoquée par les distributeurs petits professionnels pour obtenir réparation ou pour obtenir l'annulation du contrat; notamment lorsque cette annulation était trop difficile à obtenir isolément, puisque la Cour de cassation exigeait la preuve que le consentement ait été vici ⁸²². La Cour de cassation distinguait donc clairement la responsabilité du franchiseur poursuivi pour inexécution de son obligation d'information lors du renouvellement du contrat de l'existence d'un vice du consentement⁸²³.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ V. en ce sens, Klein J., « Le consentement », *JCP G* 2015, suppl. au n 21, p. 14, spéc. né 7. V. aussi Cass. com., 24 septembre 2013, n 12-24917 : *BJS* décembre 2013, n 111a4, p. 798, note Messai-Bahri qui affirme qu' « il ne peut y avoir de dissimulation sans volonté de dissimuler ».

⁸²² Cass. com., 10 février 1998, Société ED Le Maraîcher et autre c/ Société ED Le Maraîcher La Courneuve et autres, Bull. civ., n 252, p. 220 ; D. aff. 1998, p. 375, JCP E 1998, p. 130 et s., obs. P.-Y. Gautier, *RTD civ.* 1998, p. 365, n 3, obs. J. Mestre.

⁸²³ Cass. com., 9 octobre 2007, n 05-14118 ; Cass. com., 27 janvier 2009, n 07-21616. V. en ce sens, M. Béhar-Touchais, « De la sanction de l'obligation d'information précontractuelle », *RDC* 2009/3, p. 1150 et s.

362. Les sanctions.

Ces sanctions du manquement à l'obligation pré-contractuelle d'information sont bien différentes de la sanction de l'inexécution de l'obligation d'information dans la tacite reconduction des contrats. Dans le cadre d'un contrat de consommation reconductible tacitement, la sanction que prévoit le Code de la consommation est la résiliation du contrat reconduit par le non-professionnel. À cette sanction consistant en la résiliation du contrat, on semble admettre une renégociation du contrat reconduit.

§. 2 : La sanction : Résiliation unilatérale du contrat par le contractant faible

363. La compétence de l'autorité administrative.

L'obligation d'information dans la reconduction des contrats peut être constatée par les agents de l'administration, de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes selon l'article L. 141-1, II, 5° du Code de la consommation. Ces agents disposent des pouvoirs d'enquête, lesquelles disposent d'une valeur probatoire⁸²⁴. Ces agents disposent également de pouvoirs d'injonction et d'assignation contre le professionnel indélicat⁸²⁵.

Ainsi, contrairement au droit commun où la reconduction du contrat peut être sanctionnée par une résiliation du contrat reconduit par l'un ou l'autre des cocontractants⁸²⁶, dans le droit de la consommation la résiliation unilatérale. C'est-à-dire que seul le contractant faible a le pouvoir de résilier de façon unilatérale le contrat reconduit et sans préavis.

Le système de résiliation du contrat tacitement reconduit rappelle l'ancêtre du commodat (prêt à usage), le *precarium* (le précaire) dans lequel le prêteur pouvait exiger la restitution de la chose prêtée sur le champ, c'est-à-dire sans préavis. Il s'agit, ni plus ni moins, d'une sanction sévère destinée à dissuader le prestataire de services qui déciderait de ne pas informer son cocontractant de la reconduction du contrat. Le non-professionnel, lui seul, peut résilier le contrat à « tout moment ».

⁸²⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, n°953.

⁸²⁵ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n°955.

⁸²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 5 février 1985, n°83-15895, *Bull. civ.* I, n° 54.

364. La nature de la sanction.

La sanction du défaut à l'obligation d'information légale qui pèse sur le professionnel reste la résiliation unilatérale du contrat par le contractant protégé. Cette sanction est assez spécifique et semble parfaitement adaptée à la nature du contrat en cause. En effet, comme on l'a vu dans le droit commun des contrats, en cas de manquement à l'obligation pré-contractuelle d'information, la sanction encourue par le professionnel peut être l'annulation du contrat.

Toutefois, « *cela n'a rien de systématique. Il n'en ira ainsi que lorsqu'il en résulte un dol* »⁸²⁷. À défaut, l'autre sanction envisageable est la responsabilité délictuelle du débiteur de l'obligation aux fins de réparer les préjudices qui peuvent en résulter, le manquement à cette obligation constituant une faute délictuelle⁸²⁸. En cas de litige, le contractant faible aura toutes les difficultés à prouver qu'il n'a pas été informé, car il s'agit d'une preuve négative⁸²⁹. En effet, la Cour de cassation considère que « *celui qui est contractuellement ou légalement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »⁸³⁰.

Ces sanctions sont très différentes de celle qui découle du défaut de l'obligation légale d'information dans le contrat tacitement reconduit. Le non-professionnel disposera d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat⁸³¹.

375. Une résiliation unilatérale.

Ainsi, « *il résulte de l'article L. 215-2 du Code de la consommation que la faculté de résiliation ouverte par celui-ci au consommateur prend effet au jour où il l'exerce* »⁸³². « *Les avances effectuées après la dernière date de reconduction (...) sont dans ce cas remboursées dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat* ».

En d'autres termes, si le contractant faible est remboursé du « trop-perçu » par le professionnel, il doit cependant supporter le coût de l'exécution partielle du contrat,

⁸²⁷ V. en ce sens, P. le Tourneau et M. Poumarede, « Art. 3 Les sanctions de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information », in *Bonne foi*, RTD Civ. 2009.

⁸²⁸ *Ibid.* Voir également CA Saint Denis de la Réunion, 26 janvier 1993.

⁸²⁹ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, *opi. cit.*, spéc. p.59.

⁸³⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, n°03-11485.

⁸³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 12- 18556. Voir en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Tacite reconduction des contrats de consommation et information du consommateur », *art. préc.*

⁸³² Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 12-18556. Voir en ce sens, X. Delpech, « Tacite reconduction : rémunération au titre de la période antérieure à la résiliation », *D.* 2013.

devoir dont il serait dispensé si la date d'effet de la résiliation n'était pas celle du jour où il exerce, mais antérieur, à la reconduction⁸³³.

Aussi, le contentieux relatif à la tacite reconduction a pris une importance en raison de l'extension de son champ d'application *rationae personae*. Autrement dit, l'extension de la protection contre la tacite reconduction des contrats au non-professionnel est à l'origine d'une jurisprudence dense. Cette réalité s'explique par le fait que de plus en plus de petits professionnels estiment pouvoir bénéficier au moins de cette disposition protectrice de l'article L. 215-1 du Code de la consommation.

366. Le cas particulier du droit des assurances.

La loi Doubin n°89-1008 du 31 décembre 1989 en son article 1^{er} disposait que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* » (al. 1^{er}).

Cette loi visait en premier lieu « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne* », formule très large, qui englobe comme débitrices de l'obligation et créancières de celle-ci non seulement les personnes physiques, mais également les personnes morales et, plus généralement, tout opérateur économique⁸³⁴.

Dans le droit des assurances, l'article 113-15-2, alinéa 1^{er}, décrit le mécanisme par lequel « *l'assuré peut résilier les contrats d'adhésion reconduits tacitement, sans frais ni pénalités, à partir du premier jour suivant la reconduction du contrat. Le contrat concerné doit donc être à durée déterminée, avec une clause de tacite reconduction, comme dans le Code de la consommation* »⁸³⁵.

Les contrats à durée indéterminée ne sont pas concernés et la motivation de la résiliation est à sens unique, à la charge des assureurs et au profit des assurés, sans distinction de leur qualité de consommateurs ou de professionnel⁸³⁶. Le professionnel « faible » bénéficie au même titre que le consommateur de la souplesse de cette

⁸³³ N. Sauphanor-Brouillaud, « Tacite reconduction des contrats de consommation et information du consommateur », *RDC* 2013/3, p. 963 et s.

⁸³⁴ J.-P. Clement, « La nouvelle donne juridique de la franchise (art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 et décret d'application du 4 avril 1991), *Gaz. Pal.*, 14-15 juin 1991, p. 3.

⁸³⁵ V. en ce sens, D. Noguéro, « La lézarde consommériste pour la résiliation du contrat d'assurance », *Gaz. Pal.* 2013- n°337.

⁸³⁶ *Loc. cit.*

résiliation du contrat d'assurances. Les conditions de la résiliation sont moins rigoureuses pour l'assuré selon les termes de l'article L. 113-12 du Code des assurances.

Or, la Cour de cassation estime que la faculté de résiliation annuelle prévue à l'article L. 113-12 du code des assurances n'est pas applicable à l'assurance emprunteur. Un emprunteur ayant souscrit un crédit ne peut pas résilier l'assurance garantissant son prêt en invoquant le principe général de résiliation annuelle prévue à l'article L. 113-12 du code des assurances. Seul, l'ancien article L. 312-9 du code de la consommation est applicable et ce texte ne prévoit pas de possibilité de résiliation⁸³⁷.

Notons que cette décision ne concerne que les prêts souscrits avant le 26 juillet 2014. L'ancien article L. 312-9 du code de la consommation, issu de la loi Hamon, prévoit désormais un droit de résiliation dans les 12 mois suivant la signature de l'offre de prêt⁸³⁸.

367. Conclusion section II.

Il ressort de cette analyse que la protection du non-professionnel contre la tacite reconduction des contrats passe essentiellement par l'information préalable de celui-ci avant la reconduction du contrat. La sanction du manquement à cette obligation d'information, qui consiste en la résiliation du contrat, a pour effet de dissuader pour le professionnel qui ne peut pas se permettre de perdre un contrat donc les retombées financières sont importantes. En effet, en raison de l'échelonnement du contrat dans le temps, les différentes mensualités constituent pour le prestataire de services une source constante d'actifs, de capitaux considérables.

Une résiliation unilatérale du contrat par le contractant faible, pour un défaut d'information, lui serait dommageable. Il faut rappeler ici que le petit professionnel bénéficie de la même protection par le biais d'une extension de la protection prévue contre la reconduction tacite des contrats de consommation.

⁸³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2016, n° 15618899.

⁸³⁸ V. en ce sens, C. Cerveau-Colliard, « L'application dans le temps des règles de résiliation des contrats d'assurance issues de la loi Hamon », Gaz. Pal., 09/05/2017, n° 18, p. 71 et s.

368. Conclusion chapitre II.

En définitive, la protection du non-professionnel et du petit professionnel par l'information reste une réalité en droit français. La protection contre les clauses abusives est donc nécessairement précédée par l'obligation d'information imposée au contractant professionnel dans les contrats avec tacite reconduction.

Il s'agit d'un processus nécessaire pour le développement de l'activité de certains petits professionnels qui n'en sont pas vraiment en fin de compte. C'est un processus en cours d'élaboration auquel la jurisprudence contribue énormément. La protection de ces non-professionnels en droit de la consommation ne change pas vraiment la nature du droit de la consommation. Ce mécanisme contribue plutôt à renforcer la protection instituée par la matière au profit du contrat faible.

369. Conclusion titre I.

La protection du non-professionnel et du petit professionnel reste donc assez spécifique puisqu'elle exclut toute standardisation. La protection est accordée par la loi ce qui la distingue de la protection standard et systématique du consommateur. Ainsi, cette protection du non-professionnel et du petit professionnel semble globalement se résumer à la lutte contre les abus contractuels et par un formalisme informatif renforcé. L'information consécutive du non-professionnel et du petit professionnel, prévue par ces différents dispositifs, complète incontestablement la lutte contre le déséquilibre dans le contrat. La protection contre l'ambiguïté des clauses contractuelles et contre la tacite reconduction du contrat est assez efficace et est complétée par le devoir général d'information prévu par le Code civil.

La notion de non-professionnel pourrait donc servir pour consacrer une notion juridique de contractant profane ; c'est-à-dire qu'elle pourrait englober tout contractant faible autre que le consommateur. Alors que l'information du petit professionnel est incontestablement la preuve que le droit français se renouvelle constamment.

TITRE II

LA PROTECTION PAR LA LUTTE CONTRE LES ABUS CONTRACTUELS

370. Une volonté réelle du législateur de restaurer l'équilibre dans les contrats.

La lutte contre les abus contractuels ou les contrats déséquilibrés est devenue une préoccupation réelle du législateur qui l'étend désormais à tout le droit privé⁸³⁹. Cette lutte tend à reléguer au second rang la qualité du contractant protégé. Le contractant faible est désormais celui qui est victime d'un déséquilibre contractuel engendré par les clauses abusives ou par le contrat lui-même.

Certes, le droit de la consommation reste le siège, de la lutte contre les clauses abusives, mais il n'en est plus sa seule source. En effet, depuis un certain temps on a observé que les différents textes législatifs nationaux ou européens relatifs au droit commun des contrats sont tous marqués par le sceau de la notion de clause abusive. De nombreux projets de textes, tant nationaux qu'européens, ont initié ce mouvement avec pour point principal la protection des professionnels faibles.

La nouveauté est donc le consensus qui se dégage quant à la possibilité de protéger les professionnels, notamment les petits professionnels, contre ces clauses abusives. Par exemple, on a constaté que les Principes européens du droit des contrats⁸⁴⁰ et le Projet de cadre commun de référence⁸⁴¹ consacraient tous deux un instrument de protection contre les clauses abusives applicables dans les relations entre professionnels⁸⁴².

Il en était de même des avant-projets Catala et Terré⁸⁴³, dont l'ordonnance n° 2016-131 de réforme du droit des obligations a été l'aboutissement. Concernant le petit

⁸³⁹ Concernant la protection contre les clauses abusives en droit public, il est établi depuis l'arrêt Sptfond que le juge judiciaire n'est pas compétent pour apprécier la légalité d'une clause ayant valeur réglementaire. V. en ce sens, T. conflit, 16 juin 1923, *GAJA*, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolve, B. Genevois Marceau Long, Dalloz, 2011, 18^e éd., n° 39. Application par la Cour de cassation, Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988, n°87-10479 : *Bull. civ. I*, n° 161.

⁸⁴⁰ Voir notamment, P. Pichonnaz, « Les principes en droit européen des contrats : des règles communes à une compréhension partagée » in *Les Principes en droit européen*, éd. S. BESSON et P. Pichonnaz avec la collaboration de M.-L. Gachter-Alge, L.G.D.J, Schulthess Editions Romandes, Vol. 2, Bâle : 2011, spéc. p. 281 et s. Voir aussi, E. Truilhe, « *Vers un droit communautaire des contrats* », Thèse, Aix-En-Provence, juin 2002. Dans le même sens, Commission pour le droit européen du contrat, G. Rouhette, I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz, *Principes de droit européen du contrat*, Société de législation comparée, Paris : 2003.

⁸⁴¹ Association Henri Capitant, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, G. Wicker, J.-P. Racine, L. Sautonnie-Laguionie, F. Bujoli, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris : 2008. *Adde* J. Beauchard, « Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris : 2004, p. 55 et s.

⁸⁴² C. Witz, « La protection contre les clauses abusives : quel modèle pour le futur Cadre commun de référence ? » *Table ronde : contenu et exécution du contrat*, *RDC* 2009/2, p.883 et s.

⁸⁴³ V. not. D. Fenouillet, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009/1, p. 279 et s.

professionnel, sa protection contre les abus contractuels est essentiellement organisée par le droit de la concurrence. Cette protection est complétée par certaines dispositions du Code civil.

Aujourd'hui le Code civil consacre la protection de tous les contractants faibles contre les déséquilibres contractuels, qu'ils émanent des clauses abusives dans les contrats d'adhésion⁸⁴⁴, ou qu'ils soient relatifs à l'équilibre général du contrat.

371. Plan.

Aujourd'hui encore il existe toujours quelques divergences, pas très importantes, entre les notions de clauses abusives en droit français et en droit européen. La protection du non-professionnel contre les clauses abusives est essentiellement organisée dans le droit de la consommation (Chapitre 1re), tandis que les outils adéquats de protection du petit professionnel sont surtout prévus par le Code civil et le droit de la concurrence (Chapitre 2).

⁸⁴⁴ Cf. *infra* n° 156 et s.

CHAPITRE I

LA PROTECTION DU NON-PROFESSIONNEL CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT

372. La notion de clause abusive.

La notion de clause abusive est suffisamment définie par le législateur. Le siège de la lutte contre les clauses abusives reste le droit de la consommation. La lutte contre les clauses abusives dans le Code de la consommation reste ainsi le premier dispositif de protection de la partie faible admettant des professionnels faibles en son sein⁸⁴⁵.

Historiquement, la notion de clause abusive semble remonter à la période de la révolution industrielle en occident ; mais c'est vers les années 1962 qu'elle fut codifiée, lorsque l'*Uniform Commercial Code*, des Etats Unis, qui avait consacré et clarifié une jurisprudence de *common law* qui permettait au juge d'annuler toute clause qui lui paraissait abusive⁸⁴⁶.

En France, il faudra attendre la loi Scrivener, loi n°78-23, du 10 janvier 1978 pour voir apparaître dans le droit de la consommation la notion de clauses abusives, et ce faisant, la protection du non-professionnel ou du consommateur contre ces clauses⁸⁴⁷. Le dispositif de protection allait être complété par la loi du 15 janvier 1988, instituant l'action en suppression des clauses abusives.

Il fallut, tout de même, attendre la directive du 5 avril 1993 pour que les législations européennes relatives à la lutte contre les clauses abusives fassent l'objet d'une harmonisation au niveau européen.

C'est cette directive qui a introduit la notion de déséquilibre significatif en droit français⁸⁴⁸. Ce texte européen fut transposé en droit français de la consommation par la loi du 1er février 1995⁸⁴⁹.

On peut regretter que la proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs n'ait pas été adoptée, puisqu'elle était d'harmonisation maximale

⁸⁴⁵ V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives, Observation », *Petites affiches* 2009, n°31, p. 54 et s.

⁸⁴⁶ J. Calais-Auloy, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p.164.

⁸⁴⁷ Cf. *supra* n° 20 et s.

⁸⁴⁸ La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 parlait de déséquilibre excessif et consacrait la notion de puissance économique d'un professionnel par rapport à un autre.

⁸⁴⁹ V. not. C. Jamin, « Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD civ.* 1995. P. 437 et s.

et aurait permis d'uniformiser, en tous ses points, les dispositifs de protection contre les clauses abusives dans tous les Etats membres⁸⁵⁰.

C'est donc tout naturellement en cette matière que le non-professionnel, dont l'origine et la consécration viennent du droit de la consommation, trouve les outils appropriés de sa protection contre les clauses abusives. Ainsi, l'analyse de la réalité de la protection du non-professionnel par l'appréciation du déséquilibre significatif (Section 2) sera précédée de celle de la notion de clause abusive (Section 1).

SECTION 1. LA DÉTERMINATION DU CARACTÈRE ABUSIF DE LA CLAUSE

373. Des divergences dans les conceptions françaises et européennes de la clause abusive.

La notion de clause abusive mérite certaines précisions en raison de quelques divergences de conception entre le droit européen et le droit français de la consommation.

En droit français, l'article L. 212-1 alinéa 1 du Code de la consommation dispose que « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Dans sa rédaction initiale, celle de l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978, les clauses abusives étaient définies comme celles « *imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* ». Les clauses abusives paraissaient donc directement liées à la puissance économique du professionnel. Un auteur expliquait alors que « *l'existence d'un avantage excessif fait présumer l'abus de puissance économique, de sorte que les deux éléments tendent à n'en faire qu'un* »⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ V. en ce sens, C. Aubert de Vincelles, « Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation », RDC 2009/2, p.578 et s.

⁸⁵¹ Voir J. Calais-Auloy, « Les clauses abusives en droit français », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, Paris : 1990, p. 113 et s.

C'est donc tout naturellement que cette allusion à la puissance économique, dans la rédaction initiale, fût supprimée au profit du critère du déséquilibre entre les droits et les devoirs des parties ; c'est-à-dire le déséquilibre significatif⁸⁵². Nonobstant ce lien entre la puissance économique et la clause abusive, cette dernière est donc celle qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat⁸⁵³.

374. Le droit européen.

En droit européen, l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil⁸⁵⁴, a défini la clause abusive d'un contrat comme « *celle n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle..., en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* ».

Cette définition est celle que reprend, en d'autres termes, le droit commun des contrats français⁸⁵⁵. Ainsi, l'article 1171 du Code civil dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite...* ». Les conditions pour que la clause soit considérée comme abusive sont l'absence de négociation, l'exigence de bonne foi et le déséquilibre significatif. Pour le droit européen, le contrat doit contenir « *un équilibre idéal sur la base duquel il est possible de considérer que le contrat présente un déséquilibre imputé à la clause suspectée d'être abusive* »⁸⁵⁶. Cela renvoie donc directement aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion.

Or, le droit français de la consommation protège le non-professionnel et le consommateur contre toute sorte de clauses dès lors qu'elle est abusive. Il y a donc une divergence de conception dans la définition même de la clause abusive (§ 2). Toutefois, en droit français comme en droit européen, c'est surtout la conséquence de la clause abusive sur le contrat qui reste importante ; c'est-à-dire le déséquilibre significatif qu'elle crée. Ce déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, qui découle du contrat, reste le critère principal dans la définition de la clause abusive (§ 1).

⁸⁵² Cette notion provient de la directive du 5 avril 1993 que la loi du 1^{er} février 1995 a transposé en droit français.

⁸⁵³ Cf. *infra* n° 156 et s.

⁸⁵⁴ Directive n°93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁸⁵⁵ Article 1171 du Code civil.

⁸⁵⁶ V. en ce sens, V. Roppo, « La définition du caractère abusif : l'application des articles 3 paragraphe 1, et 4 paragraphe 1 et les annexes de la directive », in *La directive « clauses abusives », cinq ans après*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, Doc. CE., p. 137.

§1. LA DÉFINITION DE LA CLAUSE ABUSIVE

375. La nature des contrats concernés.

Les définitions données par le droit européen et le droit français quant au caractère abusif d'une clause laissent entrevoir une divergence certaine dans les conceptions de chaque ordre juridique.

En droit européen, la clause abusive est, avant tout, celle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et ne respecte pas l'exigence de bonne foi. La directive n°93/13/CEE s'applique, de ce fait, aux seules clauses contractuelles non impératives et non négociées. Tous les contrats et toutes les clauses contractuelles ne sont ainsi pas soumis aux dispositions de la directive⁸⁵⁷.

Le droit européen protégera le petit professionnel « faible » dès lors que le contrat litigieux est un contrat d'adhésion ou un contrat contenant une clause standardisée. Le droit commun des contrats français va plus loin et limite la protection contre les clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion. Or, dans le droit de la consommation et le Code de commerce, on remarque une absence de restriction quant aux contrats visés par la réglementation et un élan de justice contractuelle qui favorisent une application à tous les contrats, ou presque, de la réglementation des clauses abusives.

La nature du contrat reste indifférente et les clauses abusives peuvent être retrouvées dans la majorité des contrats spéciaux⁸⁵⁸. L'accent n'est donc pas mis sur l'absence de négociation du contrat mais la protection découle de son caractère déséquilibré. Cela signifie que les clauses concernées ne sont pas uniquement celles relatives au contrat d'adhésion.

376. Le droit des contrats spéciaux français.

En droit des contrats spéciaux français, dès lors que l'un des contractants est un professionnel et l'autre un non-professionnel ou un consommateur, les dispositions sur les clauses abusives s'appliquent à tous les contrats, quelle que soit leur nature.

Ainsi, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'un contrat d'adhésion⁸⁵⁹. Le système du Code de la consommation est applicable à toutes sortes de clauses contractuelles, du moment lorsqu'elles sont écrites. Peu importe le support : les clauses peuvent

⁸⁵⁷ V. not. E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 463, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. p.137.

⁸⁵⁸ V. en ce sens, Y. Auguet (coord.), N. Dorandeu, M. Gomy, S. Robinne, V. Valette-Ercole, *Droit de la consommation*, Ellipses, Paris : 2008, spéc. p. 73 et s.

⁸⁵⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 168.

figurer, par exemple, sur les bons de commandes, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, etc⁸⁶⁰. Ainsi, l'article L. 212-1 alinéa 1 du Code de la consommation a une portée générale et s'applique aussi bien aux contrats de gré à gré qu'aux contrats d'adhésion. En outre, le Code de commerce n'exige pas non plus qu'il s'agisse d'une clause non négociée, il suffit que la clause litigieuse soit incluse dans un contrat entre partenaires commerciaux⁸⁶¹. De même, les particularités de la définition européenne des clauses abusives méritent d'être précisées.

377. Plan.

La définition de la clause abusive par la directive du 5 avril 1993 a ceci de particulier qu'elle est fondée uniquement sur l'exigence d'une clause non négociée (A) et l'exigence de la bonne foi, surtout du professionnel, (B). Le critère du déséquilibre significatif dans la détermination du caractère abusif de la clause semble faire l'unanimité au sein des deux ordres juridiques⁸⁶².

A- L'exigence d'une clause non négociée

378. Des clauses standardisées.

L'une des particularités de la définition de la clause abusive en droit européen et en droit français des contrats, est, sans nul doute, l'exigence d'une clause non négociée. Dans ces matières, les clauses abusives sont essentiellement des clauses incluses dans des contrats d'adhésion⁸⁶³. Les contrats types, et l'absence de négociation, sont, en effet, assez fréquents dans les contrats de consommation. Les contrats d'adhésions ou les contrats contenant des clauses standardisées, caractérisés par la rédaction unilatérale des conditions générales, sont ceux essentiellement visés.

Si la présence de conditions générales, même unilatéralement rédigées, n'est pas forcément une source d'abus, le risque d'abus reste néanmoins élevé, puisque le cocontractant du professionnel donnera souvent son accord sans avoir eu une connaissance parfaite de ces conditions générales. Comme en matière de vices cachés, il n'est pas certain que le contractant « faible » aura une connaissance parfaite des conditions générale dans leur « cause et leur amplitude » ; c'est-à-dire une

⁸⁶⁰ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p. 169.

⁸⁶¹ Y. Picod, *Droit de la consommation*, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p.192.

⁸⁶² Il s'agit, en effet, du critère principal de détermination de la clause abusive. Cette notion a pour origine le droit européen et a été transposée en droit français par une loi du 1^{er} février 1995.

⁸⁶³ Cf. *supra* n° 168 et s.

connaissance importante des conséquences des clauses contenues dans ces conditions générales⁸⁶⁴.

Cela semble valable aussi bien dans les contrats entre consommateurs et professionnels que dans les contrats entre professionnels, partenaires commerciaux⁸⁶⁵.

379. La directive du 5 avril 1993.

Aussi, la directive du 5 avril 1993 vise uniquement les clauses standardisées, soit seules les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle⁸⁶⁶. Le droit français de la consommation ne retient pas la même conception des clauses abusives puisque la protection vise toute sorte de clauses dès lors que celles-ci créent un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties.

Pour une partie de la doctrine, le législateur français craignait que des discussions sans fin s'élèvent sur le point de savoir si une clause a été, ou non, négociée⁸⁶⁷.

C'est dans un arrêt du 15 janvier 2015, que la CJCE a précisé que « *la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'applique à des contrats standardisés de services juridiques, tels que ceux en cause au principal, conclus par un avocat avec une personne physique qui n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle* »⁸⁶⁸.

Ainsi, la clause abusive en droit européen reste essentiellement celle qui n'a pas été négociée, peu important les conséquences de celle-ci sur l'équilibre du contrat.

380. Une protection a minima du professionnel « faible » contre les clauses abusives en droit européen.

Cela implique, en principe, que la législation sur les clauses abusives ne s'applique pas aux petits professionnels « faibles », puisque la définition du consommateur donnée par la directive est « *la personne physique qui n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle* »⁸⁶⁹.

⁸⁶⁴ Cf. *supra* n° 156 et s.

⁸⁶⁵ Voir en ce sens, J. Ghestin, « Rapport introductif » in *Les clauses abusives entre professionnels*, art. préc.

⁸⁶⁶ E. Hondius, « La directive sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne, (aperçu de droit communautaire) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°XVII-5, p. 594 et s. Dans le même sens, E. Hondius, « Regard sur le droit comparé » in *Les clauses abusives entre professionnels*, Etudes juridiques, Economica, Paris : 1998, p.110 et s.

⁸⁶⁷ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, *opi. cit.* spéc. p. 169.

⁸⁶⁸ CJUE 15 janvier 2015, *aff. C-537/13*.

⁸⁶⁹ Article 2 de la directive 93/13/CEE.

Toutefois, il est intéressant de constater que le projet de cadre commun de référence adopte une position différente. Si tous les professionnels ne sont pas protégés, pour que le contrôle puisse jouer, il faut que le professionnel « faible » ait été dans une situation de dépendance ou de faiblesse⁸⁷⁰.

Aussi, comme la directive relative aux clauses abusives est une directive d'harmonisation minimale, le droit français admet que le non-professionnel puisse bénéficier de la protection contre les clauses abusives, au même titre que le consommateur.

381. La clause d'harmonisation minimale.

Cette clause d'harmonisation minimale est en réalité assez précieuse dans le dispositif de protection institué au niveau européen. En effet, si la clause abusive est avant tout celle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, on peut se poser la question de la nécessité d'une telle négociation en présence de contractants de forces économiques différentes ou en cas d'asymétrie dans l'information.

Or, c'est justement parce que l'un des contractants est économiquement puissant qu'il a la possibilité d'imposer le contenu de son contrat à son cocontractant⁸⁷¹. En présence de deux contractants de force égale, il est certain que le contenu du contrat sera nécessairement discuté, sauf dans l'hypothèse d'une détresse économique⁸⁷². C'est pourquoi cette exigence de non négociation de la clause afin de qualifier celle-ci d'abusives n'est nécessaire que dans les rapports entre contractants professionnels de poids économique et de capacité de négociation égaux. En dehors de ces hypothèses, le non-professionnel et le petit professionnel devraient bénéficier de la protection dès lors que le déséquilibre significatif est constaté.

Ainsi, le projet de cadre commun de référence est à cet égard pertinent. Ce texte retient un modèle reposant sur la protection de la partie faible, dans le prolongement de la théorie française du contrat d'adhésion et des systèmes juridiques qui, en Europe, assimilent aussi les petites entreprises aux particuliers ou aux consommateurs⁸⁷³.

382. Le droit commun des contrats français dans le sillage du droit européen sur la lutte contre les clauses abusives.

⁸⁷⁰ V. en ce sens, C. Witz, « Table ronde : Contenu et exécution du contrat », *RDC* 2009/2, p. 883 et s.

⁸⁷¹ Cf. *supra* n° 168 et s.

⁸⁷² Cf. *supra* n° 178 et s.

⁸⁷³ C. Witz, « Table ronde : Contenu et exécution du contrat », *art. préc.*

Cette exigence de l'absence de négociation de la clause abusive est beaucoup marquée en droit commun des contrats français. Le champ d'application de l'article 1171 du Code civil pose un problème sérieux d'articulation avec l'article 1170 du même Code. Des auteurs pensent, en effet, que l'article 1171 du Code civil serait limité aux clauses accessoires de l'accord, c'est-à-dire aux clauses qui n'ont pas pour objet de définir les obligations essentielles des parties au contrat⁸⁷⁴, tandis que l'article 1170 du Code civil concernerait les obligations essentielles nées du contrat.

Or, si l'exclusion de « *l'adéquation du prix à la prestation* » renvoie à l'exclusion de la lésion, l'exclusion de la clause portant sur « *la définition de l'objet du contrat* » a donné lieu à une interprétation fort intéressante de la CJUE. En effet, la CJUE estimait que le contrôle de l'abus doit être réservé aux « *clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même du rapport contractuel* »⁸⁷⁵.

De ce fait, « *les clauses du contrat qui relèvent de la notion d'objet principal du contrat* » au sens de la directive 93/13/CE, « *doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci* »⁸⁷⁶.

Ce rapport entre l'essentiel et l'accessoire pourrait être rapproché, dans l'ordre interne, de la distinction dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Les Maréchaux*⁸⁷⁷ entre « les prérogatives contractuelles », d'un côté, et la « substance même des droits et obligations », de l'autre⁸⁷⁸. On peut donc estimer, dans le sillage du droit européen, que la détermination de la clause susceptible d'être contrôlée sur le fondement de l'article 1171 du Code civil sera opérée sur la base de cette opposition entre l'essentiel et l'accessoire.

Cet article ne retient pas l'exigence de bonne foi dans la négociation contractuelle, alors que le législateur européen exige que la bonne foi soit caractérisée pour que la clause soit déclarée abusive. Néanmoins nous savons que la bonne foi est désormais un

⁸⁷⁴ V. en ce sens, F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, n°3, p. 1227. Dans le même sens, v. L. Gratton, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 22 et s. *Adde* M. Mekki, qui semble hésitant sur cette répartition, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 10/05/2016- n°17, p. 11 et s.

⁸⁷⁵ CJUE 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Kasler et Kaslerné Rabai* (à propos d'une clause d'un contrat de prêt prévoyant le remboursement dans une devise étrangère), *D.* 2014. 1038 ; *RTD eur.* 2014. 715 et 724, obs. C. Aubert de Vincelles.

⁸⁷⁶ CJUE 23 avril 2015, aff. C-96/14, *Van Hove c/ CNP Assurances SA* (à propos d'une clause d'un contrat d'assurance limitant les risques couverts par la garantie), *D.* 2015. 972.

⁸⁷⁷ Cass. com. 10 juillet 2007, n° 06-14768. V. not. A. Courait, « Limites du contrôle judiciaire de la bonne foi contractuelle », *Bulletins Joly Sociétés*, 2007/11, p. 1187 et s.

⁸⁷⁸ V. L. Gratton, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 22 et s.

principe général du droit commun des contrats⁸⁷⁹, ce qui implique qu'elle soit implicitement exigée dans la détermination du caractère abusif de la clause.

B- L'exigence de la bonne foi

383. Comment s'interprète l'exigence de la bonne foi dans la détermination de la clause abusive ?

L'autre particularité du droit européen dans la qualification de la clause abusive est sans aucun doute l'exigence de la bonne foi. Qu'est-ce que la bonne foi ?

En droit européen, l'exigence de la bonne foi a sa source dans la loi allemande du 9 décembre 1976 sur les conditions générales d'affaires condamnant à l'inefficacité en son paragraphe 9 les dispositions de ces conditions qui, « contrairement aux impératifs de bonne foi », désavantagent le partenaire contractuel de manière déraisonnable »⁸⁸⁰.

Il faut alors se référer au 15^{ème} considérant de la directive sur les clauses abusives pour comprendre l'exigence de bonne foi dans la qualification de la clause. Ce considérant précise que « *l'exigence de bonne foi peut être satisfait par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il prend en compte les intérêts légitimes* ».

Il est aussi précisé que l'appréciation de la bonne foi doit tenir compte de la force des positions respectives de négociation des parties⁸⁸¹. Pour un auteur, le législateur a entendu faire de la bonne foi un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués. Cette appréciation globale s'entend d'une appréciation circonstanciée puisque le juge est nécessairement amené à entreprendre des investigations concrètes afin de contrôler le contexte dans lequel le contrat a été conclu⁸⁸².

Il s'agirait alors d'une bonne foi pré-contractuelle puisqu'elle s'entend d'un critère d'évaluation du comportement des parties lors de la conclusion de la convention⁸⁸³. En tout état de cause, la bonne foi « *exprime un devoir qui ne prend pas sa source dans le contrat mais dans les exigences sociales pesant in ou ex contractu* »⁸⁸⁴ ; elle « *ne*

⁸⁷⁹ V. nouvel article 1104 du Code civil.

⁸⁸⁰ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 et s.

⁸⁸¹ Considérant 16 de la directive sur le droit des consommateurs. V. en ce sens, Y. Picod, *Droit de la consommation*, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p.199.

⁸⁸² E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Bibliothèque de droit privé, Tome 463, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. p.148.

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, t.337, spéc. n°128.

semble pas être une pièce constitutive du contrat mais plutôt la soutenir de l'extérieur »⁸⁸⁵.

384. L'exigence de bonne foi renvoie-t-elle à l'obligation d'information ou de transparence ? Dans ce cas, on peut comprendre que les contractants soient amenés à conclure le contrat conformément aux impératifs de loyauté. Cette exigence ne semble pas nécessaire à partir du moment où il est absurde d'attendre du professionnel, qui cherche à maximiser ses profits, qu'il puisse voir dans son partenaire contractuel un ami.

De plus, on peut s'étonner de l'apport d'une telle exigence dans la qualification d'une clause abusive. Par exemple, les clauses contractuelles en matière de vente sont inopposables à l'acheteur parce que le droit commun consacre une présomption de connaissance du vice de la part du vendeur professionnel⁸⁸⁶.

Cette notion de « présomption de connaissance du vice » est le résultat d'une subtilité juridique visant à ne pas considérer le vendeur professionnel comme étant systématiquement de mauvaise foi.

Or, en réalité, le vendeur professionnel est toujours présumé être de mauvaise foi face à un acheteur profane⁸⁸⁷. L'existence de la clause abusive dans le contrat reste, finalement, la preuve de la mauvaise foi de nombreux professionnels. Cette exigence de la mauvaise foi dans la directive paraissait alors inutile.

C'est ce qu'avance un auteur qui s'interrogeait sur cette exigence en ces termes : « *comment penser que le professionnel pourrait être de bonne foi en cherchant à retirer des avantages disproportionnés du contrat conclu avec le consommateur ?* »⁸⁸⁸.

Néanmoins, l'obligation générale d'information consacrée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à l'article 1112-1 du Code civil est essentiellement fondée sur ce principe de bonne foi⁸⁸⁹. On peut donc espérer que cela permettra une négociation loyale du contrat entre les cocontractants.

⁸⁸⁵ *Ibid*, spéc. n° 150.

⁸⁸⁶ Cette présomption est déduite de l'article 1643 du Code civil qui prévoit que le vendeur professionnel « est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie ». V. not. Cass. Com. 27 novembre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 367 ; Com. 21 janvier 1992, *CCC* 1992. 94, *note Leveneur*. D'une manière véritable, l'assimilation avait été déjà enseignée par Pothier (*De la vente*, n° 2014) qui la tenait de Dumoulin (V. Troplong, *De la vente*, t. 2, 5^e éd., 1856, n°574).

⁸⁸⁷ Sauf lorsque cet acheteur peut être assimilé à un vendeur professionnel ; comme le fabricant ou le revendeur intermédiaire ou celui qui a lui-même construit ou fabriqué le bien vendu. V. not. Cass. 3^{ème} Civ., 9 février 2011, n°09-71498.

⁸⁸⁸ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *art. préc.*

⁸⁸⁹ *Cf infra* n° 250.

385. La place de la bonne foi dans les contrats entre professionnel et contractant faible.

Dans le cas précis des contrats entre professionnels, l'exigence de cette bonne foi pourrait avoir une interprétation différente. Si le droit français ne retient pas une telle condition dans la définition de la clause abusive, l'article 1104 nouveau du Code civil dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ».

Il y a donc désormais une obligation de bonne foi à toutes les étapes de la formation du contrat. Or, par définition, le contrat d'adhésion est celui qui est caractérisé par l'absence de négociation. On peut donc penser que cette exigence générale de bonne foi devrait conduire le professionnel à soumettre à son cocontractant un contrat équilibré.

Tout autre est la question de la sanction de ce manquement à la bonne foi, dans la négociation et la formation du contrat. Le droit français, contrairement au droit européen, n'exige pas une condition de mauvaise foi du professionnel pour que la clause soit déclarée abusive. Dans ce cas, on peut estimer que le manquement à l'obligation de bonne foi dans la négociation du contrat continuera d'être sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁸⁹⁰ ; « *car la bonne foi manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel* »⁸⁹¹.

En revanche, dans la phase de la formation du contrat, la nature de la responsabilité est beaucoup moins précise. La sanction de la clause abusive étant de la réputer non-écrite, le contrat continue de subsister. Si ce contrat est donc conclu à la suite d'un manquement à la bonne foi, il y a une nette tendance de la jurisprudence française à se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle pour justifier les dommages-intérêts accordée à la victime⁸⁹². On peut tout de même se demander si ces deux sanctions sont cumulables lorsque le professionnel a en outre inséré dans le contrat une clause abusive⁸⁹³.

⁸⁹⁰ V. not. P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », in *Mélanges en hommage à Daniel Tricot*, Paris, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61 et s.

⁸⁹¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, t.337, spéc. n°126.

⁸⁹² Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n°07-19867, Bull. civ. I, n°7, sur l'obligation du banquier sur l'adaptation à la situation de l'emprunteur de l'assurance groupe assortissant le contrat de prêt.

⁸⁹³ Sur cette notion et ses implications voir *infra* chapitre 6.

386. L'usage d'une clause dans un contrat.

En somme, l'usage d'une clause dans un contrat n'est pas interdit, mais c'est le caractère abusif de la clause qui la rend non écrite. Puisque par définition, l'abus est le fait de dépasser l'exercice d'un droit, la bonne foi permet alors au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle⁸⁹⁴.

Malgré ces précisions, il ne semble pas que la définition de la clause abusive donnée par les textes européens et français soit aussi claire. En droit français, c'est donc au pouvoir réglementaire et à la Commission des clauses abusives que revenait le pouvoir d'apprécier le caractère abusif de la clause.

Les divergences entre le droit européen et le droit français ne se limitent donc pas à la seule exigence de clause non négociée, en dépit de la condition de bonne foi. Il existe aussi des divergences dans la conception des listes de clauses et dans le pouvoir attribué à certains organes publics dans l'appréciation de la clause. Le système de protection contre les clauses abusives institué par la loi n°78-23 du 10 janvier 1978⁸⁹⁵ délègue au pouvoir réglementaire et à la commission des clauses abusives l'autorité de déclarer le caractère abusif d'une clause.

§2. DES LISTES DISTINCTES DE CLAUSES ABUSIVES

L'analyse du contenu de chaque liste de clause au sein des deux ordres juridiques (A) sera complétée par le rôle du pouvoir réglementaire et de la Commission des clauses abusives dans la détermination du caractère abusif d'une clause (B).

A- L'analyse des listes de clauses abusives

387. L'indication de la méthode choisie dans l'analyse des listes de clauses abusives.

Il s'agit d'analyser, dans ce paragraphe, non pas toutes les clauses abusives mais de mettre l'accent sur les divergences entre les listes européennes et françaises. En raison

⁸⁹⁴ Mais ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties. V. en ce sens, Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14768 : JCP G 2007, II, 10154, note D. Houtcief ; D. 2007 p. 2839, note. Ph. Stoffel-Munck.

⁸⁹⁵ Cf. *supra* n° 29 et s.

de la différence de degré de protection (assez élevé en droit français), on constate que le droit européen n'a pas le même contenu dans les différentes listes⁸⁹⁶.

La principale question qui se pose dans cette partie de notre étude est de savoir si le non-professionnel doit être protégé uniquement contre les clauses non-individuellement négociées ou contre toute sorte de clause. En effet, il faut avoir à l'idée que le non-professionnel est avant tout protégé par détermination de la loi et que le degré de protection élevé en droit français en faveur du consommateur ne peut pas systématiquement lui profiter.

Si le contractant faible a la possibilité de négocier avec son cocontractant professionnel, s'il dispose des mêmes armes de négociation que le contractant économique plus puissant, il serait à même de mieux défendre ses intérêts. Dans ce dernier cas, la possibilité de négociation qui lui serait offerte, si elle est sincère et suffisante, enlève à la clause son caractère abusif. En tout état de cause, il y a lieu de penser que, si une clause a fait l'objet d'une négociation individuelle, le juge sera peu enclin à la déclarer abusive⁸⁹⁷. Cela s'explique simplement par le fait que la protection du non-professionnel se fait *in concreto*⁸⁹⁸.

388. L'influence de l'état de dépendance dans la protection du petit professionnel « faible ».

Cela exclut donc les situations dans lesquelles le contractant faible ne disposerait pas du droit, voire du pouvoir de négocier librement le contrat. Tel serait le cas du petit professionnel faible qui ne peut négocier tout simplement parce qu'il se trouve dans une détresse économique ou qui se trouve face à un contrat d'adhésion auquel il est obligé de se soumettre pour assurer sa survie. C'est bien dans ces contrats d'adhésion ou de dépendance que le petit professionnel « faible » devrait bénéficier d'une protection.

Il s'agit désormais d'une réalité puisque l'article 1143 du Code civil prévoit une protection du contractant faible dans un contrat marqué par la violence économique.

⁸⁹⁶ Le droit français protège le consommateur et le non-professionnel contre toute sorte de clauses abusives, qu'elles soient individuellement négociées ou pas. La proposition de directive cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008 exclut les clauses individuellement négociées. Mais au cours des discussions, la Commission européenne a indiqué que la formule employée « la directive s'applique » n'est pas une formule d'exclusion. Ce qui permet au droit français de maintenir la protection contre les clauses négociées. Voir en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Les clauses abusives à l'épreuve de la proposition de directive cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008 », in *Atelier droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique*, sous la présidence de M. Béhar-Touchais.

⁸⁹⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, op. cit., spéc. p. 170.

⁸⁹⁸ Sur la notion de la protection *in concreto*, cf. *infra* n°275 et s.

Ici se rencontrent les notions de dépendance et de vice de violence, puisque la dépendance au contractant professionnel n'est engendrée que par un environnement économique particulier qui rend le petit professionnel « faible » particulièrement vulnérable.

On en déduit donc que sans cet environnement économique désavantageux, le professionnel en situation de faiblesse n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. C'est cette situation de vulnérabilité qui exige la protection de ce petit professionnel « faible », mais uniquement contre les clauses non négociées ; il ne saurait être protégé contre toute sorte de « clause abusive ».

389. Des listes de clauses au contenu distinct.

Traditionnellement, il existe deux listes de clauses abusives, la liste noire et la liste grise auxquelles on pourrait ajouter une liste blanche. L'intérêt de leur étude tient au fait que la directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993 est toujours applicable à défaut de l'adoption de la proposition de directive du 8 octobre 2008⁸⁹⁹.

La directive sur les clauses abusives contient une clause d'harmonisation minimale. Ce qui explique que le droit français dispose de listes de clauses distinctes de celles du droit européen. Le droit français comprend deux listes de clauses appelées traditionnellement liste noire et liste grise. Il est tout à fait possible d'affirmer que ces deux listes sont complétées par une « liste blanche »⁹⁰⁰.

Aussi, la liste noire de clauses abusives est celle des clauses interdites alors que la liste grise comprend les clauses présumées abusives. On peut donc affirmer l'existence d'une liste noire (a) et une liste grise (b), mais ces deux listes n'ont pas le même contenu selon qu'on se situe du côté européen ou français.

1/. La liste noire

390. Une liste de clauses interdites.

En droit français, la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 et la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 n'avaient pas établi de liste de clauses abusives. Les pouvoirs étaient autrefois répartis

⁸⁹⁹ V. en ce sens, C. Aubert de Vincelles, « Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats », *RDC* 2010/4, p. 1284 et s. *Adde*, « Naissance d'un droit communautaire de la consommation », *RDC* 2009/2, p. 578 et s.

⁹⁰⁰ Pour une présentation des listes de clauses abusives, voir not. C.M. Péglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, spéc. p.264 et s. Voir également, J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris : 2015, spéc. p.172 et s.

entre la loi, pour la liste indicative prévue à l'article R 212-1 du Code de la consommation, et le décret, pour la liste noire des clauses interdites⁹⁰¹.

Dans la liste noire de clauses abusives, il y avait par exemple les clauses limitant ou excluant, dans la vente, le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le professionnel à ses obligations ; celles réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ; celles ayant pour objet ou pour effet, dans les contrats de services financiers de prévoir qu'incombe au consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de ses obligations d'information et de son obligation d'octroyer au consommateur une faculté de rétractation⁹⁰².

Ainsi, la liste noire de clauses abusives est celle qui contient des clauses interdites dans les contrats entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur. L'actuelle liste noire de clauses abusives reprend en grande partie des clauses déjà existantes dans la liste noire annexée à la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives. L'article R 212- 1, 1° du Code de la consommation énumère, par exemple, la clause ayant pour objet ou pour effet « de faire adhérer le consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans le contrat qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence ». Il existerait aujourd'hui une liste noire comprenant douze clauses abusives⁹⁰³.

391. En droit européen.

En revanche, elles sont seulement six en droit européen. En cas d'éventuelle harmonisation maximale, il semble clair que le droit français ne devrait plus contenir en conséquence que six clauses noires. L'existence d'une telle liste en droit français est critiquable puisque l'appréciation du déséquilibre significatif qui détermine la clause abusive se fait *in concreto*⁹⁰⁴.

On peut donc se demander à quoi sert une telle liste si l'appréciation de la clause abusive se fait de façon circonstancielle, notamment en prenant en compte les circonstances de la conclusion du contrat. Or, une clause abusive contenue dans une liste noire est, de ce seul fait, interdite. L'appréciation de l'autorité administrative ou

⁹⁰¹ V. en ce sens, J. Rochfeld, « Clauses abusives - Listes réglementaire noire et grise », *RTD Civ.*, 2009, p.383 et s.

⁹⁰² *Loc. cit.*

⁹⁰³ *Loc. cit.*

⁹⁰⁴ V. Valette-Ercole, « Les clauses abusives en droit de la consommation » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), *op. cit.*, spéc. p.176.

judiciaire dans ce cas se limiterait alors à constater l'existence d'une clause abusive contenue dans la liste noire.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne serait donc pas nécessaire. Une partie de la doctrine a pu en ce sens souligner que cette liste était à la fois limitative et non limitative⁹⁰⁵. Ces auteurs estiment, en outre, que la liste n'est limitative pas dans le sens où « *les tribunaux peuvent parfaitement juger abusive, preuves à l'appui, une clause ne figurant pas dans la liste, du moment qu'elle crée un déséquilibre significatif au détriment du non-professionnel ou du consommateur* »⁹⁰⁶.

C'est bien le déséquilibre significatif qui caractérise la clause abusive, autrement dit aucune clause ne peut être considérée de façon irréfragable comme abusive⁹⁰⁷.

392. Des clauses irréfragablement abusives.

On peut néanmoins citer deux exemples de clauses contenues dans cette liste et qui nous semblent légitimement « noire » ou à interdire. Ces deux exemples sont une entorse grave à la volonté du contractant faible. Autrement dit, ces clauses créent un déséquilibre significatif « manifeste » entre les droits et les obligations des parties.

Le premier exemple est celui de l'article R 212-1-3° du Code de la consommation. Cet article dispose qu'une clause est abusive lorsqu'elle a pour objet ou pour effet de « *réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relative à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre* ». Or, il est incontestablement vrai que le contrat est l'expression de la volonté des parties. À partir du moment où une partie peut « unilatéralement modifier le contenu du contrat », on doit conclure que la volonté de l'autre partie est absente. Autrement dit le contenu du contrat sera opposé au professionnel faible et ce, dans le seul intérêt du professionnel « stipulant »⁹⁰⁸.

Il en est de même pour la clause ayant pour objet ou pour effet d' « *accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat* »⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris : 2015, p. 175.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ Sur le sens du mot stipulant dans le contrat d'adhésion, voir not. Voir not. G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion, opi. cit.*, spéc. p. 15 et s.

⁹⁰⁹ Article R. 132-1-4° du Code de la consommation. Voir en ce sens, S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., Economica, Paris : 2014, spéc. p. 455 et s.

Ces deux exemples, de clauses noires, sont naturellement abusifs car ces clauses portent atteinte à la volonté même du contractant faible.

Nous pensons que le cocontractant de l'auteur de la clause, non-professionnel ou simple consommateur se trouve manifestement dans une situation de faiblesse dans le cas où une telle clause est insérée dans le contrat. En effet, la clause en elle-même est non négociable car le professionnel dispose, ici, d'un pouvoir « unilatéral » de modification du contenu du contrat⁹¹⁰. Il s'agit en général de clauses qui heurtent le sens même de l'article 1103 du Code civil : « *le contrat est la loi des parties* ».

De telles clauses sous-entendent l'existence d'une puissance économique voire d'une supériorité technique de la part du professionnel qui les impose à son cocontractant.

393. La détermination circonstanciée de la clause abusive.

En visant la clause qui « crée » un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l'article L. 212-1 du Code de la consommation permet de prendre en compte aussi bien « l'objet » que « l'effet » de la clause. De ce fait, « *il convient de ne pas s'en tenir à une analyse abstraite de l'équilibre « théorique » du contrat mais de vérifier aussi concrètement les conséquences de la mise en œuvre de la clause dans la situation d'espèce* »⁹¹¹.

Cette appréciation concrète est particulièrement indispensable pour les clauses présumées abusives et les clauses hors liste, alors qu'une appréciation *in abstracto* s'impose pour les clauses considérées de manière irréfutable comme abusives.

394. L'appréciation in abstracto des clauses abusives : les clauses illicites.

Ces clauses sont considérées comme abusives de façon irréfutable. Il s'agit donc de clauses illicites et le rôle du juge se limite ici à l'appréciation de la conformité de la clause litigieuse avec la liste de clauses noires.

Il y a donc une présomption irréfutable d'abus dès lors qu'une clause de l'article R. 212-1 du Code de la consommation est insérée dans un contrat entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. Ces clauses sont considérées de façon irréfutable comme source d'abus « non pas parce qu'elles sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties mais en raison de la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat »⁹¹².

⁹¹⁰ Sur cette catégorie de clause cf. *infra* n° 390 et s.

⁹¹¹ D. Fénouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016/2, p. 358 et s.

⁹¹² N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, in *traité de droit civil*, J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 599.

Si donc l'appréciation du caractère abusif porte sur des conditions générales, sans référence à un contrat particulier, elle se fera nécessairement *in abstracto*, en considération du consommateur moyen et de circonstances habituelles⁹¹³.

395. L'appréciation abstraite de la clause.

Ici, donc, le juge procédera essentiellement à une appréciation abstraite de la clause à la façon de la protection abstraite accordée au consommateur. Par exemple, l'atteinte grave à l'équilibre du contrat pourrait résider dans un abus indépendant de la nature du contrat qui les contient, et qui ne saurait être légitimé par une autre stipulation de la convention⁹¹⁴.

Ainsi, dans l'arrêt *Oceano grupo*, les juges européens considéraient qu'« une clause préalablement rédigée par un professionnel, qui a pour objet de conférer compétence, pour tous les litiges découlant du contrat, à la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège du professionnel, réunit tous les critères pour pouvoir être qualifiée d'abusive au regard de la directive ». Dans l'espèce, en raison de l'atteinte grave à l'équilibre du contrat, les juges européens estimaient « qu'il était donc possible de constater le caractère abusif de cette clause sans avoir à examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat ni à apprécier les avantages et les désavantages liés à cette clause dans le droit national applicable au contrat ».

Pour un auteur, ces clauses sont illicites en droit français et en l'absence de l'article 48 du Code de procédure civile, elles auraient pu mériter de figurer dans la liste noire, tant elles mettent en cause quel que soit le type de contrat, l'effectivité de la protection juridictionnelle du contractant faible⁹¹⁵.

Le déséquilibre grave est identifié abstraitement par le pouvoir réglementaire et cette appréciation s'impose au juge. Le contrôle de la clause par le juge peut, en conséquence, se faire de manière abstraite, *in abstracto*⁹¹⁶. Concernant les notions de bonne foi et de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, l'article 3 de la directive ne définit que de manière abstraite les éléments qui donnent un caractère abusif à une clause contractuelle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle⁹¹⁷.

⁹¹³ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz, 2015 p. 172.

⁹¹⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, op. cit., spéc p. 545.

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ V. en ce sens, J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz, 2015 p. 172 et s.

⁹¹⁷ V. en ce sens, CJCE, arrêt du 7 mai 2002, Commission/Suède, C-478/99, Rec., p. I-4147, point 17 ; M. Luby, Note sous arrêt, *RTD Com.* 2003 n°1, p. 196 et s.; S. Poillot-Peruzzetto, I. Rueda, C. Delpy et autres, « Droit international et européen », *JCP G* 2003 n°5, p. 180 et s.

En somme, les méthodes d'appréciation du déséquilibre significatif sont aussi variées que ne le sont les différents types de clauses abusives. En outre, à côté des actions individuelles destinées à la suppression des clauses abusives, la loi reconnaît une action spécifique au profit des associations de consommateurs. Il existe, néanmoins, d'autres exemples de clause dont le caractère abusif est discutable. C'est ce qui explique l'existence d'une liste grise.

2/. La liste grise

396. Des clauses présumées abusives.

Il s'agit de clauses dont le caractère abusif n'est pas irréfragable. Cette liste fut instaurée par la loi du 1^{er} février 1995⁹¹⁸. Ce sont des clauses présumées abusives et il incombe au professionnel qui estime qu'une clause de la liste grise ne présente pas un caractère abusif d'en apporter la preuve⁹¹⁹.

La liste grise européenne en comporte dix-sept alors qu'en droit français, ce sont dix clauses qui sont présumées abusives⁹²⁰. C'est la répartition des clauses dans l'une ou l'autre des deux listes qui semble poser problème. C'est en ce sens que s'est exprimée Madame Rochfeld pour qui la clause ayant pour objet ou pour effet « *de supprimer ou d'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 passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* » devrait être dans la liste noire⁹²¹.

Nous pensons au contraire que le classement de cette catégorie de clause dans la liste grise est tout à effet justifié. En effet, il faut distinguer les clauses ayant un effet direct sur les prestations réciproques des parties des clauses qui n'ont qu'une incidence indirecte sur l'économie du contrat.

Ainsi, si la clause concerne une obligation essentielle, telle une clause qui limite excessivement la responsabilité du professionnel au point de vider son obligation de substance pourrait légitimement être classée dans une liste noire. En dehors de cette hypothèse, on remarque que la clause qui oblige le contractant faible à recourir à une juridiction donnée pour faire valoir ses prétentions n'a, en réalité, pas pour objet la

⁹¹⁸ Pour une présentation de cette loi voir not. C. Jamin, « Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD Civ.* 1995, p.437 et s.

⁹¹⁹ S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, 2^{ème} édition, *opi. cit.* spéc. p.458

⁹²⁰ Sur les différentes listes de clauses abusives en droit français voir not. D. Fenouillet, « Clauses abusives », *RDC* 2009/4, p. 1422 et s.

⁹²¹ J. Rochfeld, « Clauses abusives - Listes réglementaire noire et grise », *RTD Civ.*, 2009, p.383 et s.

modification des caractéristiques essentielles du contrat, mais elle produit le même effet, celui de réduire les droits du contractant faible.

C'est moins le recours à une juridiction que le coût engendré par ce recours qui aura une incidence sur ses droits. Dans tous les cas, la clause n'est abusive que s'il est démontré qu'elle crée un déséquilibre significatif dans le contrat.

397. L'appréciation *in concreto* des clauses présumées abusives ou hors liste.

S'agissant des clauses présumées abusives ou des clauses hors liste, l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge se fait *in concreto*. Autrement dit, le juge doit prendre en compte « toutes les circonstances qui entourent » la conclusion du contrat. Mais, il est possible ici de distinguer dans le raisonnement relatif à l'appréciation de la clause présumée abusive et la clause hors liste. Dans l'appréciation de la clause présumée abusive, le pouvoir d'appréciation des juges est possible mais limité. Car, il s'agit d'une présomption simple et si le professionnel rapporte la preuve du caractère non abusif de la clause, cette dernière ne sera pas déclarée non écrite par le juge.

En revanche, pour les clauses hors liste le pouvoir d'appréciation des juges du fond retrouve une application large. Or, la Cour de cassation estime que la qualification de la clause abusive est une question de droit sur laquelle elle exerce un contrôle⁹²². Il n'y aurait donc pas un pouvoir réel et souverain d'appréciation de la clause abusive par les juges du fond.

Quoi qu'il en soit, en dehors des clauses qui portent une atteinte grave à l'équilibre du contrat, l'analyse *in concreto* s'impose. Il s'agit alors pour le juge d'« entreprendre un travail d'investigation qui le conduira à prendre en considération » toutes les circonstances de l'espèce⁹²³. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne avait estimé que, contrairement à l'arrêt *Oceano* où une interprétation *in abstracto* de la clause s'imposait, dans l'arrêt *Freiburger*, les juges du fond devrait « examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat »⁹²⁴.

⁹²² V. en ce sens, J. Mestre, « Le contrôle de la Cour de cassation de la qualification de la clause abusive », *RTD Civ.* 1994, p. 97 et s.

⁹²³ E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 141 et s.

⁹²⁴ CJCE, 1^{er} avril 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG*, n° C-237/02. M. Luby, Note sous arrêt, *RTD Com.* 2004 n°4, p. 838 et s. E. Hondius, E. Alexandridou, P.-E. Micallef, « Publicité, pratique du commerce et méthode de vente », *REDC* 2005 n°1, p. 47 et s. C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2009 n° 9, p. 608 et s. J. Stuyck, E. Terryn, « Le droit européen de la consommation (Développement récent) », *Larcier* 2007 n°143, p. 257 et s. V. dans le même sens, CJUE, 9 novembre 2010, *VB Pénzugyi Lizing Zrt. c. Ferenc Schneider*, n° C-137/08. ; L. Coutron, « Droit du contentieux de l'Union Européenne (juillet-décembre 2010) », *RTDE* 2011 n°11, p. 173 et s.; C. Aubert de Vincelles, « Elargissement de l'office du juge en matière de clauses abusives » ; Note sous arrêt, *RDC* 2011/2, p. 504 et s.

La clause est donc abusive en fonction de tel ou tel contexte, pour tel contrat et dans le cadre de tel rapport entre le professionnel et le non-professionnel ou consommateur⁹²⁵.

La clause ne cesse pas, en revanche, d'être abusive au seul motif que le non-professionnel ou le consommateur aurait pu faire appel à un autre professionnel dont les contrats ne contiennent pas ladite clause⁹²⁶.

Il s'agit donc d'une appréciation objective de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat entre le professionnel et le non-professionnel ou consommateur, dès lors que ledit contrat contient une clause abusive.

398. La prise en compte d'une clause d'un contrat connexe.

Le juge peut également prendre en compte une clause d'un contrat connexe ; c'est-à-dire les clauses des contrats interdépendants. En effet, l'article L. 212-1, alinéa 5 du Code de la consommation dispose que « *sans préjudices des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie (...) également de celle contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre* ».

Cette interprétation large du caractère abusif de la clause concerne la pratique des contrats liés notamment dans le domaine du crédit. Il s'agira souvent d'un emprunt effectué par le non-professionnel ou le consommateur en vue de se procurer un bien ou un service. M. Chazal estimait que la notion de dépendance juridique, qui implique une référence expresse d'un contrat à un autre, était restrictive et il fallait plutôt privilégier l'unité économique de l'opération contractuelle⁹²⁷.

399. Illustration.

En l'espèce, un contrat d'achat de matériel de télésurveillance avait été conclu entre un client et une société de télésurveillance. L'article 2 de ce contrat stipulait qu'en contrepartie de l'acceptation, le client devrait souscrire un contrat d'abonnement de télésurveillance. Le client bénéficia d'une remise de 60% sur l'achat du matériel en contrepartie de la souscription de ce contrat d'abonnement. L'article 11 du contrat d'abonnement stipulait que le contrat est conclu pour un an et reconductible tacitement

⁹²⁵ V. Valette-Ercole, « Les clauses abusives en droit de la consommation » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 173.

⁹²⁶ CA Paris, 2 octobre 1998.

⁹²⁷ J.-P. Chazal, « Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.* 2002, p. 1860 et s.

et que le client restait libre de résilier l'abonnement de télésurveillance mais il perdait tout l'avantage tiré de l'opération en cas de résiliation.

Dans son arrêt du 29 octobre 2002, la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que les conditions auxquelles étaient soumises la faculté de résiliation, créent un déséquilibre significatif au détriment du client en ce qu'il lui est imposé, « *en cas de résiliation, de renoncer au bénéfice d'une telle remise, représentant 60% du prix de vente du matériel, faisant ainsi peser sur l'exercice de cette faculté de résiliation une contrainte excessive* ». Toutefois, « *deux arrêts rendus en chambre mixte semblent restreindre la caractérisation de l'interdépendance objective* »⁹²⁸ au cas où l'opération contractuelle comprend un contrat de location financière⁹²⁹.

En tout état de cause, le juge sera souvent amené à prendre en compte les stipulations d'un contrat connexe dans l'analyse du contrat litigieux dès lors que celles-ci ont une incidence réelle ou significative sur le dénouement du litige.

400. Le moment de l'appréciation du déséquilibre significatif.

Le juge doit tenir compte du contrat dans son ensemble ; c'est-à-dire que le contrat forme un tout. Aussi cette analyse *in concreto* de la clause peut, d'abord, être une appréciation subjective du déséquilibre significatif. Ainsi, la notion de déséquilibre significatif est d'essence subjective⁹³⁰. Le déséquilibre significatif représenterait « *non seulement la lettre, mais aussi l'esprit du contrat* »⁹³¹.

Ainsi, le juge peut également apprécier l'abus en « *se référant au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion* ». De ce fait, il peut être amené à prendre en compte les conditions dans lesquelles le consentement des parties a été donné, tels par exemple, la position de chacune des parties ou encore le contexte économique au jour de la signature du contrat.

Cette appréciation fait réapparaître le critère subjectif de la clause. Pour Monsieur Danglehant, la clause abusive ne peut être uniquement définie sur un critère objectif du

⁹²⁸ D. Houtcief, « La notion de déséquilibre significatif peut-elle significativement varier ? », *Gaz. du Pal.* 2017, n° 15, p. 37 et s.

⁹²⁹ Cass. ch. Mixte, 17 mai 2013, n° 11-22927 et n° 11-22768 ; L. Le Mesle, « L'interdépendance des contrats » ; Note sous arrêt, *RDC* 2013/3, p. 849 et s. ; H. Barbier, « L'indivisibilité de l'ensemble contractuel incluant une location financière », Note sous arrêt, *RTD Civ.* 2013 n°3, p. 597 et s. ; D. Legeais, « Location financière », Note sous arrêt, *RTD Com.* 2013 n°3, p. 569 et s. ; D. Houtcief, « Les incohérences de l'interdépendance... », Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2013 n°184-185, p. 18 et s. ; J. Attard, « Interdépendance contractuelle : consécration de l'approche « objective » par une chambre mixte de la Cour de cassation », *Les Petites affiches* 2013 n° 137, p. 9 et s. ; D. Mazeaud, « L'important, c'est la clause, l'important », *D.* 2013 n°24, p. 1658 et s.

⁹³⁰ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris : 2000, n° 865.

⁹³¹ L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Préface C. Thibierge, L.G.D.J. Paris : 2002, n° 237.

déséquilibre. Il ne faut pas oublier que le déséquilibre ne se justifie que par un rapport de force inégalitaire entre les parties au contrat⁹³². Il s'agit donc, pour le juge, d'interpréter au travers de cette notion ce que les parties ont voulu, sans se limiter à la lettre du contrat⁹³³. Par une appréciation subjective du caractère abusif de la clause, le droit de l'Union européenne évite de figer la notion de clause abusive et protège ainsi de façon efficace les intérêts des consommateurs⁹³⁴.

401. La protection du contractant « faible » contre les clauses noires et grises.

Une liste blanche est contenue dans une annexe à la proposition de directive⁹³⁵. Nous estimons, dans un souci de cohérence et en prévision d'une éventuelle harmonisation maximale, que le professionnel « faible » devrait être protégé uniquement contre les clauses abusives contenues dans la liste noire et grise et cela pour deux raisons.

402. Protection -Raison 1.

La première est que ces clauses ont un effet important sur l'exécution du contrat. Autrement dit, elles créent un déséquilibre si significatif entre les droits et obligations des parties que la partie qui en est victime doit être obligatoirement protégée indépendamment de sa qualité⁹³⁶. Par l'exemple, l'article R. 212-2 du Code de la consommation fait figurer dans sa liste de clauses susceptibles d'être abusives celles ayant pour objet ou pour effet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours pour le consommateur* ».

Or, depuis l'arrêt *Océano*⁹³⁷, le juge communautaire considère que, dans un contrat de droit interne unissant un professionnel et un consommateur, la clause attributive de juridiction doit être considérée comme abusive et écartée, y compris d'office, par le juge national⁹³⁸. Il y a là une divergence assez nette entre le droit européen et le droit français sur la nature de cette clause abusive. La tendance actuelle du droit européen de la consommation, sur le fondement du Considérant 13^{ème} de la directive 2011/83/UE permettrait au petit professionnel de bénéficier de la protection contre une clause

⁹³² V. en ce sens, C. Danglehant, « Commentaire de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », D. 1995, p. 127 et s.

⁹³³ E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., p. 142.

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ Sur la définition de la liste blanche, v. not. N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 538 et s.

⁹³⁶ C'est ce qui explique par exemple la protection des professionnels contre les clauses abusives par l'article L 442- I- 2 du Code de commerce.

⁹³⁷ CJCE, 27 juin 2000, *Océano, Rec.*, p.4941, *RTD civ.* 2000.939, obs. Raynard.

⁹³⁸ Voir en ce sens, E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives » in *Etudes de droit de la consommation*, sous la direction de J. Calais-Auloy, Dalloz, Paris : 2004, spécialement p. 808.

attributive de juridiction. En effet, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties notamment parce que cela engendre des coûts supplémentaires pour le contractant faible qui devra se déplacer au tribunal du domicile de son cocontractant.

403. Protection -Raison 2.

La deuxième raison est que de telles clauses ne vont pas dans le sens d'un renforcement du marché intérieur. En effet, le contractant faible qui aurait l'obligation de se rendre dans un autre Etat, en cas de litige, renoncerait automatiquement à conclure un contrat qui prévoit une telle clause. Surtout s'il estime que le droit national de son cocontractant est moins protecteur que le sien.

Cela réduit considérablement les échanges transfrontaliers, ce qui a pour conséquence un ralentissement de la réalisation du marché intérieur. Or, une protection du professionnel « faible » contre une telle clause encouragerait au contraire le cocontractant à prospecter de nouveaux marchés et à nouer de nouveaux partenariats avec d'autres professionnels établis dans d'autres pays européens.

404. Conclusion.

En conclusion, nous constatons que la définition de la clause abusive reste étroitement liée à l'appréciation du déséquilibre significatif. En droit français, l'originalité du dispositif de lutte contre les clauses abusives est surtout marquée par le pouvoir reconnu à la Commission des clauses abusives dans l'appréciation du déséquilibre significatif. Mais, le pouvoir réglementaire dispose également de la même autorité même si celle-ci s'est substantiellement réduite avec le temps.

B. L'appréciation par le pouvoir réglementaire et la Commission des clauses abusives

405. Un dispositif singulier.

C'est dans l'existence d'une institution administrative ayant une telle possibilité d'appréciation du caractère abusif de la clause que le dispositif français de lutte contre les clauses abusives s'avère être singulier. Ainsi, pour déterminer si une clause est abusive ou non, il appartient au pouvoir réglementaire (a) et à la commission des clauses abusives (b) d'apprécier le déséquilibre significatif qu'engendre cette clause.

a/. Le pouvoir réglementaire

406. Un rôle sensiblement réduit.

En droit français, le rôle joué par le pouvoir réglementaire dans la détermination des clauses abusives tenait son origine de la loi de n°78-23 du 10 janvier 1978. Cette loi donnait au gouvernement le pouvoir de prendre des décrets pour interdire, limiter ou réglementer les clauses abusives⁹³⁹.

S'agissant d'actes réglementaires, ils ont une force obligatoire. Les clauses interdites par décrets étaient réputées non écrites. C'est pourquoi ces décrets étaient pris après avis du Conseil d'Etat et de la commission des clauses abusives. Dans les faits, le gouvernement avait très peu utilisé ce pouvoir. Seuls deux décrets d'application sont venus interdire des clauses abusives : le décret n°78-464 du 24 mars 1978 (anciens articles R 132-1 et R132 -2 du Code de la consommation)⁹⁴⁰ et le décret n°2005-1450 du 25 novembre 2005 (ancien article R 132-2-1 du Code de la consommation).

Ainsi, trois clauses furent essentiellement visées par ces dispositions⁹⁴¹. Le pouvoir d'appréciation du caractère abusif de la clause sembla en conséquence s'être réduit à la transposition du modèle de liste européen en droit français. En effet, le décret du 18 mars 2009⁹⁴² avait essentiellement pour but de reprendre la distinction entre liste noire et liste grise déjà existant en droit européen.

Toutefois, on peut remarquer que ce décret avait ajouté deux clauses abusives dans la liste noire, en plus des précédentes déjà prises par décret. Par exemple, la clause ayant pour objet ou pour effet « *de subordonner dans les contrats à durée indéterminée, la réalisation par le non-professionnel ou le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel* » ; ou celle ayant pour effet ou pour objet « *d'imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie* »⁹⁴³. Ce travail du pouvoir réglementaire est complété ou facilité par le rôle de la Commission des clauses abusives dans l'appréciation du caractère abusif de la clause.

⁹³⁹ Voir notamment l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978.

⁹⁴⁰ V. en ce sens, J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation, op. cit.*, spéc. p. 173. V. également, N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 536.

⁹⁴¹ Voir en ce sens J.-P. Chazal, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives », *art. préc.*

⁹⁴² Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L.132-1 du Code de la consommation, publié au *JO* du 20 mars 2009, p. 5030 et s.

⁹⁴³ V. en ce sens, J. Rochfeld, « Clauses abusives - Listes réglementaire noire et grise », *RTD Civ.*, 2009, p.383 et s.

b/. La Commission des clauses abusives

407. Un pouvoir purement consultatif.

La Commission des clauses abusives a été instituée par la loi de 1978⁹⁴⁴. Cette Commission est composée de treize membres regroupant des représentants des consommateurs, des représentants de professionnels, des magistrats et des personnalités qualifiées.

C'est une instance de réflexion au sein de laquelle se rencontrent des visions du droit et des rapports de consommation parfois contrastés⁹⁴⁵. À la différence du gouvernement, la Commission des clauses abusives ne prend pas de décision. Elle émet des recommandations sans force obligatoire. À cet effet, elle peut être saisie par le ministre chargé de la consommation, par les associations agréées de défense des consommateurs ou par des professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office.

Mais la saisine judiciaire est de plus en plus fréquente, notamment lorsque le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé. Dans ce cas, le juge demande à la commission, par une décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause. Cet avis ne lie pas le juge⁹⁴⁶. Le rôle de la commission consiste donc à émettre des recommandations sur le caractère abusif ou non d'une clause. Aujourd'hui, il existe un peu plus d'une soixantaine de recommandations émises par la Commission des clauses abusives.

408. Des pouvoirs revigorés.

Le rôle de la commission et du pouvoir réglementaire sont complétés, ou enrichis, par la loi de modernisation de l'économie⁹⁴⁷. En tout état de cause, c'est l'appréciation du déséquilibre significatif qui conditionne la détermination de la clause abusive. Une clause peut prévoir des obligations à la charge d'une seule partie, créant ainsi un déséquilibre des prestations réciproques. Mais si une autre clause prévoit des obligations similaires à la charge de l'autre partie, le contrat ne sera plus déséquilibré ; autrement dit la première clause ne sera plus déclarée abusive. C'est pourquoi le déséquilibre significatif devra être analysé au regard de l'ensemble des stipulations contractuelles⁹⁴⁸. Il ne s'agit pas d'une analyse clause par clause puisque la conjonction

⁹⁴⁴ Article 36 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978.

⁹⁴⁵ F. Kamara et C. Roth, « La commission des clauses abusives », *D.* 2009, p. 1872 et s.

⁹⁴⁶ Voir en ce sens, S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, deuxième édition, Economica, Paris : 2014, spéc. p 460 et s.

⁹⁴⁷ Voir en ce sens J.-P. Chazal, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives », art. préc.

⁹⁴⁸ H. Brick, *Les clauses abusives*, *opi cit.* spéc. p.113.

de plusieurs clauses peut créer le déséquilibre. « *Pour analyser le déséquilibre significatif, il est même possible de prendre en compte l'existence de plusieurs contrats juridiquement dépendants* »⁹⁴⁹.

Cela implique que l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne dépend pas du caractère principal ou accessoire de l'obligation contractuelle concernée⁹⁵⁰. Le plus important est en définitive l'économie générale des prestations réciproques. Aussi, à défaut de clause dans le contrat, la détermination du caractère abusif de la clause est impossible. Pour qu'il y ait clause abusive, il faut qu'il y ait clause⁹⁵¹. Il existe, cependant, en droit français, une certaine catégorisation des clauses abusives.

409. L'exclusion du professionnel de la protection par ces deux institutions.

La directive 93/13/CEE du Conseil du 13 avril 1993, ne concernait que les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, ce texte excluait donc naturellement les contrats commerciaux⁹⁵². La Commission des clauses abusives avait, elle aussi, exprimé son refus quant à l'application des dispositions protectrices au profit des professionnels⁹⁵³.

Ainsi, lorsqu'elle a été interrogée par un juge, elle a considéré que les conditions nécessaires pour qu'elle donne son avis n'étaient pas réunies parce que « *la clause litigieuse contenue dans un contrat conclu entre deux professionnels en vue de répondre à des besoins professionnels* »⁹⁵⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation concluait, dans un arrêt du 24 novembre 1994, que le caractère abusif de cette stipulation, statuant sur la licéité d'une clause limitative de garantie, ne pouvait pas « *être invoquée à propos d'un contrat de vente conclu entre deux professionnels* ». Mais les critiques de la doctrine et l'évolution du droit européen de la consommation n'ont pas forcément été en faveur d'une exclusion totale de la protection des professionnels contre les clauses abusives.

⁹⁴⁹ Voir en ce sens V. Valette-Ercole, « Les clauses abusives en droit de la consommation », in *Les clauses abusives, Approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba, p.169 et s. Voir également, N. Sauphanor-Brouillaud, « Les clauses abusives dans les contrats de consommations », *CCC*, 2008, n° 7.

⁹⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n°04- 16698. Voir en ce sens, B. Fages et J. Mestre, « Deux précisions inédites dans la lutte judiciaire contre les clauses abusives », *RTD Civ.* 2007, p. 113 et s.

⁹⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2010, n° 09-12126. Voir en ce sens B. Fages, « Pas de clause abusive sans clause. », *RTD Civ.*, 2010, p.323 et s.

⁹⁵² E. Hondius, « Regard sur le droit comparé » in *les clauses abusives entre professionnels, Etudes juridiques*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, Paris : 1998.

⁹⁵³ D. Mazeaud, « Validité des clauses abusives entre professionnels », *D.* 1995 p.89 et s.

⁹⁵⁴ Avis du 14 septembre 1994, *CCC*, 1994.92, comm. L. Leveneur ; *Defrenois* 1994, art. 35891.

410. L'inertie du pouvoir réglementaire.

L'inertie du pouvoir réglementaire dans l'élaboration des listes avait provoqué un débat important en doctrine autour de la possibilité pour le juge de s'affranchir d'un décret pour juger une clause abusive⁹⁵⁵. C'est par le très célèbre arrêt *Lorthioir* du 14 mai 1991⁹⁵⁶ que la Cour de cassation avait tranché en accordant au juge le pouvoir de déclarer abusive une clause qui n'était pas visée par le décret du 24 mars 1978. C'est de ce pouvoir que le juge allait user pour préciser la notion de déséquilibre significatif qui reste le principal critère de définition de la clause abusive. C'est donc l'appréciation du déséquilibre significatif dans le contrat entre le professionnel et non-professionnel qui assure l'effectivité de la protection

SECTION 2. L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION DU NON-PROFESSIONNEL PAR L'APPRÉCIATION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

411. Absence de définition du déséquilibre significatif.

La lutte contre les clauses abusives s'est imposée, de façon véritable, avec le développement des contrats de consommation. « *La notion même de clauses abusives est, historiquement et logiquement inséparable de la pratique des conditions générales contractuelles, c'est-à-dire des contrats d'adhésions* »⁹⁵⁷.

Le critère principal dans la détermination du caractère abusif de la clause reste incontestablement le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Or, la notion de déséquilibre significatif n'a été définie ni par le législateur européen, ni par le législateur français. La notion de déséquilibre significatif en droit de la consommation ne semble pas avoir le même sens qu'en dehors du droit de la consommation⁹⁵⁸.

L'importance de la lutte contre les clauses abusives fait qu'un dispositif de ce genre est prévu au profit des contractants professionnels dans le droit des pratiques restrictives de concurrence et dans le droit commun des contrats. Néanmoins, à la différence du

⁹⁵⁵ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 536.

⁹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, n°89-20999. V. not. Th. Revet, « Droit réglementaire et droit prétorien du contrat », *RDC* 2005/2, p.251 et s. G. Paisant, « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G*, 1994/25, p. 301 et s.

⁹⁵⁷ J. Ghestin, « Rapport introductif », in « *Les clauses abusives entre professionnels* », C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Etudes juridiques*, Economica, Paris : 1998.

⁹⁵⁸ V. *infra* n° 495 et s.

Code de commerce et du Code civil, le Code de la consommation prévoit de nombreuses dispositions qui précisent les modalités de détermination de la notion de déséquilibre significatif⁹⁵⁹.

412. Un droit de la consommation plus précis sur la notion de déséquilibre significatif.

La précision de la notion de déséquilibre significatif est aussi le fait de la jurisprudence européenne consumériste. Par exemple, dans un arrêt du 16 janvier 2014⁹⁶⁰, la Cour de justice de l'Union européenne estime que « *l'article 3, §1, de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens que : - l'existence d'un « déséquilibre significatif » ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales* ».

En l'espèce, la juridiction européenne affirmait que le déséquilibre significatif n'est pas synonyme d'un rapport économique déséquilibré entre contractants, mais que ce déséquilibre significatif peut être la preuve de la situation de faiblesse juridique d'un contractant par rapport à un autre.

413. La notion de déséquilibre significatif.

De son côté, la Cour de cassation dans un arrêt du 10 avril 2013⁹⁶¹ a considéré que la clause qui impose au preneur de restituer la chose et l'empêche de mettre en œuvre la faculté de présentation d'un acquéreur impérativement ouverte par les textes précités, avait pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif.

⁹⁵⁹ En effet, l'article L. 212-1, alinéa 2 dispose que « l'appréciation du caractère abusif (...) 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. ». Voir aussi A. Dadoun, « Faut-il avoir peur du « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales ? », Note sous Cons. Const., 13 janvier 2011, *Petites affiches*, 13 avril 2011 n°73, p.17 et s.

⁹⁶⁰ CJUE 16 janvier 2014, *aff. C-226/12*.

⁹⁶¹ Cass., 1^{ère} civ., 10 avril 2013, n°12-18169, *D.* 2013, p.990.

Le juge joue donc un rôle important dans la précision de la notion de déséquilibre significatif. Le législateur français, dans la loi du 10 janvier 1978 n'avait pas accordé au juge le pouvoir d'apprécier le caractère abusif d'une clause. C'est pour cet ensemble de raisons qu'il est utile, d'une part, de préciser la notion de déséquilibre significatif dans la détermination du caractère abusif de la clause (§1), d'autre part, d'étudier la place que cette notion occupe dans la réalité de la protection du non-professionnel contre les clauses abusives (§2).

§1. LA NOTION DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

414. L'appréciation du caractère abusif de la clause.

Dans l'appréciation du caractère abusif de la clause, la notion de déséquilibre apparaît comme l'élément clé. La référence au déséquilibre significatif dans le contrat ne signifie pas que le résultat recherché dans les relations contractuelles est le déséquilibre significatif. La lutte contre les clauses abusives ayant pour seul but le rétablissement de l'équilibre contractuel, le déséquilibre significatif auquel le législateur fait allusion n'est que la conséquence de l'existence d'une clause abusive dans le contrat.

Autrement dit, c'est seulement lorsque le contrat entre le professionnel et son cocontractant contient une clause abusive que le déséquilibre significatif apparaît. Il s'agit là d'un paradoxe⁹⁶². Comment le législateur peut-il faire allusion au déséquilibre significatif si son objectif est de restaurer l'équilibre dans le contrat ?

C'est pour cette raison que la notion même de « déséquilibre significatif » mérite quelques précisions. Il semble donc impératif de préciser le sens du terme « déséquilibre significatif » (A) et d'analyser l'équilibre auquel cette notion de déséquilibre significatif renvoi (B).

⁹⁶² Sur la notion de déséquilibre significatif en droit européen, v. en ce sens, Ghestin, J. Ghestin, « Rapport introductif », in « *Les clauses abusives entre professionnels* », C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Etudes juridiques, Economica, Paris : 1998, spéc. p. 17.

A. Le sens du terme déséquilibre significatif

415. Définition du déséquilibre significatif par la doctrine.

L'adjectif « significatif » signifie que le déséquilibre engendré par la clause doit être d'une importance certaine. Le déséquilibre doit être suffisamment important⁹⁶³, significatif donc, pour que la clause soit qualifiée d'abusive. Il n'existe pour l'instant aucune définition légale du déséquilibre significatif. Une doctrine avisée semble voir dans le concept de déséquilibre significatif un standard⁹⁶⁴. Le standard est comme « *une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* »⁹⁶⁵.

C'est une « notion-cadre »⁹⁶⁶, un « étalon de la réalité »⁹⁶⁷ qui vise « *à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité* »⁹⁶⁸. Le déséquilibre significatif a pu être considéré comme le « *nouveau standard du droit qui essaime au-delà du strict droit de la consommation* »⁹⁶⁹. Le déséquilibre significatif serait un modèle de conduite ; une sorte de notion souple permettant une adaptation à la diversité des situations de déséquilibre envisagées⁹⁷⁰. La conception du déséquilibre significatif en tant que standard continue donc son bonhomme de chemin⁹⁷¹.

Le standard du déséquilibre significatif renverrait à l'équilibre normalement attendu du contrat⁹⁷². Le déséquilibre significatif est, en effet, « la disproportion considérable et non justifiée » dans les droits et les obligations des parties⁹⁷³.

⁹⁶³ E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. 140 et s.

⁹⁶⁴ Sur la notion de standard, v. spéc. S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980. 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. N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 394 et s. B. Sturlèse, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 398 et s.

⁹⁶⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 10^e éd., 2014, V° « Standard ».

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 4^e éd., 2012, n°250.

⁹⁶⁸ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op. cit.*, n° 93.

⁹⁶⁹ J.-P. Racine, « La protection contre les déséquilibres contractuels », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schulz, G. Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 127.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ C.-M. Péglion-Zika, « La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation », Thèse, Paris : 2013, spéc. p.235 et s.

⁹⁷² *Id.* spéc. 236 et s.

⁹⁷³ E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. 140 et s.

B. L'équilibre contractuel auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif

416. Le renvoi à l'équilibre normal du contrat.

Si le standard du déséquilibre significatif renvoie à une sorte de contrat équilibré, il ne semble pas que cet équilibre contractuel fasse l'objet d'une même interprétation dans la doctrine. L'équilibre attendu du contrat serait « une équivalence dans la satisfaction des intérêts en présence et des risques assumés »⁹⁷⁴. Cette interprétation du but du déséquilibre significatif nous semble très large, puisqu'elle est essentiellement fondée sur l'équilibre des prestations réciproques des parties. Aussi, Monsieur Chazal n'a pas la même analyse de l'équilibre auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif. Pour cet auteur, le standard du déséquilibre significatif vise au rétablissement de l'équilibre inhérent aux clauses contractuelles et non à assurer une équivalence globale entre les prestations⁹⁷⁵.

417. Distinction entre l'équilibre subjectif et objectif.

Cette interprétation va dans le sens de la distinction faite par Monsieur Stoffel-Munck, dans sa thèse sur *L'abus dans le contrat*. Ainsi, cet autre auteur distingue la conception subjective de l'équilibre du contrat, qui « est uniquement du ressort des parties ; soit d'un équilibre subjectif, qui est uniquement l'affaire d'un tiers (le juge) »⁹⁷⁶ de la conception objective de l'équilibre contractuel. Or, l'équilibre subjectif qui relève de la volonté des parties renvoie à l'équilibre contractuel selon le principe de l'autonomie de la volonté⁹⁷⁷.

Cette conception subjective de l'équilibre ne semble pas être l'équilibre auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif. C'est donc l'équilibre selon la conception objective, fondée sur l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge, qui est celui auquel l'existence d'une clause abusive dans le contrat nuit. Autrement dit, c'est par l'appréciation du déséquilibre significatif que le juge rétabli l'équilibre mis en mal par l'existence d'une clause abusive dans le contrat.

⁹⁷⁴ L. Grymbaum, *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, L.G.D.J., Paris : 2004, n° 43.

⁹⁷⁵ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 et s.

⁹⁷⁶ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, t.337, spéc. p. 308 et s.

⁹⁷⁷ V. not. C.-M. Péglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013.

§2. L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION DU NON-PROFESSIONNEL CONTRE LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

418. Le déséquilibre significatif comme élément d'identification de la clause abusive.

La détermination du caractère abusif de la clause passe essentiellement par l'appréciation du déséquilibre significatif. Le déséquilibre significatif reste le critère principal d'identification de la clause abusive dans les contrats de consommation⁹⁷⁸ et en dehors de ceux-ci. Sur ce critère, il ne semble pas y avoir de divergences entre le droit européen et le droit français.

C'est l'appréciation du déséquilibre significatif qui permet de révéler le caractère abusif d'une clause. Comme nous l'avons déjà vu, l'élimination de la clause abusive se faisait essentiellement par décret conformément aux dispositions de l'ancien article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978. C'est dans l'arrêt *Lorthioir* du 14 mai 1991 que la première chambre civile de la Cour de cassation est allée à l'encontre de la loi du 10 janvier 1978⁹⁷⁹.

Dans cette espèce, la Cour de cassation accorda aux tribunaux le pouvoir autonome de déclarer une clause abusive, alors même que celle-ci n'avait fait l'objet d'aucune mesure d'interdiction par décret. « Cette jurisprudence, qui voulait donner une plus grande efficacité à la lutte contre les clauses abusives en la faisant sortir du carcan dans lequel le législateur de 1978 l'avait enserrée, préfigurait l'une des dispositions du décret du 10 mars 1993 »⁹⁸⁰. C'est donc au juge que revient la mission principale d'élimination des clauses abusives dans les contrats de consommation.

419. La reconnaissance au juge judiciaire du contrôle de la clause abusive.

Ce pouvoir octroyé au juge d'éliminer les clauses abusives dans les contrats de consommation passe essentiellement par l'appréciation du déséquilibre significatif. La véritable question qui se pose est de savoir comment le déséquilibre significatif peut-il être apprécié par le juge ?

⁹⁷⁸ Le terme « *contrat de consommation* » ne figurerait pas dans le Code de la consommation, ni dans le Code civil ; il est l'œuvre de la jurisprudence. V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 11 et s.

⁹⁷⁹ V. en ce sens G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 et s. V. également, J. Ghestin, « L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction, Un peu d'histoire », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicarum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, Paris : 2004, spéc. p. 454 et s.

⁹⁸⁰ *Idib.*

Pour répondre à cette question, il faut se pencher sur un certain nombre de textes et sur la jurisprudence. En effet, l'alinéa 1 de l'article 4 de la directive du 5 avril 1993 dispose que l'appréciation du déséquilibre significatif se fait « *en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et 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, ou d'un autre contrat dont il dépend* ». Quant à l'alinéa 2 du même article, il écarte toute prise en compte de la lésion dans l'appréciation du déséquilibre significatif.

Dans le même sens l'article L. 212-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation prévoit également que « *dans les contrats conclus professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet, de créer au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat...* ». L'article L 212-2 du même Code poursuit en ajoutant que: « *les dispositions de l'article L 212-1 sont également applicables aux contrats entre des professionnels et des non-professionnels* ». En d'autres termes, l'appréciation du déséquilibre significatif dans les contrats conclus entre un professionnel et un contractant faible passe essentielle par une analyse *in concreto* de la clause. Il s'agit d'une appréciation objective du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. En droit européen, cette appréciation circonstanciée du déséquilibre significatif ne semble pas écarter une analyse subjective de la clause⁹⁸¹ par le juge.

420. Délimitation du de l'analyse.

Dans le cadre précis de cette étude, l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge sera analysée dans l'optique de la protection du non-professionnel. Le non-professionnel bénéficie d'une protection juridique et judiciaire contre les clauses abusives en droit de la consommation.

Cette protection du non-professionnel contre les clauses abusives a été renforcée par l'élaboration d'un nouveau critère de qualification sur la base duquel l'effectivité de la protection semble plus que réelle en droit de la consommation. Or, la loi et la doctrine semblent aujourd'hui unanimes sur le fait que la protection de la personne morale « faible » doit passer essentiellement par la qualification de celui-ci en non-professionnel. Toutefois, la rédaction de l'article 1171 du Code civil semble exclure la nécessité d'une qualification préalable du professionnel « faible » en non-

⁹⁸¹ V. not. E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. p 141 et s.

professionnel. Autrement dit, dans cette matière, la protection est accordée en raison du caractère déséquilibré du contrat qui trouve sa source dans la clause abusive.

421. Le rôle du juge.

L'office du juge dans la lutte contre les clauses abusives a permis de préciser la notion de déséquilibre significatif qui s'avère désormais être le critère principal de qualification de la clause abusive. Ainsi, le juge est autorisé à soulever d'office le caractère abusif d'une clause sur le fondement de l'ancien article L. 141-4 du Code de la consommation⁹⁸². Il s'agit d'une appréciation circonstanciée, puisque le juge doit prendre en compte toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat.

Cela signifie aussi que l'appréciation du déséquilibre significatif se fait au cas par cas ; il s'agit de procéder à une analyse *in concreto* de la clause. Le problème véritable soulevé par l'appréciation du déséquilibre significatif est de savoir si elle permet la prise en compte de l'économie du contrat. Autrement dit, si l'appréciation du déséquilibre significatif permet de prendre en compte l'équilibre du contrat dans son entier.

Il s'agit donc de savoir si la détermination du caractère abusif d'une clause permet de prendre en compte le contrôle de l'objet principal du contrat ou le caractère lésionnaire d'une clause. Selon les termes de l'article 4 de la directive du 5 avril 1993 et de l'article L. 212-1 alinéa 2 du Code de la consommation, nous verrons que l'analyse *in concreto* du caractère abusif d'une clause.

L'appréciation du caractère abusif d'une clause implique de déterminer les éléments objectifs ou subjectifs de cette appréciation. Cela conduit, ensuite et inéluctablement, à constater que cette appréciation du déséquilibre significatif permet seulement une élimination circonstanciée de la clause. C'est-à-dire que la qualification du caractère abusif d'une clause se fait en tenant compte des circonstances de l'espèce.

422. Le caractère abusif d'une clause.

Or, saisis d'un litige de consommation dans lequel un professionnel souhaite bénéficier de la protection du Code de la consommation, en général, les juges du fond peuvent demander à la Commission des clauses abusives un avis sur le caractère abusif d'une

⁹⁸²CJCE, 4 juin 2009, aff. n° C-423/08. L. Raschel, note sous arrêt, *JCP E* 2009/42, p. 26 et s. G. Paisant, « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G* 2009/42, p. 33 et s. G. Poissonnier, « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *D.* 2009/34, p. 2312 et s. P. Remy-Corlay, « L'influence du juge communautaire sur l'office du juge », *RTD Civ.*, 2009 n° 4, p. 684 et s. C. Aubert de Vincelles, « Office du juge communautaire et national, et directive numéro 93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC* 2009/4, p. 1467 et s.

clause. C'est dans ce sens que les juges du fond ont été amenés à demander l'avis de cette commission à l'occasion d'un litige opposant deux professionnels⁹⁸³. En l'espèce, le tribunal de commerce de Saint Nazaire devait se prononcer sur le caractère abusif d'une clause litigieuse entre deux sociétés qui avaient conclu un contrat d'entretien téléphonique. Le tribunal avait alors profité de cette occasion pour demander l'avis de la Commission des clauses abusives.

Dans cette affaire, la société bénéficiaire du contrat d'entretien téléphonique soutenait que la clause, selon laquelle la durée initiale de la relation contractuelle était fixée à cinq ans, était abusive. Mais la réponse de la commission fût décevante en ce sens qu'elle n'apportât aucune lumière sur la clause litigieuse. Pire, la Commission estimait que « *la clause litigieuse est contenue dans un contrat entre deux professionnels en vue de répondre à des besoins professionnels* »⁹⁸⁴.

423. Analyse de la Commission.

Cette analyse de la Commission nous semble étrange, voir contradictoire, en ce sens que l'appréciation du caractère abusif d'une clause se fait *in concreto* et surtout elle est indépendante de la qualité des contractants en présence. Nous estimons donc que le caractère abusif ou non d'une clause ne dépend pas de la question de savoir si elle est insérée dans un contrat entre un professionnel et un consommateur ou entre deux professionnels. Un auteur considérait à juste titre que « *le caractère abusif d'une clause ne dépend pas de la qualité du contractant à qui elle est imposée, ni même de la fin que celui-ci poursuivait en concluant le contrat dans lequel la clause a été stipulée* »⁹⁸⁵.

Cela signifie que les mêmes clauses doivent provoquer les mêmes sanctions. Par exemple, quand un petit professionnel est dans l'impossibilité de négocier, qu'il est exposé à un risque d'abus, il est nécessaire de le protéger⁹⁸⁶. Ainsi, l'analyse du caractère abusif d'une clause est tout aussi déterminante dans la recherche du déséquilibre significatif dans un contrat entre un professionnel dominant et un autre professionnel « faible ». Elle est surtout confirmée par l'analyse de l'applicabilité du droit du crédit à un contractant. C'est l'exemple de l'article L.312- 4 du Code de la consommation qui exclut de son champ d'application les prêts destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle.

⁹⁸³ Voir en ce sens, D. Mazeaud, « De l'art de répondre à une question qui n'était pas posée tout en refusant de répondre à la question qui était posée », *Défrénois* 1994 n° 17, p.1132 et s.

⁹⁸⁴ Commission des clauses abusives, 14 septembre 1993, *CCC*. 1994, comm. 92, obs. L. Leveueur.

⁹⁸⁵ D. Mazeaud, « De l'art de répondre à une question qui n'était pas posée tout en refusant de répondre à la question qui était posée », *art. préc.*

⁹⁸⁶ V. également, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop », *RDC* 2012/4, p. 1469 et s.

424. Applicabilité de la loi.

Indépendamment du rapprochement qu'il peut y avoir avec l'analyse du critère du rapport direct, l'applicabilité de cette loi se fait *in concreto*. Ainsi, la Cour de cassation avait décidé que « *la destination formelle d'un crédit, même affecté à un compte professionnel, ne peut résulter que d'une stipulation expresse* »⁹⁸⁷. À l'image de l'analyse du caractère abusif d'une clause, l'analyse de « *la destination contractuelle du crédit est fondée sur les seules stipulations expresses du contrat et s'applique lorsque le crédit est affecté spécialement au financement d'un bien* »⁹⁸⁸. S'il n'est donc pas mentionné expressément que les fonds sont destinés à financer l'activité professionnelle de l'emprunteur, en principe, les dispositions protectrices du droit de la consommation devraient pouvoir s'appliquer à l'emprunteur.

C'est exactement la même analyse qui s'impose pour déterminer le caractère abusif d'une clause. À moins qu'il soit expressément stipulé que la clause litigieuse n'est mentionnée que dans les contrats entre professionnels, l'analyse du juge devrait être fondée sur les éléments objectifs du contrat pour déterminer la nature de la clause. Autrement dit, dans un premier temps, les juges devraient analyser le caractère abusif ou non de la clause indépendamment de la qualité des contractants en présence. Cet apport de l'analyse de la destination contractuelle du crédit est important. Nous pensons que le caractère abusif de la clause, et par conséquent du déséquilibre significatif, est indépendant de la qualité de consommateur et de non-professionnel.

425. Clause dans un contrat entre deux cocontractants.

Ainsi en présence d'une clause dans un contrat entre deux cocontractants, les juges du fond devraient, d'abord, faire abstraction de la qualité des contractants pour déterminer le déséquilibre significatif. Certains auteurs proposent de distinguer selon que la clause est contenue dans le contrat lui-même ou dans les conditions générales du contrat⁹⁸⁹. Selon eux une analyse *in concreto* s'impose dans le premier cas de figure et l'analyse *in abstracto* de la clause dans le deuxième cas de figure.

Autrement dit, dans le deuxième cas de figure, l'appréciation du caractère abusif de la clause se fera en considération du consommateur moyen et de circonstances

⁹⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 octobre 2003, n° 02-13026 ; Note sous arrêt, G. Raymond, CCC. 2004 n°1, p. 34 et s. ; D. Legeais, Note sous arrêt, *RTD Com.* 2004 n°1, p. 136 et s. ; M. Bruschi, « Endettement », *RDC* 2004/2, p. 300 et s. ; S. Piedelièvre, Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2004 n° 144, p. 19 et s.

⁹⁸⁸ M. Bruschi, « Clauses abusives », *Petites affiches* 2006 n°22, p. 5 et s.

⁹⁸⁹ G. Virassamy, « *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* », Thèse, Paris : 1985, spé. 141

habituelles⁹⁹⁰. Mais, comme le relève bien un autre auteur, « *on a eu recours à l'appréciation in abstracto pour établir la liste noire des clauses abusives* »⁹⁹¹ autrement dit les clauses interdites de façon irréfragable. Il s'agit donc de clauses dont le caractère abusif est si fort, si important que l'utilité même du contrat est remise en cause⁹⁹². Dans ce cas, le rôle des juges ne va plus consister à déterminer le caractère abusif de la clause, mais à « *vérifier la conformité de la clause litigieuse à celle de la liste : dans l'affirmative, ils ne peuvent que la déclarer abusive* »⁹⁹³.

Nous pensons donc, qu'exception faite des clauses contenues dans une liste, l'analyse des juges du fond devrait consister en une appréciation *in concreto* de la clause litigieuse notamment dans les contrats entre deux professionnels.

426. Sur le rôle des juges du fond.

Il serait préférable que les juges du fond analysent le caractère abusif ou non d'une clause avant de s'attacher à la détermination de la qualité des bénéficiaires de la protection. Or, c'est exactement le contraire que font les tribunaux. Le caractère abusif d'une clause est indifférent de la qualité des parties, « *alors que, quoi que abusive, elle aura vocation à s'appliquer à ceux qui ont contracté en qualité de professionnel* »⁹⁹⁴. Aussi, les juges du fond devraient, d'abord, apprécier le caractère abusif d'une clause même dans un contrat conclu entre deux professionnels.

L'appréciation de la qualité du bénéficiaire de la protection contre les clauses abusives devraient suivre ensuite. Dans l'arrêt du 4 février 2016, la Cour de cassation a confirmé l'analyse des juges du fond qui avaient caractérisé la qualité du bénéficiaire, non-professionnel, de la protection avant d'apprécier le caractère abusif de la clause litigieuse⁹⁹⁵.

En effet, la cour d'appel de Montpellier avait, considéré que « *la SCI Le Patio, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction* ». De sorte qu'elle devrait « *être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique* ». En l'espèce, la Haute juridiction avait alors approuvé la décision des juges du fond. Elle avait alors, d'une part, considéré que la SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de

⁹⁹⁰ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, opi. cit.*, spéc. p.172

⁹⁹¹ V. Valette-Ercole, « Les clauses abusives en droit de la consommation » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), *opi. cit.*, spéc. p.176.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, opi. cit.*, spéc. pp.177-178

⁹⁹⁴ D. Mazeaud, « De l'art de répondre à une question qui n'était pas posée tout en refusant de répondre à la question qui était posée », *Déf.* 1994 n° 17, p.1132 et s.

⁹⁹⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 4 février 2016, n° 14-29347.

l'immobilier mais pas un professionnel de la construction. La SCI devrait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application de l'article L.132-1 du Code de la consommation.

Cet arrêt nous conduit à la remarque suivante. La qualité de non-professionnel ne se déduit plus seulement de l'absence du « rapport direct » entre l'activité du professionnel et le contrat conclu. Pour se prononcer sur la qualité de non-professionnel de la SCI, les juges du fond retiennent que cette dernière, « promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction ». Les tribunaux ne se posent donc pas la question du rapport entre le contrat litigieux et l'activité du professionnel comme le leur demandait le contrôleur technique.

Le fondement retenu ici par les juges du fond semble être le critère de « *l'activité principale du professionnel* »⁹⁹⁶. Les activités relatives à la construction immobilière ne rentrent donc pas dans le champ de l'activité principale d'un promoteur immobilier. Aussi, le lien entre l'activité habituelle du professionnel et le contrat conclu n'est pas étroit au point d'exclure ce dernier de la catégorie des non-professionnels. Ce critère de protection de certains professionnels semble relativement plus souple.

427. Les éléments d'appréciation du déséquilibre significatif.

L'identification du caractère abusif d'une clause est fondée sur la prise en compte de certains éléments qui sont, en quelque sorte, le socle de l'appréciation du déséquilibre significatif. L'expression « *déséquilibre entre les droits et les obligations* » signifie que le déséquilibre doit être apprécié non pas isolément mais globalement⁹⁹⁷. Cette appréciation contextualisée du déséquilibre significatif est nécessaire.

Toutefois, nous pensons, d'abord, que les éléments de comparaison existent dans l'énoncé de la loi elle-même ; il s'agit de comparer les droits et obligations des parties. En outre, la protection judiciaire contre les clauses abusives ne vise que l'élimination de la clause litigieuse, il serait absurde que cette élimination judiciaire de la clause ait une vocation réglementaire. Seule une appréciation circonstanciée de la clause s'impose. Il s'agit donc de prendre en compte les éléments et les circonstances de fait ou de droit qui entourent la conclusion du contrat.

⁹⁹⁶ Article L.121-16-1-III du Code la consommation.

⁹⁹⁷ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2013, spéc. p. 560. V. également, Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., n° 413.

428. La comparaison des droits et obligations des parties.

La directive du 5 avril 1993 et la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, qui a transposé la directive sur les clauses abusives en droit de la consommation, visent clairement « un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat ». Dans une analyse *prima facie* du déséquilibre significatif, nous pensons directement à l'économie du contrat ; c'est-à-dire à la prise en compte du contrat dans sa globalité. La Cour de cassation avait ainsi considéré que la convention pouvait être remise en cause dès lors que « l'exécution selon l'économie voulue par les parties » est devenue onéreuse »⁹⁹⁸. Or, la notion d'économie du contrat est étroitement liée à la notion de cause⁹⁹⁹ ; c'est-à-dire le but du contrat¹⁰⁰⁰. En revanche, la notion de déséquilibre significatif n'est pas liée à la conception subjective de l'équilibre contractuel¹⁰⁰¹.

Or, Monsieur Stoffel-Munck affirme que « évaluer, même approximativement, l'équilibre entre deux choses suppose qu'existe au moins entre ces objets un étalon de comparaison. Autrement dit, l'existence d'une unité commune de mesure est indispensable : on compare des kilos avec des kilos, des mètres avec des mètres, etc... Concernant les droits et obligation des parties, on ne voit pas qu'existe d'autre étalon de mesure que la monnaie »¹⁰⁰².

Cette appréciation du déséquilibre significatif par référence à la monnaie conduit inéluctablement à admettre la lésion. Or, Madame Poillot affirme justement que la clause abusive n'est pas celle « ayant entraîné une rupture de l'équilibre contractuel en raison de la survenance lors de l'exécution du contrat d'un évènement imprévisible rendant cette exécution plus difficile »¹⁰⁰³.

Ce dernier auteur vise donc le changement de circonstance c'est-à-dire le déséquilibre contractuel apparu pendant la phase d'exécution du contrat. Le critère du déséquilibre significatif ne vise donc pas la qualification de la clause lésionnaire.

⁹⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, n° 94-14800. J.-R. Binet, « De la fausse cause », *RTD Civ.*, 2004/4, p. 655. Y.-M. Laithier, « L'appréciation erronée de l'utilité économique de la contrepartie convenue n'est pas, en principe, une cause de nullité du contrat » ; Note sous arrêt, *RDC* 2012/4, p.1175. M.-C. Le Boursicot, « La résiliation du bail commercial ne rend pas caduque la vente de l'immeuble à laquelle il était associé », *Lamy Droit Civil*, 2015/130, p. 8 et s.

⁹⁹⁹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, L.G.D.J., 3^e édition, 1993, n°851. V. également, D. Mazeaud, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop », *RDC* 2012/4, p. 1469 et s.

¹⁰⁰⁰ Sur la notion de cause, v. not. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Préface Jacques Ghestin, L.G.D.J. 1999, 632p.

¹⁰⁰¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op. cit., p. 308.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. n°283.

429. Appréciation juridique des droits et obligations des parties.

Seule une appréciation purement juridique des éléments de comparaisons permet d'identifier le déséquilibre significatif dans le contrat. Nous pensons à cet effet que la comparaison entre les droits et les obligations des parties peut se faire indépendamment d'un étalon de mesure qui serait la monnaie et ce, pour deux raisons.

La première est que le Code civil prévoit un contrat spécial qui est l'échange. Si la vente et l'échange sont des contrats translatifs de propriété, l'échange se distingue de la vente en ce qu'elle ne repose pas sur la monnaie. Le Code civil définit l'échange comme le « *contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour l'autre* »¹⁰⁰⁴. La vente n'est autre chose que « l'échange » d'un bien contre la monnaie, et le contrat d'entreprise un « échange » entre une prestation de service et une somme d'argent¹⁰⁰⁵.

Nous constatons ici qu'un bien ou une prestation peut être échangé contre la monnaie. Ainsi, par une fiction juridique, la monnaie est devenue une chose fongible¹⁰⁰⁶. Mais existe-t-il au moins un étalon de mesure entre un bien ou une prestation et la monnaie ? Quels sont les éléments d'évaluation de la chose sinon que la prise en compte de facteurs spatio-temporels, au point qu'un bien ou une prestation de service n'aura pas la même valeur d'un pays à un autre. Dans les contrats de consommation, par exemple, un bien ou une prestation de service sera échangé contre de la monnaie. On parlera alors de contrat de vente ou de contrat d'entreprise.

430. La monnaie : étalon de mesure des droits et obligations.

Le plus souvent l'obligation de l'une des parties est exprimée en monnaie alors que l'obligation de l'autre est exprimée en bien ou prestation de service. Les droits et obligations sont évalués en monnaie par commodité. Mais les droits et obligations peuvent être évalués autrement sans que cela ne repose sur la monnaie. Le déséquilibre significatif ne vise pas à évaluer le caractère onéreux d'une obligation ou d'un droit, mais sa valeur intrinsèque, le poids véritable des droits et obligations des parties.

Ainsi, les juges européens estiment justement que l'existence « *d'un déséquilibre significatif ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence*

¹⁰⁰⁴ Article 1702 du Code civil. Sur le contrat d'échange, v. not. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J., Lextenso-édition, Paris : 2015, spéc. p. 227 et s.

¹⁰⁰⁵ E. Poillot, *op. cit.*, spéc. n°228.

¹⁰⁰⁶ M. Fabra-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, 2014, 128pp.

économique significative au regard du montant de l'opération en cause »¹⁰⁰⁷. C'est pourquoi, comme dans l'échange, un droit peut être comparé à un bien en raison de sa valeur supposée. Cette analyse peut être poussée assez loin, notamment pour comparer le fort et le faible, il est possible de se demander quel élément sert d'étalon de mesure ? En droit de la consommation, le non-professionnel ou le consommateur, considéré comme contractant faible, est opposé au professionnel, présumé être un contractant fort. Or, les éléments de faiblesse ne sont pas uniquement économiques, mais peuvent être juridiques ou techniques¹⁰⁰⁸. C'est pourquoi, la qualification de la clause abusive relève du pouvoir d'appréciation du juge.

431. Le rôle déterminant du juge dans l'appréciation du déséquilibre significatif.

En outre, c'est au juge que revient le pouvoir d'apprécier souverainement les éléments du déséquilibre significatif. Ce pouvoir souverain d'appréciation des juges est implicitement reconnu par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2011, dans laquelle, le Conseil constitutionnel affirmé que la notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est claire et précise¹⁰⁰⁹.

Il s'agit donc d'une analyse objective de l'équilibre puisqu'elle est faite par un tiers au contrat, le juge. C'est-à-dire une appréciation de la proportion entre les droits et les obligations des parties au contrat¹⁰¹⁰, même la Cour de cassation exerce très souvent son contrôle sur ce pouvoir¹⁰¹¹. Ce pouvoir d'appréciation des juges du fond¹⁰¹² est très marqué dans un arrêt du 4 février 2016¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁷ CJUE, 16 janvier 2014, n° C-226/12, Constructora Principado SA c/ Jose Ignacio Menéndez Alvarez. V. en ce sens, J.-C. Grall, T. Bussonnière, « Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre B to B et le B to C », *Lamy de la Concurrence*, 2015/43, p. 26 et s. S. Piedelièvre, « Clause abusive et déséquilibre significatif », note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2014/169-170, p. 21.

¹⁰⁰⁸ Cf. *supra* n° 184 et s.

¹⁰⁰⁹ Cons. Const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC.

¹⁰¹⁰ Sur le principe de proportionnalité et ses implications sur le contrat, v. not. D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117 et s.

¹⁰¹¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n°08-15727, *LEDC* avr. 2009, p.4 obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

¹⁰¹² La qualification de l'abus se fait sous le contrôle de la Cour de cassation. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 293.

¹⁰¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 2016, n°14-29347. S. Piedelièvre, « Clause abusive et professionnelle d'une autre spécialité » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/14, p. 33 et s. C. Sizaire, « Le promoteur immobilier, exerçant sous forme de société immobilière, est un non-professionnel au sens de la législation sur les clauses abusives », *Construction-Urbanisme*, 2016/3, p. 37 et s. C.-M. Pégliion-Zika, « Clauses abusives du Code de la consommation : un professionnel peut s'en prévaloir ! », *D.* 2016/11, p. 639 et s. D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglia... » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/12, p. 20 et s. Note sous arrêt, *RJDA* 2016/4, p. 316 et s. P. Dessuet, « La validité des clauses limitatives de responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage remise en cause même en RC de droit commun », *Revue Générale du Droit des Assurances*, 2016/4, p. 176 et s. S. Bernheim-Desvaux « Une SCI peut bénéficier de la législation sur clauses abusives », *CCC.* 2016/4, p. 36 et s. S. Carval, « Un promoteur immobilier peut se prévaloir du Code de la consommation dans ses rapports avec un

En l'espèce, un maître d'ouvrage, la société civile immobilière Le Patio (SCI) ayant pour maître d'ouvrage délégué la société Primus, a, sous la maîtrise d'œuvre de M. X, entrepreneur, architecte, assuré auprès de la Mutuelle des architectes français (MAF), fait réaliser un ensemble de villas avec piscines. La société Cimba, entrepreneur, assurée par Groupama a été chargée du lot gros œuvre, charpente, voiries et réseaux divers (VRD) et piscines. Un autre entrepreneur, la société Qualiconsult avait pour mission de faire le contrôle technique portant sur la solidité des ouvrages et des éléments d'équipement. Des désordres ayant été constatés sur cinq piscines, les maîtres d'ouvrage ont, après expertise, assigné en indemnisation l'entrepreneur, les sous-traitants et les assureurs. La cour d'appel de Montpellier a, le 23 octobre 2014, accueilli la demande des maîtres d'ouvrage. Un pourvoi est formé.

En l'espèce, la société Qualiconsult, sous-traitant faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier d'avoir déclaré abusive la clause limitative de responsabilité prévue au contrat qui la liait à la SCI, d'avoir prononcé la nullité de la clause. Mais également d'avoir exigé de l'entrepreneur le versement à la SCI des condamnations *in solidum* prononcé à son encontre par le jugement du 4 juin 2009. Le moyen s'articulait autour de deux branches.

D'une part, l'entrepreneur estimait que la convention de contrôle technique comportant la clause litigieuse avait été conclue par la SCI Le Patio dans l'exercice de son activité professionnelle. En conséquence, une telle clause n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article L.132-1 et L.135-1 du Code de la consommation.

D'autre part, l'entrepreneur soutenait que la clause ayant pour objet de plafonner le montant de l'indemnisation en cas de mise en jeu de la responsabilité de l'une des parties est licite dès lors qu'elle n'aboutit pas à réduire l'indemnisation à un montant dérisoire au regard des obligations corrélatives de l'autre partie. Le demandeur au pourvoi en déduit qu'en conséquence, cette clause ne créait pas de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

En effet, la cour d'appel de Montpellier avait, d'une part, considéré que « *la SCI Le Patio, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas*

contrôleur technique », *AJC-Concurrence-Distribution*, 2016/4, p. 200 et s. D. Houtcieff, « Les clauses abusives abusées par la cause », Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/16, p. 25 et s. « Clause abusive dans le contrat entre un contrôle technique et une SCI », *Responsabilité civile et assurances*, 2016/5, p. 23 et s. B. Boubli « Le contrôleur technique ne peut limiter sa responsabilité dans ses rapports avec un non-professionnel », *Revue de droit immobilier*, 2016/5, p. 290 et s. J.-B. Seube, « Clauses et équilibre du contrat », *JCP E*, 2016/24, 37 et s. J. Ghestin, A.-S., Barthez, P. Grosser, G. Loiseau, N. Sauphanor-Brouillaud, Y.-M. Serinet, G. Virassamy, « Droit des contrats », *JCP G* 2016/27, p. 1372 et s.

un professionnel de la construction ». De sorte qu'elle devrait « être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique ». D'autre part, les juges du fond avaient estimé que la clause litigieuse « contredisait 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 ».

Nous constatons que l'appréciation des juges du fond du déséquilibre significatif est très subtile. Le demandeur au pourvoi soutenait que la clause litigieuse n'avait pas pour but de « réduire l'indemnisation à un montant dérisoire au regard des obligations » de l'autre partie. Ce qui revient à dire que la clause litigieuse n'était pas lésionnaire.

Or, l'appréciation du déséquilibre significatif n'a pas pour objet ni pour effet de constater le caractère lésionnaire d'une clause. Ainsi, les juges du fond plutôt que de contrôler « l'adéquation de la rémunération avec la prestation » comme le soutenait le demandeur au pourvoi, préfèrent apprécier la valeur réelle des obligations de chaque partie. L'adéquation du prix avec le bien ou la prestation n'est pas un élément caractérisant le déséquilibre significatif¹⁰¹⁴. Par conséquent, « l'appréciation du caractère abusif des clauses... 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 »¹⁰¹⁵. Néanmoins, « si le juge n'a pas à contrôler le prix qui résulte de la négociation commerciale, il peut en revanche sanctionner les clauses déséquilibrées, y compris celles relatives à la détermination du prix »¹⁰¹⁶.

Il y a ici une appréciation subtile du déséquilibre significatif par le juge qui tend à prendre en compte non pas le déséquilibre économique mais les conséquences de celui-ci sur les droits et obligations des parties. Ce sont donc les conséquences juridiques de ce déséquilibre économique qui sont prises en compte dans l'espèce pour déclarer la clause abusive.

432. Illustration de l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge.

Aussi, s'agissant du caractère abusif de la clause de l'espèce, les juges de la Cour de cassation avaient estimé que celle-ci avait effectivement pour objet de fixer le

¹⁰¹⁴ Par exemple, l'article 1171, alinéa 2 nouveau du Code civil exclut « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹⁰¹⁵ Article L.132-1, al. 7 du Code de la consommation. Voir not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, op. cit, spéc. p. 172.

¹⁰¹⁶ CA Paris, 1 juillet 2015.

maximum de dommages et intérêts que le maître d'ouvrage pourrait recevoir en fonction des honoraires perçus.

La clause plafonnait donc l'indemnisation du non-professionnel et contredisait, de ce fait, la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique, ce qui lui permettait de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle, en cas de faute. En l'espèce, la Cour de cassation approuva le raisonnement des juges du fonds. C'était donc, « à bon droit », que la Cour d'appel avait déclaré cette clause abusive non écrite. Par conséquent, le pourvoi du contrôleur technique fut rejeté par la Cour de cassation.

433. Sur la clause litigieuse.

Nous constatons, en fait, que la clause litigieuse avait pour objet et pour effet¹⁰¹⁷ de plafonner l'indemnisation du maître d'ouvrage à un montant maximum et ce, même en cas de faute de l'entrepreneur. Les juges du fond ont analysé ici cette clause en comparant les droits et obligations de chacune des parties au contrat. De la comparaison des droits et obligation du contrôleur technique et du non-professionnel, les juges du fond constatent alors que la clause limitative de responsabilité engendrait un déséquilibre significatif.

Autrement dit la clause litigieuse était abusive en ce sens qu'elle avait un impact significatif sur les droits du non-professionnel ; c'est-à-dire qu'elle limitait le plafond de l'indemnisation alors même que le professionnel avait commis une faute dans l'exécution de ses obligations. La clause fixait un maximum de dommages et intérêts que le maître d'ouvrage pourrait recevoir en fonction des honoraires perçus par le sous-traitant. Ce qui signifiait qu'en cas de faute importante, comme les désordres relatifs à cinq piscines, le contrôleur technique ne pouvait dédommager le maître d'ouvrage qu'à hauteur des montants que lui-même avait déjà perçus de ce dernier.

Pourtant, le contrôleur technique avait pour engagement essentielle, la mission, de vérifier la solidité des ouvrages et des éléments d'équipement. En tant qu'expert dans ce domaine, il lui revenait de s'assurer que les travaux avaient été bien exécutés. En insérant dans le contrat, qu'il avait conclu avec la SCI, une clause qui lui permettait de se soustraire à son obligation essentielle, ladite clause créait un déséquilibre significatif en sa faveur. La clause litigieuse avait pour effet de limiter la portée de son obligation,

¹⁰¹⁷ Sur la distinction entre la clause qui a « pour objet » ou « pour effet », *cf. supra* n° 396 et s.

en tant que contrôleur technique, malgré sa faute contractuelle. Ce terme d'obligation essentielle renvoie à la jurisprudence *Chronopost* et à l'article 1170 du Code civil.

434. Le régime de la loi n°78-23.

Sous le régime de la loi n°78-23, M. Pizzio disait que « *l'avantage excessif se traduit par une aggravation des obligations du « non-professionnel » ou consommateur ou par un allègement des obligations du professionnel (...) dépourvu de toute contrepartie au bénéfice du consommateur* »¹⁰¹⁸. La nature « extrêmement abusive » d'une telle clause fait qu'un auteur la classe dans la catégorie entraînant une négation des droits du non-professionnel ou consommateur¹⁰¹⁹.

Par ailleurs, le fait même d'avoir mal effectué les contrôles sur la solidité des ouvrages et des éléments d'équipement peut s'analyser en une mauvaise exécution de son obligation en tant que contrôleur technique. C'est pourquoi la Haute juridiction considère que, « c'est à bon droit », que les juges du fond avaient déclaré la clause litigieuse être une clause abusive. En somme, les juges du fond ont essentiellement procédé à une comparaison des droits et obligations des parties pour arriver à la conclusion que la clause litigieuse était bien abusive.

435. La prise en compte du déséquilibre juridique.

Le standard du déséquilibre significatif renvoie inéluctablement à l'équilibre juridique. Autrement dit, dans les rapports entre le professionnel et le non-professionnel la clause sera déclarée abusive dès lors qu'elle aura pour but ou pour effet de créer un déséquilibre juridique entre les parties au contrat. L'équilibre des droits et obligations du contrat s'apprécie au regard de l'économie juridique du contrat et non de sa rentabilité économique¹⁰²⁰. C'est ainsi que le Tribunal de commerce de Paris avait considéré que « l'équilibre des droits et obligations du contrat s'apprécie au regard de l'économie du contrat et non en considération de contreparties économiques et stratégiques extérieures à celui-ci ou retirées de celui-ci »¹⁰²¹.

Dans un arrêt du 16 janvier 2014, la CJUE avait estimé que l'existence d'un déséquilibre significatif « *peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat,*

¹⁰¹⁸ J.-P. Pizzio, *Code de la consommation*, Montchrestien, 1995, art. 132-1, p. 167.

¹⁰¹⁹ C.-M. Peglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, 485 pp.

¹⁰²⁰ L. Vogel, J. Vogel, *Le déséquilibre significatif*, LawLex/Bruylant, Paris : 2016, spéc. p. 16 et s.

¹⁰²¹ T. com. Paris, 23 novembre 2015.

est placé en vertu des dispositions nationales applicables... ». Pour ce faire, la juridiction nationale estimait qu' « *afin d'apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif, de tenir compte de la nature du bien ou du service qui fait l'objet du contrat, en se référant à toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion de ce contrat, de même qu'à toutes les clauses de celui-ci* »¹⁰²².

Pour protéger efficacement le contractant faible, notamment le non-professionnel, contre les clauses abusives en droit de la consommation, la doctrine a élaboré des sous-critères permettant précisément de caractériser l'abus dans le contrat litigieux. Il peut donc s'agir d'un contrat marqué par l'absence de contrepartie, par l'unilatéralisme ou par la négation des droits du contractant faible.

436. Les sous-critères de détermination du déséquilibre significatif.

La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que l'existence de la notion de déséquilibre significatif au détriment du consommateur doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur¹⁰²³. La notion de déséquilibre significatif peut donc renvoyer aux règles supplétives lorsque la protection du non-professionnel ou du consommateur l'exige¹⁰²⁴.

Cela signifie que le droit national qui interprète la notion de déséquilibre significatif dans un sens favorable au contractant faible peut prendre le dessus sur le droit européen. Cela est justifié par le caractère minimal de l'harmonisation recherchée dans la directive sur les clauses abusives. Mais aussi et surtout, le déséquilibre est apprécié comparativement à l'absence de contrepartie pour le contractant « faible » et peut se déduire de l'unilatéralisme ou de la négation des droits du contractant faible.

437. Exemple.

Par exemple, l'article 1164 nouveau du Code civil permet une révision judiciaire indirecte du contrat. Il s'agit essentiellement de sanctionner l'abus dans la fixation

¹⁰²² T. com. Paris, 23 novembre 2015.

¹⁰²³ Affaire Mohamed Aziz, CJUE, 14 mars 2013, n° C-415/11. C. Aubert de Vincelles, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », *RTD eur.* 2013, chron. 559. F.-X. Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *RLDC* 2017/144, p. 10 et s.

¹⁰²⁴ V. en ce sens, C. Peres-Dourdou, *La règle supplétive*, L.G.D.J., 2004, n°458. V. aussi, C.-M. Peglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, spéc. p. 242 et s.

unilatérale du prix dans les contrats-cadres de distribution. La question qui se pose est celle relative à la clause qui prévoit un pouvoir unilatéral pour le professionnel avec l'obligation de faire ses efforts pour assurer l'équilibre du contrat. Par exemple, dans un arrêt de la chambre commerciale du 4 novembre 2014, la Cour de cassation avait estimé que « *les prix unilatéralement fixés par un fournisseur, excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à son cocontractant de faire face à la concurrence, la cour d'appel a pu retenir que ce fournisseur avait abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises* »¹⁰²⁵.

En l'espèce, un contrat d'approvisionnement exclusif en chair d'escargot avait été conclu entre un fournisseur (la société Camargo) et un fabricant (la société Larzul). Le contrat cadre stipulait que le prix serait fixé par le tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande et définitivement pour chaque année civile selon une variation ne pouvant excéder 3% par rapport à l'année précédente. L'article 3 du contrat permettait au fournisseur de fixer unilatéralement le prix de vente des marchandises vendues, moyennant une évolution, chaque année civile, comprise dans une fourchette de plus ou moins 3%. En contrepartie, le fournisseur s'engageait à faire ses meilleurs efforts pour déterminer les prix de manière à permettre à son cocontractant de faire face à la concurrence.

438. Constatations.

Or, le fournisseur vendait à son cocontractant les chairs d'escargot à un prix 25% plus cher qu'à ses autres clients. En outre, son taux de marge brute était de 29% sur les ventes avec ce fabricant alors qu'il était de 10% sur les ventes aux autres clients et qu'elle lui a consenti une diminution importante du prix de vente à l'occasion du renouvellement du contrat. Il s'agissait alors de savoir s'il y a abus du fournisseur dans la fixation unilatérale de ses prix lorsque ceux-ci ne permettent pas au fabriquant de faire face à la concurrence ? La Cour de cassation, après avoir démontré que le

¹⁰²⁵ Cass. com. 4 novembre 2014, n°11-14026. H. Barbier, J. Mestre, « L'actualité du droit des contrats », *RLDC* 2015 n° 132, p. 12 et s. M. Behar-Touchais, « Le réveil de la belle au bois dormant : à propos de l'abus dans la fixation du prix », Note sous arrêt, *RDC* 2015/2, p. 293 et s. Ph. Stoffel-Munck, « L'abus dans la fixation unilatérale du prix » ; Note sous arrêt, *RDC* 2015/2, p. 233 et s. D. Ferrier, « Concurrence-Distribution janvier 2014-décembre 2014 », *D.* 2015 n°16, p. 943 et s. N. Dissaux, « Retour sur le contrôle de l'abus dans la détermination du prix », *Revue de droit rural* 2015 n° 432, p. 35 et s. S. Amrani-Mekki, M. Mekki, « Droit des contrats. Janvier 2014-janvier 2015 », *D.* 2015 n°9, p. 529 et s. S. Bros, « Est abusive la fixation unilatérale du prix ne permettant pas, dès l'origine, de faire face à la concurrence », *AJ Contrats d'affaires- Concurrence – Distribution*, 2015 n°2, p. 78 et s. J. Ghestin, « De la fixation unilatérale des prix dans un contrat d'approvisionnement exclusif » ; Note sous arrêt, *D.* 2015 n°3, p. 183 et s. A.-S. Choné-Grimaldi, « Abus dans la fixation du prix-à propos d'un contrat d'approvisionnement » ; Note sous arrêt, *JCP E* 2014 n°50, p. 42 et s.

fournisseur avait bien un pouvoir unilatéral dans la fixation de ses prix selon la clause de l'article 3 du contrat, parvient à la conclusion que les prix étaient excessifs dès l'origine, c'est-à-dire dès la fixation des prix des premières commandes¹⁰²⁶. L'abus se déduisait en l'espèce de la discrimination que le fournisseur avait opérée entre le distributeur, tenu par l'engagement d'exclusivité, et ses concurrents.

C'est dans le même sens que les célèbres arrêts du 1^{er} décembre 1995, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis une révision indirecte du prix, lorsqu'elle valida une clause de fixation unilatérale. Elle estimait alors que l'exercice abusif du pouvoir unilatéral de fixation du prix peut être sanctionné, entre autres, par l'allocation de dommages et intérêts. Cette sanction de l'abus par l'allocation de dommages et intérêts rappelle fort bien la sanction de la clause abusive dans le Code de commerce¹⁰²⁷. Cet arrêt avait donc pour intérêt de prouver que l'unilatéralisme des pouvoirs du professionnel est souvent source d'abus. C'est aussi sur ce fondement que la chambre commerciale de la Cour de cassation avait condamné une société à des dommages intérêts au motif que l'une des clauses permettait à cette dernière de déréférencer son fournisseur « unilatéralement, sans préavis et sans indemnisation » en cas de « sous performance du produit »¹⁰²⁸.

439. L'absence de contrepartie comme critère de détermination du déséquilibre significatif.

Le déséquilibre significatif est aussi apprécié comparativement à l'absence de contrepartie pour le contractant faible, non-professionnel y compris. Lorsque la prérogative unilatéralement stipulée n'est pas un droit au sens strict du terme, mais plutôt un avantage ou une faveur, il arrive que la symétrie soit impossible à mettre en place ou qu'elle n'ait pas de sens, notamment parce qu'il ne présente aucun intérêt pour le non-professionnel ou le consommateur¹⁰²⁹. Par exemple, dans un arrêt du 5 juillet 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que les clauses organisant la reprise du véhicule d'occasion dans les conditions générales de vente de véhicules automobiles n'étaient pas abusives, le contractant faible « *ne rapportait pas*

¹⁰²⁶ J. Ghestin, « De la fixation unilatérale des prix dans un contrat d'approvisionnement exclusif »; Note sous arrêt, *D.* 2015 n°3, p. 183 et s.

¹⁰²⁷ Cf. *supra* n° 495 et s.

¹⁰²⁸ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10907. N. Mathey, « Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », CCC. 2015 n° 5, p. 50 et s. M. Chagny, « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! »; Note sous arrêt, *RDT Com.* 2015 n°3, p. 486 et s. J.-C. Grall, G. Mallen, « Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *RLC* 2016 n° 56, p. 20 et s.

¹⁰²⁹ C.-M. Peglion-Zika, *Op. cit.*, p. 335.

la preuve d'un avantage excessif conféré au professionnel et, par motifs propres, que le contrat prévoyait la possibilité pour l'acheteur de faire effectuer l'entretien de son véhicule en dehors du réseau Ford »¹⁰³⁰.

L'absence de contrepartie serait alors un sous-critère d'appréciation du déséquilibre significatif. À ce propos, on considère alors que « la qualification de clause abusive sera ainsi écartée à chaque fois que la stipulation unilatérale d'une prérogative au profit du professionnel est, par ailleurs, pondérée par une clause qui aménage une contrepartie, de nature différente, en faveur de son cocontractant »¹⁰³¹.

440. L'équivalence dans les prestations réciproques des cocontractants.

Le défaut de réciprocité et de commutativité permet de caractériser la clause abusive quand des stipulations permettent au professionnel de conserver les sommes versées par le contractant faible, lorsque ce dernier renonce à exécuter le contrat sans prévoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel qui annulerait l'exécution de ses prestations¹⁰³². Or, l'article 1108 nouveau du Code civil prévoit que « 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 ».

L'équivalence dans les prestations réciproques de chacun des cocontractants est un facteur de détermination de l'équilibre contractuel¹⁰³³. Il ne s'agit plus de rechercher le seul équilibre juridique, mais de prendre en compte l'équilibre du contrat dans sa globalité. Ainsi, l'équivalence entre les droits et obligations des parties engendrerait nécessairement un « contrat parfait ».

En revanche, l'absence de contrepartie engendre nécessairement un déséquilibre significatif ; Ce défaut de réciprocité étant présumé abusif¹⁰³⁴. Toutefois, nous pensons que la prise en compte de ce critère dans la détermination du déséquilibre significatif entraîne une confusion entre les notions de déséquilibre significatif et celui de déséquilibre contractuel. Or, dans la lutte contre les clauses abusives le déséquilibre

¹⁰³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, n°04-10779. V. en ce sens, M. Mekki, C. Grimaldi, « Théorie du contrat », *RDC* 2009/2, p. 453 et s. D. Fenouillet, « Les clauses abusives dans les contrats de vente automobile, un arrêt... d'espèce » ; Note sous arrêt, *RDC* 2006/2, p. 369 et s.

¹⁰³¹ C.-M. Peglion-Zika, *Op.cit.* p. 335.

¹⁰³² Cass. civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n° 08-11596. V. en ce sens, D. FENOUILLET, « Clause abusive, Contrat d'enseignement », *RDC* 2009/4, p. 1426 et s. Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2011, n° 10-15786. G. Raymond, « Clause abusive d'un contrat d'enseignement », *CCC* 2011/10, p. 38.

¹⁰³³ H. Barbier, « Une clause à la charge ou au profit des deux parties échappe-t-elle nécessairement à la qualification de clause abusive ? Quand la réciprocité chasse le déséquilibre significatif », *RTD civ.* 2016, p. 618 et s.

¹⁰³⁴ Article R. 212-2, 2° du Code de la consommation. V. en ce sens, Cass, civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n°08-11596.

visé est celui qui est significatif ; c'est-à-dire le déséquilibre nécessairement engendré par une clause abusive. Néanmoins, l'absence de contrepartie entre les prestations réciproques pourra certainement engendrer un déséquilibre significatif lorsqu'elle est la conséquence d'une clause abusive.

Il semble, donc, difficile d'apprécier une clause sans prendre en compte les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. C'est ainsi que dans un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 14 décembre 2011, cette dernière a considéré que la clause qui était soumise à son contrôle était non abusive « au regard de l'économie générale du contrat »¹⁰³⁵.

441. L'analyse de la clause selon l'économie du contrat.

L'appréciation du déséquilibre significatif se fait donc par une prise en compte de toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat et par l'analyse de la clause dans sa globalité, dans son ensemble. Il s'agit donc de se livrer à une analyse globale de la situation dans laquelle se trouve le contractant faible, ou le non-professionnel, en prenant en compte l'ensemble des stipulations contractuelles¹⁰³⁶.

La clause abusive est donc celle qui est analysée globalement. Il ne s'agit pas d'une analyse clause par clause, puisqu'une clause qui peut paraître procurer un avantage excessif au professionnel si elle est prise isolément ne peut plus être qualifiée d'abusive si elle trouve une contrepartie au profit du consommateur dans une autre stipulation¹⁰³⁷.

Ainsi, une clause qui confère un pouvoir unilatéral au professionnel est abusive sauf lorsqu'une autre clause permet au non-professionnel ou au consommateur de se délier du contrat¹⁰³⁸. Ainsi, dans un arrêt du 8 janvier 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation confirmait l'arrêt d'une cour d'appel qui avait « *exactement écarté le caractère abusif de la clause selon laquelle un professionnel s'autorisait à refuser les chèques émis sur des formules aux normes en usage dans la profession et prévoyait une commission pour le traitement de pareils chèques, dès lors qu'une telle clause ne*

¹⁰³⁵ CA Nancy, 14 décembre 2011, n°11/00760.

¹⁰³⁶ D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *Contrats, Revue des contrats*, 01 juin 2016 n° 2, p. 358 et s.

¹⁰³⁷ Arrêt Invitel, CJUE, 26 avril 2012, n° C-472/10. H. Aubry, E. Poillot, .N. Sauphanor-Brouillaud, « Droit de la consommation. Mars 2012, mars 2013 », *D.* 2013 n°14, p. 945 et s. B. de Clavière, « Consécration européenne de l'effet erga omnes des actions en suppression des clauses abusives » ; Note sous arrêt, *RLDA* 2012 n°74, p. 69 et s. G. Paisant, « L'élargissement, par la CJCE, de la portée des actions en suppression de clauses abusives », *JCP G* 2012 n°28, p. 1394 et s. « Effets d'une action en cessation d'une clause abusive (Hongrie) », *CCC* 2012 n°7, p.3. C. Aubert de Vincelles, « Droit européen des contrats », *RTDE* 2012 n°3, p. 661 et s. M. Bottino, « Arrêt Invitel : l'effet ultra partes des clauses déclarées abusives », *REDC* 2012 n°3, p. 587 et s.

¹⁰³⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clause abusives », *Dalloz actualité* Juin 2014.

crée aucun avantage au profit de la banque ni aucun désavantage au détriment du consommateur qui bénéficie de la délivrance gratuite des chèquiers et d'une facilité d'utilisation »¹⁰³⁹. *A fortiori*, lorsque le pouvoir octroyé au professionnel est discrétionnaire¹⁰⁴⁰, la clause est nécessairement abusive. Ainsi donc, pour certains auteurs, les critères d'appréciation du déséquilibre significatif seraient l'unilatéralisme et la négation des droits du non-professionnel ou consommateur¹⁰⁴¹.

442. L'unilatéralisme dans le contrat.

L'unilatéralisme tient dans l'existence d'un droit ou d'un avantage unilatéral qu'une clause du contrat confère au professionnel sans contrepartie équivalente pour le non-professionnel ou consommateur. Par exemple, dans un arrêt du 28 mai 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que doit être déclarée abusive, « *la clause qui se borne à prévoir l'information par voie de circulaire de modifications substantielles apportées à la convention, sans que le client ait été mis en mesure de mettre en œuvre son droit de les refuser, limite de façon inappropriée les droits légaux du consommateur de dénoncer la convention* »¹⁰⁴².

De même, dans un arrêt du 28 mars 1991, la cour d'appel de Lyon considérait déjà comme « *abusive, au sens l'article 35 de la loi de 1978, la clause contenue dans un contrat d'assurance de groupe (décès et invalidité totale), qui, en subordonnant le paiement du capital à la constatation médicale de l'invalidité pendant la période de la garantie, confère un avantage excessif à l'assureur, qui eu égard à la faculté annuelle de résiliation dont il dispose et au caractère évolutif de l'état médical de l'assuré, a la possibilité de résilier le contrat lorsqu'il a connaissance d'une atteinte corporelle de nature à entraîner une invalidité totale et définitive* »¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 janvier 2009, n° 06-17630. Dans le même sens, V. D. FENOUILLET, « Clause abusive, convention de compte de dépôt », Contrats, Revue des contrats, 01 octobre 2009 n°4, p. 1430 et s.

¹⁰⁴⁰ Ici, ce n'est pas le pouvoir discrétionnaire octroyé au professionnel qui rend la clause abusive, mais c'est l'abus qui peut découler de ce pouvoir discrétionnaire. V. en ce sens, A. KARIMI, *L'abus de droit et les clauses abusives*, LGDJ, Paris : 2001.

¹⁰⁴¹ Ces critères ont été élaborés par M. Pégliion-Zika dans sa thèse de doctorat, cf. C.-M. Pegliion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, 485 pp.

¹⁰⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2009, n° 08-15802. D. Fenouillet, « Clause abusive, convention de compte de dépôt », RDC 2009/4, p. 1430 et s. J. Ghestin, M. Chagny, P. Grosser et autres, « Droit des contrats », *JCP G* 2009 n°30, p. 39 et s. F.-J. Crédot, T. Samin, « Clauses abusives » ; Note sous arrêt, *RDBF* 2009 n°5, p. 26 et s. V. Maugeri, « Clauses abusives : illustration en matière bancaire », *RLAC* 2009 n°63, p. 15. « Clause abusive : convention de carte bancaire », *La lettre Omnidroit* 2009 n°54, p. 7 et s. E. Barbier de la Serre, T. Balthazar, C. Grynfogel, « Droit processuel de la concurrence », *RLC* 2009 n°18, p. 68 et s.

¹⁰⁴³ CA Lyon, 28 mars 1991 cité par J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Préface de Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris : 1999, spéc. p. 427.

La clause qui confère au professionnel une prérogative unilatérale doit nécessairement être contrebalancée par une autre prérogative reconnue au contractant faible. À défaut, une telle prérogative unilatérale engendrerait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des deux contractants. Cet unilatéralisme peut être accompagné par la négation des droits du cocontractant.

443. La négation des droits du contractant faible.

Le critère de la négation des droits du non-professionnel ou consommateur est surtout illustré par un arrêt du 29 octobre 2002, dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que doit être considérée comme abusive, la clause soumettant la faculté de résiliation unilatérale du non-professionnel ou du consommateur au paiement d'une indemnité¹⁰⁴⁴. L'arrêt *Océano groupo* va dans le même sens. En l'espèce, des consommateurs espagnols avaient acheté, à tempérament, des encyclopédies personnelles.

Les contrats comportaient une clause attribuant aux juridictions de Barcelone, ville dans laquelle aucun des consommateurs ou non-professionnels n'avaient son domicile alors que cette ville était celle du siège de la société du vendeur. Les acquéreurs n'ayant pas versé les sommes dues aux échéances convenues, les vendeurs ont saisi le tribunal de première instance de Barcelone. La juridiction de renvoi doutant de sa compétence pour connaître du litige avait décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJCE la question préjudicielle suivante. « La protection de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs assure à ceux-ci permet-elle au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat soumis à son appréciation lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions ordinaires ? ».

La Cour relève, d'abord, que la clause était abusive puisqu'elle n'avait pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Ensuite, elle conclut qu'une « telle clause, qui a pour objet de conférer compétence, pour tous les litiges découlant du contrat, à la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le professionnel, fait peser sur le consommateur l'obligation de se soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile, ce qui est susceptible de rendre sa comparution plus difficile. Dans le cas de litige portant sur des sommes limitées, les frais afférents à la

¹⁰⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, n°99-20265. V. en ce sens, M. Bruschi, « Clauses abusives », *RDC* 2003/1, p. 92 et s. G. Raymond, Note sous arrêt, *CCC* 2003 n°3, p. 36 et s. J. Sainte-Rose, « Appréciation du caractère abusif d'une clause », *RJDA* 2003 n°3, p. 88 et s. J. Mestre, B. Fages, Note sous arrêt, *RTD Civ.* 2003 n°1, p. 90 et s.

comparution du consommateur ou du non-professionnel pourraient se révéler dissuasifs et conduire ce dernier à renoncer à tout recours judiciaire ou à toute défense ».

444. Exemple 2.

Dans un autre arrêt du 23 avril 2009, la CJCE estimait que « le fait de soumettre l'exercice de tout droit de recours du consommateur à l'encontre du prêteur à la condition de l'existence d'une clause d'exclusivité entre ce prêteur et le fournisseur se heurtait à l'objectif de la directive n°87/102 qui est, en premier lieu, celui de protéger le consommateur en tant que partie contractante la plus faible »¹⁰⁴⁵. Ainsi, la négation des droits du contractant faible se déduit de la charge importante qu'une clause du contrat lui impose privant ainsi ses droits de leur substance.

445. Les limites de l'élaboration de sous-critères de détermination du déséquilibre significatif.

Toutefois, ces critères à eux seuls sont insuffisants pour l'appréciation du déséquilibre significatif engendré par la clause abusive d'un contrat conclu entre professionnel et non-professionnel, ou consommateur. Comme le relève un auteur, « ces différents indices » laissant entrevoir un déséquilibre n'épuisent pas les procédés utilisés par la Cour de cassation pour écarter ou caractériser l'abus »¹⁰⁴⁶.

En effet, nous pensons que c'est le propre d'un standard que de rester une notion souple. Renfermer le standard du déséquilibre significatif au sein de quelques sous-critère d'appréciation du déséquilibre significatif, c'est retirer à cette notion sa nature véritable. De sorte que cela limiterait le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond dans la qualification de la clause abusive. Puisque les tribunaux seraient obligés, en toute circonstance, d'apprécier le déséquilibre significatif par références à ces « indices ». Cette catégorisation des clauses abusives selon des sous-critères prédéfinis reste très liée à l'esprit des listes de clauses abusives. Or, l'existence de listes de clauses

¹⁰⁴⁵ CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261 et C-299/07. S. Piedelièvre « Chronique de jurisprudence aux méthodes de ventes », Note sous arrêt, Gaz. Pal. 2010 n° 41-42, p. 25 et s. B. Bouloc, « Prohibition communautaire de l'interdiction des ventes liées », Note sous arrêt, RTD Com. 2009 n°3, p. 607. Y. Utzschneider, « Ventes liées : l'interdiction remise en cause par le droit communautaire », Décideurs Juridiques et Financiers, 2009 n°108, p. 106 et s. C. aubert de Vincelles, « Harmonisation totale et directive numéro 2008/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », RDC 2009/4, p. 1458 et s. G. Raymond, « Mutations en droit de la consommation », RLDA 2010 n° 46, p. 58 et s. J. Roque, « La licéité de principe des ventes liées », Les Petites affiches 2010 n°115, p. 12. G. Poissonnier, note sous CJCE, Petites affiches 2009 n° 132, p.10 et s.

¹⁰⁴⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clause abusives », Dalloz actualité Juin 2014.

n'empêche pas que le juge qualifie d'abusif une clause qui ne se trouve dans aucune des listes¹⁰⁴⁷.

Aussi, le standard du déséquilibre significatif ne saurait avoir pour seuls critères d'appréciation l'unilatéralisme et la négation des droits du non-professionnel ou consommateur, encore moins l'absence de contrepartie. Par exemple, dans un arrêt du 20 mars 2013, la Cour de cassation avait affirmé que la clause abusive peut être caractérisée par son ambiguïté, « née du rapprochement de l'intitulé de la rubrique et de sa teneur » si cela a « pour effet de laisser croire au consommateur que l'utilisation de pièces non d'origine emporte en toute hypothèse exclusion de la garantie conventionnelle »¹⁰⁴⁸. Le caractère ambigu d'une clause semble aussi être un critère d'appréciation du déséquilibre significatif¹⁰⁴⁹.

446. L'action en suppression des clauses abusives par les associations de consommateurs.

L'article 623-1 du Code de la consommation permet aux associations de consommateurs d'intenter une action en suppression des clauses abusives. Mais, par un arrêt du 4 juin 2014, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *l'action en suppression des clauses illicites ou abusives des associations visées à l'article L. 421-1 du Code de la consommation est limitée aux contrats destinés ou proposés aux seuls consommateurs* »¹⁰⁵⁰.

En revanche, les contrats conclus entre professionnel et non-professionnel ne peuvent faire l'objet d'une action d'associations de consommateurs alors même qu'ils contiendraient des clauses abusives. En raison de la définition restrictive de la notion de consommateurs, les personnes morales, même non-professionnels, ne sauraient bénéficier de cette disposition.

¹⁰⁴⁷ Par exemple, dans la Cour de cassation a déclaré abusive la clause contractuelle de fixation du prix qui ne permettait pas au cocontractant de faire face à la concurrence (Cass. Com. 4 novembre 2014, n°11-14026).

¹⁰⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-14432 ; S. Piedelièvre, « Clause abusive et contrat de vente des voitures automobiles » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2013 n°191-192, p. 20 et s. G. Paisant, « La reconnaissance du caractère abusif des clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé aux consommateurs », *JCP G* 2013 n°19, p. 927 et s. C. Le Gallou, « Clause de garantie abusive : encore les autos ! », *RLDC* 2013 n°104, p. 16 et s. L. Lalot, « Clauses abusives et conditions générales de vente », Note sous arrêt, *RLDA* 2013 n°82, p. 44. R. Loir, « Clauses abusives », Note sous arrêt, *JCP E* 2013 n°31-34, p. 41. ; Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2001, n° 99-13395 ; P. Lockiec, « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RDBF* 2004 n°3, p. 221 et s. G. Paisant, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif » ; Note sous arrêt, *JCP E* 2001 n°49, p. 1958 et s.

¹⁰⁴⁹ Sur cette notion et ses implications, cf. *infra* n°306.

¹⁰⁵⁰ S. Pellet, « L'action en suppression des clauses abusives ou illicites est réservée aux contrats destinés aux consommateurs », *EDCO* 2014 n°7, p. 1 et s.

S'agissant du lien entre l'action individuelle et l'action collective, un auteur rappelle que ces deux actions « *ne jouent pas le même rôle et n'ont donc pas nécessairement le même champ d'application : l'action individuelle est curative et permet d'écarter d'un contrat particulier une clause abusive ; l'action collective est préventive et permet d'éviter qu'une collectivité de consommateurs soit tenue par des stipulations abusives* »¹⁰⁵¹.

En somme, l'action préventive en suppression des clauses abusives ne saurait bénéficier au non-professionnel ; ce qui constitue en soi une distinction dans la protection entre le non-professionnel et le consommateur.

Ainsi, **la sanction du déséquilibre significatif** est de réputer la clause abusive non écrite. Cela appelle quelques précisions. Il faut que la clause abusive soit écrite ; dans ce cas la sanction consiste pour le juge à faire comme si une telle clause n'existait pas dans le contrat. La clause est supprimée et n'a aucun effet sur la validité du contrat lui-même. Il ne s'agit donc pas de déclarer la clause nulle ou le contrat nul, mais simplement de supprimer la clause qui engendre le déséquilibre significatif. Cela est vrai aussi bien dans le système organisé par le droit de la consommation que par celui du Code civil.

447. La protection du non-professionnel dans les contrats de consommation.

En somme, la protection du non-professionnel dans les contrats de consommation passe par l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge, qui consiste en une analyse concrète de l'équilibre juridique qui pourrait être atteint gravement en raison d'une clause abusive insérée dans le contrat.

Le déséquilibre significatif vise en principe cet équilibre juridique et il ne saurait porter sur l'absence de contrepartie pécuniaire dans le contrat. Autrement dit, l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge n'a pas pour objectif de rétablir l'équilibre économique entre les parties au contrat. Toutefois, la notion de déséquilibre significatif en droit européen ne semble pas écarter le contrôle des clauses lésionnaires par le juge.

448. L'exclusion du déséquilibre économique dans l'élimination de la clause abusive.

Selon l'article 4- 2 de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition sur la

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Cette disposition est reprise par l'article L. 212-1, alinéa 7 du Code de la consommation et à l'article 1171 alinéa 2 du Code civil. Ces dispositions indiquent que le juge ne peut pas prendre en compte l'écart entre le bien ou la prestation et sa valeur en numéraire. Autrement dit, ces dispositions excluent le contrôle des clauses lésionnaires.

449. L'exclusion du contrôle des clauses lésionnaires.

Le système issu de la directive, comme le système antérieur, est fait pour lutter contre les déséquilibres inhérents aux clauses du contrat, et non pour assurer l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé.

C'est la raison pour laquelle l'article L.212-1, alinéa 7 du Code de la consommation transposant une disposition de la directive, énonce que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses... 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* »¹⁰⁵².

Ainsi, dans un jugement du 9 juillet 2010, la juridiction de proximité de Perpignan avait décidé que le professionnel « *ne disposait pas de prérogatives créant un déséquilibre dans l'économie du contrat au détriment de l'élève et qui seraient ainsi constitutives de clauses abusives* ». Un pourvoi a alors été formé ce jugement. Dans son arrêt du 13 décembre 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation a alors censuré cette décision pour violation de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. La clause n'est déclarée lésionnaire que lorsqu'elle porte essentiellement sur l'équivalence pécuniaire des prestations réciproques¹⁰⁵³.

450. Distinction du contrôle de l'objet principal du contrat, et de l'adéquation entre le prix/la rémunération et le bien/la prestation.

Pour Madame Sauphanor-Brouillaud, l'exclusion des clauses lésionnaire dans l'appréciation du déséquilibre significatif « *s'expliquent respectivement parce qu'une contestation de l'objet serait une question d'interprétation du contrat et non de déséquilibre contractuel, et parce que la contestation du prix reviendrait à remettre en*

¹⁰⁵² V. en ce sens, J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^{ème} édition, Dalloz, 2015 p. 172 et s.

¹⁰⁵³ Sur cette notion et ses implications, v. n° 395 et s.

cause les règles relatives à la lésion qui n'est admise en droit français qu'à titre exceptionnel »¹⁰⁵⁴.

Or il faut désormais distinguer ici la définition de l'objet principal du contrat du contrôle de la lésion depuis que le législateur a introduit dans le Code civil une disposition relative à l'obligation essentielle¹⁰⁵⁵.

Pour ce qui est de l'adéquation entre le prix et la chose ou la prestation, le droit français ne sanctionne pas la lésion et le droit de la consommation suit à cet égard la ligne du droit civil. Ainsi pour le rapport qualité/prix, les consommateurs sont suffisamment protégés par le jeu de la concurrence : la loi doit seulement faire en sorte que la concurrence soit effective¹⁰⁵⁶.

Ainsi, le projet de loi Scrivener, s'inspirant de la Résolution du Conseil de l'Europe, avait défini la clause abusive comme celle « qui entraîne au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties ».

Cette définition semblait évoquée la lésion¹⁰⁵⁷; c'est pour cette raison qu'elle fut écartée au profit de celle désignant la clause imposée par un abus de puissance économique et conférant un avantage excessif¹⁰⁵⁸. Ainsi, l'article L. 212-1, alinéa 7, du Code de la consommation issu de la directive du 5 avril 1993 exclut expressément le contrôle de la lésion dans l'appréciation du caractère abusif de la clause.

451. Législation européenne.

Aussi, pour le législateur européen, l'article 4-2 de la directive du 1993 ne traduisait pas une volonté de procéder à un contrôle de la lésion. Le 18^e considérant cette directive indiquait ainsi que « *pour les besoins de la présente directive, l'appréciation du caractère abusif ne doit pas porter sur des clauses décrivant l'objet principal du contrat ou le rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation* »¹⁰⁵⁹. Ainsi, les tribunaux adoptent très souvent un raisonnement similaire mais assez subtil pour écarter toute prise en compte de l'adéquation entre le bien ou la prestation et le prix ou la rémunération.

Autrement dit, l'appréciation du caractère abusif de la clause est faite de sorte que le déséquilibre constaté soit effectivement un déséquilibre juridique alors même que les

¹⁰⁵⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Préface de Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2000, spéc. p. 264.

¹⁰⁵⁵ Sur cette notion et ses implications, cf. *infra* n° 460 et s.

¹⁰⁵⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Préface de Jacques Ghestin, L.G.D.J., Paris : 2000, spéc. p. 264.

¹⁰⁵⁷ J. Foyer, *JOAN* 1977, p.8466 et s.

¹⁰⁵⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, op. cit.*, spéc., p. 564.

¹⁰⁵⁹ *Ibid*, spéc., p. 565.

conséquences économiques de la clause sont caractérisées. La Cour de justice des communautés européennes considère en effet qu'une clause prévoyant une commission de risque au profit d'un prêteur ne relève pas de l'exclusion tirée de l'adéquation «entre le montant de cette commission et une quelconque prestation fournie par le prêteur » dès lors que ce dernier « ne fournit aucune prestation effective pouvant constituer la contrepartie de cette commission »¹⁰⁶⁰. Le juge national est ainsi invité à vérifier si la stipulation litigieuse relève de l'objet principal du contrat, dont la détermination est fonction de « la nature, de l'économie générale et de l'ensemble des stipulations du contrat ainsi que de son contexte juridique et factuel »¹⁰⁶¹.

452. Exemple.

Par exemple, dans l'arrêt *Arpad Kasler*, la Cour de justice des communautés européennes considérerait que la clause d'un contrat de prêt libellant le remboursement dans une devise étrangère n'est pas nécessairement une stipulation portant sur l'objet principal du contrat.

Pour la Cour, il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, eu égard à la nature, à l'économie générale et aux stipulations du contrat de prêt, ainsi qu'aux circonstances de l'espèce, si la clause déterminant le taux de change constitue un élément essentiel de la prestation du débiteur¹⁰⁶². La Cour conclut, en l'espèce, que la clause litigieuse qui se limite à déterminer, le cours de conversion de la devise étrangère dans laquelle le contrat de prêt est libellé, ne comporte dès lors aucune « rémunération » dont l'adéquation en tant que contrepartie d'une prestation effectuée par le prêteur ne saurait faire l'objet d'une appréciation de son caractère abusif en vertu de l'article 4, §2, de la directive 93/13¹⁰⁶³.

453. Définition de l'objet principal du contrat.

En outre, les clauses qui portent sur la définition de l'objet principal du contrat et sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert

¹⁰⁶⁰ CJUE 26 février 2015, n° C-143/13, aff. *Matei*. V. not. H. Aubry, E. Poillot, N. Sauphanor-Brouillaud, « Droit de la consommation », *D.* 2016, p. 617 et s.

¹⁰⁶¹ CJUE 23 avril 2015, n° C-96/14, aff. *Van Hove* ; V. aussi aff. *Matei préc* ; F.-X., Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *RLDC* 2017 n°144, p. 10 et s. ; S. Le Gac-Pech, « Coup de projecteur sur le contrôle des clauses abusives » ; Note sous cassation, *JCP E* 2015 n°30, p. 40 et s. ; M. Combet, « Protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats d'assurance » ; Note sous arrêt, *RLDA* 2015 n°106, p. 55 et s.

¹⁰⁶² CJUE 30 avril 2014, n° C-26/13, aff. *Arpad Kasler*, n° 51 ; F.-X., Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *art. préc.*

¹⁰⁶³ CJUE 30 avril 2014, n° C-26/13, aff. *Arpad Kasler*, n°58 ; F.-X., Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *art. préc.*

« échappent seulement à l'appréciation de leur caractère abusif, dans la mesure où la juridiction nationale compétente devait estimer, à la suite d'un examen au cas par cas, qu'elles ont été rédigées par le professionnel de façon claire et compréhensibles »¹⁰⁶⁴. Dans cette espèce, le juge européen avait essentiellement fixé les modalités de l'étendue du contrôle. Le litige avait opposé une association espagnole à la *Caja de Ahorros* sur la légalité d'une clause introduite par cette dernière dans un contrat de prêt à taux d'intérêt variable arrondi au quart de point de pourcentage supérieur. Une question préjudicielle s'était alors élevée à propos de l'interprétation des articles 4-2 et 8 de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation. Le Royaume d'Espagne n'avait pas transposé dans son ordre juridique ledit article 4-2 ; ce qui signifie que la législation espagnole soumettait le contrat tout entier à l'appréciation du caractère abusif de la clause. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si le contrôle du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur le rapport qualité/prix était possible alors même que lesdites clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible.

Pour la Cour de justice, l'article 4-2 a pour seule fonction d' « établir les modalités et l'étendue du contrôle de fond des clauses contractuelles, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, qui décrivent les prestations essentielles des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur »¹⁰⁶⁵.

454. Arrêt du 3 juin 2010

Or, dans l'arrêt du 3 juin 2010, la CJUE ne semblait pas écarter tout contrôle de la clause lésionnaire. En effet, la Cour de justice avait jugé que la directive du 5 avril 1993 ne s'oppose pas à ce qu'une réglementation nationale autorise un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses contractuelles portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération et les services ou les biens à fournir en contrepartie¹⁰⁶⁶. Il est donc possible d'affirmer que l'appréciation du déséquilibre significatif par le juge européen n'exclut pas systématiquement le contrôle de la clause lésionnaire. Mais cet arrêt très ambigu ne permet pas non plus d'affirmer que le juge européen autorise le contrôle de la lésion. En droit français, le juge qui est amené à assurer le contrôle d'une telle clause se

¹⁰⁶⁴ CJUE 3 juin 2010, n° C-484/08, aff. *Caja de Ahorros* pt. 32; C. Aubert de Vincelles, « Droit européen des obligations, juillet 2009- juillet 2010 », *RTDE* 2010 n°3, p. 695 et s.; G. Paisant, L. Paula San Miguel Pradera, « Quel contrôle, par le juge, du caractère abusif d'une clause relative à la définition de l'objet principal du contrat ? », *JCP G* 2011 n°3, p. 114 et s.

¹⁰⁶⁵ CJUE 3 juin 2010, n° C-484/08, pt. 34.

¹⁰⁶⁶ J.-P Chazal, « Les clauses abusives », *D.* 2012.

limitera à vérifier si la clause portant sur la définition de l'objet principal du contrat est claire et compréhensible¹⁰⁶⁷.

Une telle appréciation ne saurait porter sur l'appréciation du caractère abusif d'une clause lésionnaire. Ainsi, il en va de la stipulation des offres de cartes prépayées de téléphonie mobile, par laquelle l'opérateur met à la disposition du non-professionnel ou du consommateur un crédit de communication, dont la durée de validité expire quand bien même le crédit n'aurait pas été épuisé¹⁰⁶⁸. La Cour de cassation avait écarté l'appréciation de l'abus au motif que « *la durée de validité du crédit de consommation et celle de la ligne dédiée participaient de la définition de l'objet principal du contrat* »¹⁰⁶⁹. Néanmoins, un tel contrôle est admis dans l'appréciation du caractère abusif de la clause notamment dans le droit des pratiques restrictives de concurrence¹⁰⁷⁰.

455. Conclusion de la section 2.

La réalité de la protection du non-professionnel contre les clauses abusives dans les contrats de consommation est essentiellement atténuée en raison de l'utilisation de critères qualification assez restrictifs. La protection étant accordée par détermination de la loi, même en présence d'une clause considérée de façon irréfragable comme abusive, il faut impérativement que la personne morale faible soit qualifiée de non-professionnel pour se voir accorder la protection du droit de la consommation. De même, cette protection contre les clauses abusives exclut toute appréciation de l'adéquation de la chose ou de la prestation avec le prix ou la rémunération en droit français. Tel n'est pas vraiment le cas du petit professionnel dont la protection contre ces abus est organisée par le droit de la concurrence.

456. Conclusion du chapitre I.

En droit de la consommation, la clause est réputée abusive dans un contrat entre un professionnel et un non-professionnel lorsque ce dernier peut se prévaloir effectivement de la qualité de contractant « faible ». Cette protection du professionnel ne sera possible, en droit de la consommation, que si le contrat litigieux est conclu en

¹⁰⁶⁷ Sur la présentation des contrats, *cf. infra* n° 306.

¹⁰⁶⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, H. Aubry, E. Poillot, « Droit de la consommation », *D.* 2016, p. 617 et s.

¹⁰⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-13193 ; S. Le Gac-Pech, « À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif » ; note sous arrêt, *JCP E* 2016 n°36, p. 34 et s. ; S. Le Gac-Pech, « Ecueils et limites de la législation sur les clauses abusives » ; note sous arrêt, *JCP E* 2015 n°43-44, p. 32 et s.

¹⁰⁷⁰ *Cf. infra* n° 524 et s.

dehors du champ de l'activité principale de la personne morale ou si elle n'a pas de lien direct avec cette activité. C'est cette appréciation circonstanciée du lien entre la personne morale et l'activité qu'elle exerce qui permettra de supprimer la clause abusive. Il est donc clair que ce seul dispositif est insuffisant pour lutter efficacement contre les clauses abusives. C'est en cela que le système prévu par le Code civil malgré ses limites, permet de compléter cette lutte légitime pour l'équilibre du contrat. Aussi, le petit professionnel bénéficie quant à lui de dispositifs variés de lutte contre les abus dans le contrat, notamment dans le droit de la concurrence.

CHAIPTRE II

LA PROTECTION DU PETIT PROFESSIONNEL CONTRE LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

457. La protection du petit professionnel.

La protection du petit professionnel contre le déséquilibre contractuel est assurée par divers dispositifs qui relèvent de matières différentes. Depuis la réforme du droit des contrats, le petit professionnel bénéficie de la protection contre les clauses qui privent l'obligation essentielle du contrat de sa substance. En outre, cette réforme a consacré en droit français la révision du contrat pour imprévision à laquelle peut légitimement prétendre tout petit professionnel dans ses relations avec un professionnel dominant. En plus de ces outils, le petit professionnel bénéficie de la protection contre le déséquilibre significatif en droit de la concurrence ; il est aussi protégé contre toute sorte d'abus dans les pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, nous verrons que si la protection du petit professionnel passe par le contrôle du contenu du contrat (Section 1), la protection du marché contre les pratiques anticoncurrentielles aboutit en fin de compte à la protection du petit professionnel contre les abus dans ses relations avec des professionnels dominants (Section 2).

SECTION I. UNE PROTECTION DU PETIT PROFESSIONNEL PAR LE CONTRÔLE DU CONTENU DU CONTRAT

458. Convergence entre le droit français et le droit européen sur la définition du déséquilibre significatif.

Le déséquilibre contractuel du droit français des contrats n'est pas différent de celui de la directive du 5 avril 1993 relative à la lutte contre les clauses abusives en ce qui concerne le contrôle du contenu du contrat. En effet, la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 ne qualifiait une clause d'abusives que si cette dernière engendrait un « avantage excessif ».

Ce qui signifiait qu'un déséquilibre devait exister dans les prestations réciproques des parties au contrat¹⁰⁷¹. Les auteurs semblent aujourd'hui s'accorder sur le fait que les

¹⁰⁷¹ V. en ce sens, H. Brick, Les clauses abusives, thèse de doctorat, L.G.D.J., Paris : 1982, spéc. p. 112 et s.

notions d'avantage excessif et de déséquilibre significatif ont le même sens¹⁰⁷². La prestation d'une partie au contrat trouve sa cause dans la prestation de l'autre partie. Dire que la notion de déséquilibre significatif vise à équilibrer les prestations réciproques de chaque partie c'est confondre l'objet du standard du déséquilibre significatif, résultant d'une clause abusive, et l'obligation essentielle qui concerne le contenu du contrat.

Comme l'observe à juste titre M. Stoffel-Munck, « évaluer, même approximativement, l'équilibre entre deux choses suppose qu'existe au moins entre des objets un étalon de comparaison... Concernant les droits et obligations des parties, on ne voit pas qu'existe d'autre étalon que la monnaie »¹⁰⁷³. Or, évaluer les prestations réciproques des parties à la mesure de la monnaie c'est admettre la lésion dans le contrat.

C'est pourquoi, il nous semble nécessaire de distinguer ici les notions d'obligation essentielle du contrat et le standard du déséquilibre significatif. La conception du déséquilibre significatif en tant que norme évite de le confondre avec la notion de cause dans le contrat.

Dans cette section, nous allons essentiellement analyser la protection du petit professionnel par le contrôle de l'objet principal du contrat et par le contrôle de l'équilibre du contrat au stade de son exécution (§1). Cela nous amènera à analyser la notion de lésion qualifiée dans les rapports entre professionnels (§2).

§1. LE CONTRÔLE DE L'ÉQUILIBRE DU CONTRAT

459. L'équilibre du contrat.

Au-delà de la lutte contre les clauses abusives, le législateur a manifesté, plus généralement, un intérêt pour l'équilibre du contrat lui-même. Par cette recherche généralisée de l'équilibre du contrat, l'objectif du législateur reste incontestablement la protection du contractant faible. Désormais, cette volonté est concrétisée par la consécration de la contestation des clauses qui concernent l'obligation essentielle (A) et la lutte contre le déséquilibre au stade de l'exécution du contrat (B).

¹⁰⁷² G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 et s.

¹⁰⁷³ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.* n° 419 et 420.

A. Le contrôle des clauses portant sur l'obligation essentielle.

460. Le déséquilibre significatif comme standard.

L'avantage de considérer le déséquilibre significatif comme un standard, c'est, qu'effectivement, il sert de norme de référence pour regrouper toutes les situations similaires. En effet, la stipulation d'une obligation excessive ou une disproportion entre le manquement à une obligation et la sanction, ou l'absence de contrepartie ou l'absence de réciprocité¹⁰⁷⁴ ne peut pas être considérée comme une absence de cause pour deux raisons.

461. La sanction de la cause : Limites.

D'abord, la sanction de la cause dans les contrats entre professionnels a montré sa limite. Elle est aujourd'hui remplacée par la notion d'obligation essentielle. On se rappelle la célèbre affaire *Chronopost* du 22 octobre 1996¹⁰⁷⁵. Dans cette espèce, il ne s'agissait pas à proprement parler pas d'un cas d'absence de cause¹⁰⁷⁶.

En effet, la société *Chronopost* avait une obligation de transporter rapidement un colis. Le transporteur était bien débiteur d'une obligation essentielle qu'il avait mal exécutée, en raison du retard qui lui était imputable dans l'acheminement du colis. Seulement, la sanction de cet acheminement rapide du colis, obligation essentielle, qui était plafonnée dans la clause limitative de réparation litigieuse, était à ce point dérisoire qu'elle contredisait la portée de l'engagement souscrit par le transporteur rapide.

La clause privait de ce fait l'obligation essentielle de sa substance, en réduisant considérablement la sanction de l'inexécution de l'obligation essentielle. C'est le même raisonnement qui a été suivi dans les arrêts *Faurcia I* et *II*¹⁰⁷⁷. C'est pourquoi, le législateur a jugé nécessaire de prévoir une disposition spéciale qui a pour vocation de réputer non écrite la clause qui prive l'obligation essentielle du débiteur de sa substance. C'est l'article 1170 du Code civil qui prévoit un tel dispositif et qui vise à

¹⁰⁷⁴ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n° 13- 16336, Min. Economie c/ diverses sociétés du groupe Carrefour. Voir aussi, M. Béhar-Touchais, « Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », *RDC* 2015/1, p. 67 et s.

¹⁰⁷⁵ Affaire *Chronopost*, Cass. Com. 22 octobre 1996 n° 93-18632. V. not. F.-X Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy Droit civil* 2017/144, p. 10 et s. P. Delebecque, « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008/3, p. 979 et s. J.-R. Binet, « De la fausse cause », *RTD Civ.* 01/09/2004, n°4, p. 655 et s. Note sous Cass. com. 22 octobre 1996, R. Martin, *Gaz. Pal.* 22/08/1997 n°234, p. 12-13.

¹⁰⁷⁶ D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276 et s.

¹⁰⁷⁷ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11841. Note sous arrêt Cass. com., 29 juin 2010, J.-A. Robert ; D. Bertier, *DJF*, 2010/122, p. 92-93. Note sous arrêt, Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11841, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit et patrimoine*, 01/02/2011 n°200, p. 69 et s.

sanctionner la neutralisation de l'obligation essentielle, l'engagement de l'auteur de la clause.

Ces arrêts ont donc eu le mérite de préciser la notion d'obligation essentielle des parties dans le rapport contractuel.

462. La sanction de la cause : Limites-2.

La seconde, c'est qu'en admettant, néanmoins qu'il y avait absence de cause dans l'espèce, on a rapidement constaté, avec l'évolution de la jurisprudence, que la notion de cause ne permettait pas de protéger suffisamment un professionnel contre un autre. C'est s'écarter du standard du déséquilibre significatif que d'admettre une absence de cause dans le contrat, puisque les deux notions n'ont pas le même objet.

Le déséquilibre significatif a, en effet, pour objet la clause contractuelle litigieuse qu'elle tend à rendre non abusive ; alors que la notion de cause visait les prestations réciproques des parties au contrat. Le standard du déséquilibre significatif vise donc l'équilibre du contrat que la présence d'une clause abusive rend impossible.

Désormais, il faut admettre que l'atteinte à l'obligation essentielle du débiteur en raison d'une clause abusive trouve une sanction appropriée à la marge de la notion de déséquilibre significatif, c'est-à-dire que la notion de déséquilibre significatif n'est qu'une variante du déséquilibre contractuel, notion plus vaste. En cela, le nouvel article 1170 du Code civil renforce largement la protection de la partie faible contre les clauses abusives et semble instaurer dans le droit commun un régime de protection renforcé.

Il est donc curieux de constater que dans les deux cas, l'objectif est la suppression d'une clause contractuelle abusive. Ainsi, le déséquilibre dont il s'agit ne doit pas concerner que l'obligation essentielle, mais il doit être inhérent à l'obligation accessoire prévue par la clause contractuelle. En outre, ce déséquilibre contractuel ne vise pas à lutter contre la lésion dans le contrat¹⁰⁷⁸.

463. Le rôle du juge.

En effet, pour que le juge puisse constater un déséquilibre contractuel résultant d'une clause abusive au détriment d'un contractant faible, encore faut-il que ce déséquilibre porte sur une obligation accessoire du contrat. C'est lorsqu'une clause du contrat est abusive que le juge pourra apprécier le déséquilibre significatif dans le contrat.

¹⁰⁷⁸ V. F.-X Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy Droit civil* 2017/144, p. 10 et s.

C'est là que les notions de déséquilibre significatif et d'obligation essentielle du contrat se distinguent. En fait, si le déséquilibre contractuel est lié à une obligation essentielle du contrat, le professionnel « faible », le petit professionnel, pourra être protégé par le droit commun des contrats.

En revanche, si le déséquilibre contractuel est dû à la présence d'une clause contractuelle abusive dans le contrat de consommation, et seulement si ce déséquilibre est significatif, alors la protection sera réservée au non-professionnel et au consommateur.

464. Le contrôle de l'équilibre du contrat au stade de sa formation : la clause portant atteinte à l'obligation essentielle du débiteur.

C'est dans le domaine des clauses limitatives de responsabilité que la jurisprudence a développé la suppression des clauses qui portent atteinte à l'obligation essentielle du débiteur. Le législateur semble avoir élargi le champ d'application de cette lutte qui concerne désormais toute clause qui porte atteinte à l'obligation essentielle du débiteur. D'abord, et sur le fondement de l'absence de cause, la jurisprudence a considéré que devait être réputée non écrite toute clause qui porte atteinte à l'obligation essentielle du débiteur. Avant l'arrêt *Chronopost*, plusieurs décisions avaient assimilé le manquement du débiteur à l'une de ses obligations essentielles à une faute lourde¹⁰⁷⁹. Le « passage intellectuel par la notion de faute lourde »¹⁰⁸⁰ s'étant avéré inutile, la Cour de cassation avait alors affirmé que le débiteur ne pouvait, en application de ses propres clauses, s'exonérer de toute responsabilité pour manquement à ses obligations essentielles¹⁰⁸¹. La faute lourde n'est donc pas la violation d'une obligation essentielle¹⁰⁸².

Concernant spécifiquement cette notion d'obligation essentielle, qui n'est que l'objet principal du contrat, il est intéressant de constater que le droit anglais l'a abandonnée. En droit anglais, on considère que « *les parties devraient être aussi libres que possibles de conclure des accords contenant leurs propres termes sans que les juges ou le Parlement interviennent et leurs accords devraient être respectés, maintenus et il devrait leur être donné effet (« enforced») par les juges* »¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1984, *JCP* 1985, II, n°20372, note J. Mouly ; *RTD civ.* 1984, p. 727, obs. J. Huet ; Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, *D.* 1989, Jur. P. 349 ; Cass. com., 9 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *RTD civ.* 1990, p. 666, obs. P. Jourdain.

¹⁰⁸⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, Op. cit.* n° 590.

¹⁰⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 23 février 1994, *D.* 1994, Jur. P. 214, note N. Dion ; *JCP* 1994, I, n° 3809, n° 15, obs. G. Viney.

¹⁰⁸² Cass. com. 21 février 2006, *D.* 2006, p. 717 et s.

¹⁰⁸³ E. McKendrick, *Contract Law*, Palgrave Macmillan Law Masters, Basingstoke, Hampshire, 9e éd., 2011, §1.3.

Il en résulte qu'une clause exonératoire ou simplement limitative de réparation (une telle clause entre dans la catégorie des « *exemption clauses* ») librement négociée entre deux professionnels est valable, même si elle porte sur l'obligation essentielle¹⁰⁸⁴. Or, dans l'arrêt *Chronopost*, la Cour de cassation avait estimé qu'une société de transport rapide a pour obligation fondamentale d'acheminer les colis qui lui sont remis, non dans les « meilleurs délais », mais dans les délais requis.

La clause qui contredit cette obligation essentielle est nulle, sauf à admettre qu'en raison d'une telle clause, le transport n'est plus un transport rapide, mais un transport ordinaire¹⁰⁸⁵.

465. L'arrêt *Faurecia 2*.

Dans l'arrêt *Faurecia 2*, la Cour de cassation rappelle la solution *Chronopost 1* en affirmant que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »¹⁰⁸⁶. Il n'y avait donc pas d'automaticité dans la sanction comme l'avait laissé croire l'arrêt *Faurecia 1*¹⁰⁸⁷.

La clause n'était alors abusive que parce qu'elle « contredisait la portée de l'engagement pris ». On pouvait néanmoins observer que cette solution réservait le même sort à deux types différents de clauses visant à limiter la réparation : celle insérée dans un contrat d'adhésion (le transport de colis) et celle ayant fait l'objet d'une négociation individuelle (le développement d'une solution informatique)¹⁰⁸⁸.

Cette incohérence dans la suppression de la clause abusive avait fini par convaincre la Cour de cassation d'abandonner cette voie. C'est alors qu'elle a admis la validité de la clause limitative de réparation dès lors qu'elle n'a « *pas pour effet de vider de toute*

¹⁰⁸⁴ B. Fauvarque-Cosson, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé 1 », *RDC*, 2013/2, p. 671 et s.

¹⁰⁸⁵ Ph. Delebecque, « La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat », *D.* 1997, p. 175 et s.

¹⁰⁸⁶ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11841, *D.* 2010. 1832, obs. X Delpech; *D.* 2010. 1697, édito. F. Rome, note D. Mazeaud; *JCP G* 2010, n°787, note D. Houtcieff.

¹⁰⁸⁷ Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17407, *D.* 2007. 654, obs. X. Delpech; *D.* 2007. 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson; *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. Fages ; Defrénois, 2007. 1042, obs. R. Libchaber ; *JCP G* 2007. II. 10063, note J.-M. Serinet ; *JCP G* 2007. I., 185, n° 10, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2007. 707, obs. D Mazeaud, et 746, obs. S. Carval ; *RLDC* 2007/38, n° 2511, note G. Loiseau.

¹⁰⁸⁸ B. Fages, « Comment *Faurecia 2* renoue avec *Chronopost 1* et illustre la nécessité de passer à la saison 4 », *RTD civ.* 2010 p. 555 et s.

substance l'obligation essentielle du débiteur..., caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit »¹⁰⁸⁹.

Dans l'arrêt *Faurecia 2*, la Cour de cassation avait constaté que « *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 résulte, n'était pas dérisoire* ». En somme, la clause n'était pas abusive parce qu'elle ne privait pas l'obligation essentielle du débiteur de sa substance.

C'est cette définition qui permet aujourd'hui la contestation de l'objet principal du contrat dans les contrats régis par le droit commun.

466. La réforme du droit des contrats.

En outre, depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1170 du Code civil a élargi le champ d'application de la lutte à toute clause qui prive l'obligation essentielle de sa substance. Au-delà des termes retenus, portée et substance de l'obligation essentielle, la volonté du législateur est fondamentalement orientée vers un équilibre général du contrat ; cela se traduit par la prise en compte du contrôle du contenu du contrat, autrement dit de l'objet principal du contrat. Les débats s'étaient polarisés sur les clauses limitatives ou élusives de responsabilité contractuelle.

Avec le nouvel article 1170 du Code civil, sont concernés « toute clause » contractuelle. Peu importe sa nature (clause relative aux obligations, clause purement financière, clause de réparation des risques, clause de non-responsabilité, clause limitative de responsabilité, clause limitative de réparation, etc.), sa place dans le contrat (préambule, corps du contrat, annexes, avenant, etc.), ou encore ses caractères (clauses portant sur le fond ou simplement sur l'action, à l'exemple d'une clause fixant un délai particulièrement bref pour agir).

Dès lors que la clause porte atteinte aux racines du contrat (*the roots of the contract*), elle est condamnée¹⁰⁹⁰. Ainsi dès lorsqu'une clause prive l'obligation essentielle de sa substance, elle doit être supprimé par le juge. Il en sera ainsi des clauses d'arbitrage qui obligent le cocontractant à soumettre sa prétention, en cas de litige, à un juge établi loin de son domicile.

¹⁰⁸⁹ Cass. com., 18 décembre 2007, n°04-16069, D. 2008 p. 154, obs. X. Delpech ; Ibid. 1776, chron. D. Mazeaud ; *JCP G* 2008. I. 125, n° 13, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Dans le même sens, Cass. com. 4 mars 2008, Dr et patr. 2009, n° 178, p. 131, obs. Ph. Stoffel-Munck.

¹⁰⁹⁰ Ph. Delebecque, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC* 2015/3, p. 759 et s.

Une telle clause peut être considéré comme privant de sa substance l'obligation essentielle. La question qui se pose alors est celle relative à la définition de la substance de l'obligation qui reste tout de même liée à la sanction de l'obligation. « *Peut-on concevoir une obligation juridique sans sanction ?* »¹⁰⁹¹.

La clause qui prive l'obligation de sa substance est celle qui vide cette obligation de « toute consistance contractuelle ». Aussi, préfère-t-on le concept d'obligation fondamentale¹⁰⁹² à l'obligation essentielle.

467. Obligation contractuelle.

Il y aurait alors dans tout contrat une obligation fondamentale, alors qu'il peut y avoir plusieurs obligations essentielles, dont, si le contrat est synallagmatique, l'obligation monétaire. Or, l'article 1170 du Code civil vise l'obligation essentielle du débiteur qui sera toujours une obligation matérielle, une obligation portant sur l'objet principal du contrat.

L'obligation essentielle est, dans ce sens, la prestation caractéristique du contrat ou du moins l'obligation contractuelle qui s'y apparente le plus. Par exemple, l'obligation essentielle du vendeur dans le contrat de vente est la livraison de la chose qui n'est que la conséquence de l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue à l'acquéreur¹⁰⁹³.

Dans le contrat de bail, l'obligation essentielle du loueur est d'assurer la jouissance de la chose, l'obligation du mandataire étant d'accomplir la mission qui lui a été confiée, etc. L'article 1170 du Code civil s'applique néanmoins à tous les contrats et n'est qu'une illustration de la cause contrepartie. Ce qui fait dire à un auteur que « *malgré la volonté affichée des rédacteurs du projet de réforme de détruire la théorie de la cause, la référence demeure : chassez le naturel (du droit français), il revient au galop !* »¹⁰⁹⁴.

En somme, ce texte permet un contrôle de l'équilibre du contrat dans le sens d'un contrôle de l'objet principal du contrat, ce qui exclut, en tout état de cause, le contrôle de l'équilibre économique du contrat. Il constitue un outil efficace de protection du petit professionnel au stade de la formation du contrat. Toutefois, une autre disposition

¹⁰⁹¹ V. en ce sens, Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale » : in Ph. Jestaz, *Autour du Code civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 325.

¹⁰⁹² Ph. Delebecque, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC* 2015/3, p. 759 et s.

¹⁰⁹³ V. en ce sens, A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., L.G.D.J., Paris 2015, p. 111 et s.

¹⁰⁹⁴ Ph. Delebecque, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *art. préc.*

du Code civil permet un contrôle global de l'équilibre du contrat et une protection du petit professionnel au stade de son exécution : c'est le nouvel article 1195 du Code civil.

B. Le contrôle de l'équilibre du contrat au stade de son exécution

468. Le traitement du déséquilibre.

Le traitement du déséquilibre postérieur à la conclusion du contrat par le contrôle de l'équilibre du contrat par le juge a fait l'objet d'une évolution législative et jurisprudentielle intéressante.

Dans le Code Napoléon, le principe de l'autonomie de la volonté était poussé à son comble au point que les possibilités de révision du contrat étaient rares. Ainsi, par le célèbre arrêt *Canal de Craponne*, la Cour de cassation déduira que « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractant* »¹⁰⁹⁵. Cet arrêt était fondé sur la règle « *Pacta sunt servanda* ». Cette application extrême du principe de la force obligatoire des contrats était justifiée, à notre sens, parce que, justement, dans l'arrêt *Canal de Craponne* c'est le contractant faible qui a été protégé contre le fort par l'ancien article 1134 alinéa 1^{er}¹⁰⁹⁶.

Mais qu'est-ce que l'imprévu? Littéralement l'imprévu, désigne ce qui n'a pas été prévu et qui « *survient quand on s'y attend pas* »¹⁰⁹⁷. Pour le Professeur Thibierge, la notion d'imprévu ne peut bien se comprendre qu'en la distinguant de l'incertain¹⁰⁹⁸. L'incertain désigne ce qui n'est pas certain. Est certain ce qui est fixé à l'avance, déterminé, invariable, inéluctable¹⁰⁹⁹.

C'est ce que dit La Fontaine : « *quand le mal est certain, la plainte ni la peur ne changent le destin* »¹¹⁰⁰. Le sens juridique du mot imprévu est lié au contrat et présente souvent les traits d'un pari sur l'avenir ou d'un « *acte de prévision* »¹¹⁰¹.

Pour le Professeur Thibierge, il existe une place pour l'incertain et l'imprévu dès lors qu'un laps de temps s'écoule entre la formation du contrat et le moment où il prend

¹⁰⁹⁵ Cass. civ., 6 mars 1876 : *DP* 1876, I, p. 163.

¹⁰⁹⁶ T. Genicon, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop », *RDC* 2012/4, p. 1469 et s.

¹⁰⁹⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*.

¹⁰⁹⁸ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, éd. Economica, Paris 2011, n° 23 et s.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.* n° 29.

¹¹⁰⁰ La Fontaine, *Fables*, VIII, « Le cochon, la chèvre et le mouton », 1668, 12.

¹¹⁰¹ V. Not. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 643 et s., spéc. p. 645.

fin¹¹⁰². Un évènement est imprévu lorsque les parties n'ont pas imaginé qu'il puisse advenir. En cela, l'imprévu se distingue de l'incertain. L'incertain désigne l'évènement envisagé par les parties, mais dont la survenance est aléatoire¹¹⁰³.

La notion d'imprévu dans le contrat trouve sa cause dans l'évènement imprévu et dans les conséquences imprévues¹¹⁰⁴. Ainsi, les parties prévoient fréquemment que certains évènements sont susceptibles d'affecter leur contrat. Il n'est pourtant pas rare qu'un évènement ne figurant pas dans l'inventaire contractuel viennent affecter le contrat. Les hypothèses sont diverses et peuvent, par exemple, concernées un évènement imprévu de même type que celui envisagé par les parties, mais ne répondant pas à la définition de la clause d'adaptation. Par exemple, la hausse drastique du coût de transport, lui-même dépendant du cours du pétrole peut remettre en cause une clause de révision du prix dans un contrat d'entreprise relatif à la fabrication de produits manufacturés¹¹⁰⁵.

En outre, le contrat est également inadapté lorsqu'il se voit surpris par les conséquences d'un évènement incertain. En pratique, les contractants insèrent une clause d'adaptation mais y attachent des effets insuffisants. Il peut en aller ainsi lorsque les parties prévoient une formule d'adaptation arithmétique ; celle-ci ne conduit pas nécessairement à un résultat permettant de rééquilibrer le contrat¹¹⁰⁶.

Cet imprévu dans le contrat peut prendre plusieurs formes. On peut prendre l'exemple du lien indéniable qui pouvait exister entre la notion de cause et celle de l'imprévision. La jurisprudence majoritaire maintient que la cause de l'obligation ne s'appréciait qu'au jour de la formation du contrat¹¹⁰⁷. Pourtant, la disparition d'une obligation peut avoir une incidence sur l'exécution du contrat lui-même.

Un auteur a donc tenté de concilier ces deux positions, en affirmant que « *l'existence de la cause, condition de formation du contrat, s'apprécie au jour de sa conclusion; son absence est sanctionnée par la nullité du contrat. La persistance de la cause, condition d'efficacité du contrat, s'apprécie lors de l'exécution de la convention; sa disparition est sanctionnée par le biais de l'exception d'inexécution, de la résolution pour inexécution ou encore par le biais de l'application de la théorie des risques* »¹¹⁰⁸.

¹¹⁰² L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, éd. Economica, Paris 2011, n° 31.

¹¹⁰³ *Ibid.* n° 34.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ *Ibid.* n° 101.

¹¹⁰⁶ *Ibid.* n° 104.

¹¹⁰⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3e éd., n° 619.

¹¹⁰⁸ F. Chénéde, Thèse...n° 228.

Ainsi, l'existence de la cause s'apprécie au jour de conclusion du contrat; mais cette cause doit perdurer tout au long de l'exécution, afin de justifier l'*exceptio non adimpleti contractus*, la résolution pour inexécution et la théorie des risques¹¹⁰⁹.

Partant, le juge a pris en compte l'économie générale du contrat pour admettre une révision de celui sur le fondement de la cause. Ces tentatives d'applications de la théorie de la révision pour imprévision sont notamment illustrées dans un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007¹¹¹⁰ et l'arrêt Soffimat du 29 juin 2010¹¹¹¹. Dans l'arrêt Soffimat, la société Soffimat avait été assignée en référé par la société d'exploitation de chauffage (la société SEC) aux fins qu'il lui soit ordonné, sous astreinte, de réaliser les travaux de maintenance prévus contractuellement. La cour d'appel de Paris avait retenu que l'obligation de la société Soffimat de satisfaire à l'obligation de révision des moteurs n'était pas sérieusement contestable et a confirmé la décision des juges de première instance. Un pourvoi avait été formé.

Dans son arrêt du 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait censuré l'arrêt des juges du fond aux motifs qu'ils n'avaient pas recherché « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières et des métaux en 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ...* ».

La persistance de la cause pouvait donc s'apprécier lors de l'exécution de la convention. Ce qui la rapprochait indiscutablement de la notion de révision du contrat pour imprévision dès lors que le juge prenait en compte l'économie générale du contrat au stade de son exécution pour conclure à une absence de cause de celui-ci.

¹¹⁰⁹ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, éd. Economica, Paris 2011, n° 122.

¹¹¹⁰ CA Nancy, 26 septembre 2007 : *RDC* 2008, p. 738, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2008, 1120, note M. Boutonnet.

¹¹¹¹ Cass. Com. 29 juin 2010, n° 09-67369. A.-S. Choné, « Vers la consécration de la théorie de l'impression ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », *Les Petites Affiches*, 2010/256, p. 7 et s. S. Le Gac-Pech, « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », Note sous Cass. com. 29 juin 2010, *JCP E.* 2010/50, p. 24 et s. T. Genicon, « Théoerie de l'impression... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010/37, p. 2485 et s. D. Mazeaud, « L'arrêt Canal « moins » ? », *D.* 2010/37, p. 2481 et s. T. Favario, « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discretion », *JCP G*, 2010/43, p. 1999 et s.

469. La théorie de la révision du contrat pour imprévision avant le Code Napoléon.

Malgré cette résistance à la révision du contrat pour imprévision, et au principe posé dans le célèbre arrêt canal de Craponne, des auteurs avaient évoqué la possibilité de réviser les dispositions d'une convention en cas de circonstances bouleversant les prévisions des parties.

Un auteur affirmait que « *l'équité demande en ce cas que l'on augmente la taxe ou la rétribution, nonobstant le laps de temps, qui n'opère pas plus que la convention même, que l'on peut toujours réduire au point d'équité, lorsque par des changements imprévus elle devient injuste et trop onéreuse* »¹¹¹². Le professeur Thibierge pense que « l'imprévu emportant sur le contrat des conséquences multiples, à la gravité progressive, seul un traitement progressif de l'imprévu permet d'offrir une réponse circonstanciée à chaque degré de gravité »¹¹¹³.

L'admission d'un traitement progressif de l'imprévu n'est ni contraire au droit, ni infondée¹¹¹⁴. Ainsi dans un contrat d'entretien d'un matériel informatique entre un artisan et une société de gestion informatique, le petit professionnel peut tout à fait invoquer les nouvelles circonstances pour exiger de son cocontractant une réadaptation ou une révision de celui-ci.

Cette révision du contrat due au circonstance nouvel a été admise dans certains arrêts. La possibilité de réviser le contrat au nom de l'équité fût par exemple possible dans une affaire qui a donné lieu à une décision importante du Parlement de Grenoble le 2 mars 1634.

En l'espèce, l'affaire portait sur une transaction, établie entre un seigneur, Pierre de Salvaing, et les habitants de Vourey. Cette convention, conclue le 20 janvier 1566, était relative à l'utilisation d'un four banal. La convention prévoyait le versement pour le droit de fournage de quatre sous et demi par habitant âgé de plus de 10 ans. En 1634, Denys de Salvaing, successeur de Pierre de Salvaing, sollicitât de la part du juge une augmentation de ce droit pour des motifs d'équité. Ce seigneur mettait en avant que le niveau des prix, et en particulier celui du bois, avait tellement augmenté que la

¹¹¹² F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens de l'Eglise, et des dixmes*, Briasson Editeur, 1774, part. III, chap. XI, p.396. Pour J.-J. Julien, qui pensait que l'équité est une « *singulière et admirable faculté donnée aux juges de pouvoir, en ce cas, prononcer même contre les pactes et la convention des parties* », v. en ce sens, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, t. II, Chez Antoine David, Aix-en-Provence, 1774, p. 37.

¹¹¹³ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, op cit. n° 693.

¹¹¹⁴ Ibid. n° 715.

rétribution versée par les habitants n'était même plus suffisante pour l'entretien du four. Le parlement de Grenoble accueillit cette requête du demandeur.

La cour accepta que le contrat soit révisé et que des experts procèdent à la fixation d'une nouvelle rétribution pour l'utilisation du four. À défaut d'acceptation de la part des habitants, le parlement de Grenoble autorisa le seigneur à quitter la banalité¹¹¹⁵.

L'équité a donc servi de fondement dans la révision du contrat pendant longtemps. De plus, le traitement de l'imprévision permet non seulement de restaurer une certaine orthodoxie, en cantonnant la force majeure aux seules hypothèses d'impossibilité absolue d'exécution, mais aussi de dépasser la théorie de la force majeure en traitant l'imprévu en amont¹¹¹⁶. C'est pourquoi, la rigueur extrême de la Cour de cassation dans l'application des principes du Code de 1804, n'empêchera pas la persistance et le développement de l'ancestrale faculté de révision judiciaire des honoraires des mandataires, à la demande d'une partie, après que le service a été fourni¹¹¹⁷. Le juge pouvait aussi fixer la rémunération de certains petits professionnels comme les prestataires indépendants quand le contrat était resté muet sur ce point¹¹¹⁸.

470. La loi n°75-597 du 9 juillet 1975.

Néanmoins, il a fallu qu'une loi n°75-597 du 9 juillet 1975, complétée par la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 autorise la révision judiciaire des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires pour que cette correction soit admise¹¹¹⁹. L'intangibilité du contrat restait donc le principe en droit français et seuls quelques arrêts isolés permettaient cette révision judiciaire du contrat. Dans un récent arrêt, la Cour de cassation a tout de même reconnu que « *le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution* »¹¹²⁰. Depuis la réforme du droit des contrats, il est désormais possible aux parties et

¹¹¹⁵ V. C. Durand, « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVIe au XVIIIe siècle », *RTD* 2015/03, p. 611 et s.

¹¹¹⁶ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *op cit.* n° 715.

¹¹¹⁷ Cass. 2^e civ., 19 février 2009, n°07-21518 (pour un avocat) ; Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n°10-11586 (pour un généalogiste).

¹¹¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992: *Bull. civ.* I, n° 212.

¹¹¹⁹ V. en ce sens, Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016/2, p. 373 et s.

¹¹²⁰ Cass. com., 7 janvier 2014, n°12-17154 ; A. Lecourt, « Quelle responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2014 n°1, p. 45 et s ; D. Ferrier, « Concurrence- Distribution janvier 2014-décembre 201 », *D.* 2015 n°16, p. 943 et s.

notamment au petit professionnel de soumettre la révision du contrat litigieux au juge en cas de survenance d'une situation imprévue.

471. L'article 1195 du Code civil.

L'article 1195 du Code civil donne désormais au juge cette possibilité de réviser le contrat sous certaines conditions.

Ce texte prévoit, en effet, que *« si un changement de circonstances imprévisibles 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. Elle continue à exécuter ses obligations durant 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. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la date d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe »*.

On remarque que cette disposition figure dans une sous-section 1 sur la force obligatoire du chapitre IV sur les effets du contrat du Code civil ; une façon de rappeler que la révision judiciaire du contrat n'est qu'un tempérament à la force obligatoire des contrats qui reste un principe directeur en droit civil français.

C'est pourquoi, la révision du contrat par le juge doit répondre à certaines conditions que la loi elle-même précise. La révision judiciaire du contrat ne sera possible que si les trois conditions nécessaires à la une révision sont réunies.

472. Conditions.

D'abord, il faut un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Il s'agit alors ici de prendre en compte tous les éléments matériels ou immatériels qui ont entouré la conclusion du contrat ; c'est-à-dire d'analyser l'environnement social, économique, politique, juridique ou autre. C'est donc tous éléments objectivement susceptibles d'avoir eu une influence sur la volonté des parties lors de l'échange de consentement qui est prise en compte.

L'essentiel est que l'on ait affaire à une donnée extérieure à la situation des contractants (situation personnelle ou patrimoniale). C'est-à-dire une donnée sur laquelle ils n'ont aucune prise directe ou indirecte, et que cette donnée soit dans un rapport suffisamment direct et étroit avec le contrat, par l'un ou l'autre de ses aspects –telle de sa ou ses

obligations, son économie générale, sa finalité, un contrat qui lui est lié, etc.¹¹²¹. Il s'agit en réalité de « toute modification » imprévisible des circonstances de la formation du contrat et liées aux effets du temps ; c'est-à-dire toute évolution objective de circonstances de la formation du contrat de quelque nature que ce soit. Le caractère « imprévisible » de cette première condition rappelle un critère de la force majeure¹¹²², une des conditions de l'exonération du débiteur défaillant en matière de responsabilité civile.

473. Conditions-2.

Il faut, ensuite, une exécution du contrat rendue excessivement onéreuse ; c'est-à-dire que ce changement de circonstance modifie significativement l'équilibre contractuel par rapport à ce qu'il était lors de la conclusion du contrat¹¹²³.

Il s'agit donc d'un déséquilibre apparaissant au cours du contrat et qui crée un *laesio aenormis*, c'est-à-dire un écart considérable entre ce que l'une des parties fournit et ce qu'elle reçoit¹¹²⁴. Admettre que la révision du contrat en cours d'exécution a pour objectif de rétablir l'équilibre contractuel mis à mal par un déséquilibre économique implique une prise en compte de la lésion né d'un contrat synallagmatique.

Cette volonté du législateur de résoudre une lésion survenue en cours d'exécution du contrat, qui ne pourrait d'ailleurs pas avoir la qualification de lésion qualifiée¹¹²⁵, traduit sa volonté affichée de protéger le contractant faible, très souvent un un professionnel faible, à toutes les étapes du contrat. Par exemple, dans l'arrêt de la cour d'appel de Nancy précité¹¹²⁶, l'appelant, le fourni, un petit professionnel, avait joint à sa demande « *d'interprétation par adjonction pour tenir compte des conséquences de la création des quotas qui constituaient désormais un élément fondamental dans l'économie et l'équilibre du contrat* ».

La question que l'on se pose est de savoir si le juge peut prendre en compte les conséquences purement juridiques du déséquilibre engendré par l'imprévision, comme dans le cas des clauses abusives, puisque la sanction de cette imprévision n'est pas seulement la résolution du contrat, mais aussi sa réadaptation.

¹¹²¹ Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016/2, p. 373 et s.

¹¹²² Cass. 3^e civ., 9 juillet 2013, n°12-17012, Cass. com. 30 mai 2012, n° 10-17803 et 10-18527.

¹¹²³ Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *art. préc.*

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ Avec la consécration du vice de violence économique à l'article 1143 du Code civil, la notion de lésion qualifiée semble avoir eu un socle juridique dans le droit français. *Cf. supra* n° 168 et s.

¹¹²⁶ CA Nancy, 26 septembre 2007 : *RDC* 2008, p. 738, obs. D. Mazeaud.

474. Réadaptation du contrat.

Or, la réadaptation du contrat a justement pour but la suppression du déséquilibre engendré par des circonstances ayant modifié significativement l'équilibre du contrat. Il s'agit là d'une sanction similaire à celle qu'on a dans la lutte contre les clauses abusives qui suppriment une clause litigieuse et laisse survivre le contrat. Concernant toujours cette seconde condition, un auteur se demande aussi s'il faudra déterminer si l'appréciation du caractère excessivement onéreux de l'exécution doit se faire en considération du « profit subsistant » ou du « bénéfice perdu », s'il faudra « *envisager la durée restant à courir du contrat, prendre en compte les projections qui pourraient corriger la situation, etc.* »¹¹²⁷.

À la suite de l'arrêt Huard, certains auteurs pensaient déjà que, « dès l'instant que l'une des parties domine une relation contractuelle destinée à durer, il est possible qu'elle soit désormais tenue d'obligations particulières vis-à-vis de l'autre, dont celle de permettre l'adaptation du contrat aux circonstances »¹¹²⁸. L'imprévision concerne, en effet, toutes les conventions comportant des obligations exprimées par une unité monétaire et dont l'exécution n'est pas concomitante avec la formation »¹¹²⁹. Nous pensons très clairement que la révision du contrat a pour but de prendre en compte ce « bénéfice perdu », mais aussi de tenir compte du futur afin que le déséquilibre soit définitivement supprimé ou qu'il y ait peu de chance qu'elle n'apparaisse à nouveau. Logiquement donc, il faut que l'exécution demeure impossible, autrement dit que le changement imprévisible de circonstances n'ait pas pour effet d'empêcher toute poursuite de l'exécution¹¹³⁰. En somme, il ne suffit pas que d'un événement imprévu et imprévisible : encore faut-il que cet événement affecte significativement l'équilibre du contrat, rendant son exécution sinon impossible, du moins excessivement onéreuse pour la partie qui s'en prévaut¹¹³¹.

475. Conditions-3.

La troisième condition, enfin, est que le contractant qui subit le risque d'imprévision ne l'ait pas accepté de façon anticipée. Pour Monsieur Revet, l'article 1195 nouveau

¹¹²⁷ N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats » : *JCP G* 2015, n° 52. 1415.

¹¹²⁸ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd. L.G.D.J., p. 314.

¹¹²⁹ *Ibid.* n°292.

¹¹³⁰ F. Auque, « Retour du juge par la loi, L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil » : *AJDI* 2016, p. 184 et s.

¹¹³¹ O. Cachard, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Lamy Droit civil*, n° 49, 1^{er} mai 2008.

du Code civil serait supplétif de volonté¹¹³². C'est-à-dire que les parties peuvent l'écartier par une clause contractuelle.

Mais une telle clause serait justement l'exemple tout indiqué d'une clause abusive que précisément l'article 1171 nouveau du Code civil prohibe. Il s'agit alors d'une clause qui nie les droits du contractant faible¹¹³³. On imagine assez difficilement un petit professionnel sain d'esprit accepté une telle clause sauf à supposer que la clause lui a été imposée par un abus de dépendance ou par l'exploitation de son état de détresse¹¹³⁴. Nous pensons donc que cette possibilité offerte aux cocontractants de renoncer à un droit par l'insertion dans le contrat d'une clause destinée à cet effet, diminuera l'efficacité et l'effectivité de cette clause dans les rapports entre un petit professionnel et un professionnel dominant. Alors que c'est précisément dans ces rapports contractuels que la question se pose avec acuité. Toutefois, d'autres conditions sont nécessaires pour que la clause soit révisée par le juge et qui tiennent notamment aux modalités de la révision judiciaire du contrat pour imprévision.

476. Réadaptation du contrat-2.

Or, pendant longtemps, le contrat déséquilibré en raison de circonstances imprévisibles ne donnait pas lieu à une révision du contrat. En outre, l'absence de cause ne permettait pas au juge de réviser un contrat, mais seulement de prononcer sa nullité¹¹³⁵. Désormais, il semble possible au juge de rééquilibrer un contrat dont des circonstances nouvelles et imprévisibles rendent onéreuse la réalisation des opérations contractuelles pour le cocontractant.

C'est donc le seul apport réel du nouvel article 1195 du Code civil. Dans les contrats à exécution successive, le juge pourra soit adapter le contrat, soit le réviser ou même y mettre fin en cas d'échec de la négociation des parties. Dans les rapports entre petit professionnel et professionnel dominant, cette tendance à la restauration de l'équilibre général du contrat constitue un renforcement indéniable de leur protection¹¹³⁶.

¹¹³² Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *art. précit.*

¹¹³³ Sur cette notion de clause de négation des droits du contractant faible, v. not. C.-M. Peglion-Zika, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », Thèse, Paris : 2013, n°465 et s.

¹¹³⁴ Cf. *supra* n° 178 et s.

¹¹³⁵ Par exemple la chambre commerciale de la Cour de cassation prononce la nullité absolue d'un contrat de vente lorsqu'il y'a absence de prix sérieux. V en ce sens, Cass. com. 23 octobre 2007 n° 06-13979. Tandis que la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation considère qu'il y'a nullité relative lorsque le bail est conclu pour un prix dérisoire. V. en ce sens, Cass. Civ. 3^e, 21 septembre 2011, n°10-21900.

¹¹³⁶ V. *infra* n° 524 et s.

Dans la pratique, le petit professionnel « faible » a besoin de ce contrat et c'est le risque de résiliation¹¹³⁷ du contrat-cadre de distribution qui le pousse à adhérer à des contrats dont les clauses ne sont pas toujours opportunes. Cela signifie, qu'en conséquence, la clause, qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'empêcher la renégociation du contrat devenu onéreux par des circonstances imprévisibles, doit être réputée non écrite.

477. Le rôle grandissant du juge dans la restauration de l'équilibre du contrat.

Le rôle du juge est, à cet effet, extrêmement central dans l'appréciation du déséquilibre contractuel. En effet, en édictant le texte sur les clauses abusives, le législateur « *lui demande de se lancer dans une chasse au déséquilibre contractuel et donc de réviser le contrat après coup* »¹¹³⁸.

La révision d'un contrat entre un petit professionnel et un professionnel dominant semble désormais tout aussi justifiée que celui entre un simple consommateur et un professionnel. Dans les rapports entre professionnels cette révision judiciaire du contrat renforce le dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats non négociés ou contenant des clauses standardisées. En effet, admettre une révision judiciaire du contrat lorsque le professionnel a eu l'occasion de négocier librement son contrat n'est qu'une illustration de l'équité contractuelle.

Ce dispositif est suffisamment protecteur de sorte que la qualité de contractant faible du professionnel est plus discutable. En revanche, en admettant une protection du petit professionnel « faible », il ne s'agit pas de voir en lui l'équivalent du consommateur en droit commun.

478. Déséquilibre contractuel.

En somme, le déséquilibre contractuel entre les droits et obligations des parties peut être uniquement la conséquence directe ou indirecte de la présence d'une clause abusive ou de difficultés liées à l'exécution du contrat litigieux. C'est pourquoi la sanction de ce déséquilibre contractuel dans les droits et obligations des parties est la suppression de la clause litigieuse ou la suppression du déséquilibre au stade de l'exécution du contrat. La sanction n'est donc pas la nullité du contrat, mais simplement la suppression du déséquilibre contractuel. Ce qui est tout à fait contraire à l'hypothèse

¹¹³⁷ Voir not. F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J, Paris : 2007.

¹¹³⁸ Les propos sont de T. Genicon dans « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *art. préc.*

de l'absence d'une condition essentielle du contrat, qui serait évidemment sanctionnée par la nullité du contrat; aucune possibilité de révision par le juge n'étant admise¹¹³⁹.

Aujourd'hui cette tendance à l'admission de la révision judiciaire du contrat semble remise en cause. En effet, la révision judiciaire présente d'évidents dangers en termes de sécurité juridique, quel que soit le degré de sagesse et de modération du juge¹¹⁴⁰. C'est pourquoi...

Finalement, on peut s'interroger sur la question de savoir si la recherche de l'équilibre du contrat lui-même n'aboutit pas incontestablement à admettre le contrôle de la lésion, ou du moins des clauses lésionnaires.

§2. LA PRISE EN COMPTE DE LA LÉSION DANS LE CONTRÔLE DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

479. Déséquilibres juridiques et économiques.

Certains auteurs pensent que déséquilibres « *juridique et économique sont inextricablement liés* »¹¹⁴¹. Aussi, « *le contrat est avant tout l'expression juridique d'une opération économique* »¹¹⁴².

Par exemple, M. Stoffel-Munck pense que « *l'avantage excessif que procure une clause se traduit par une conséquence économique, soit qu'il permette au professionnel d'éviter un risque de perte ou qu'il lui assure une maîtrise de l'exécution du contrat lui permettant de réaliser une économie de gestion* »¹¹⁴³. La Cour de cassation semblait aller dans le même sens dans un arrêt de la première chambre civile du 31 janvier 1995. En l'espèce, M. et Mme X avaient souscrit, pour leur fille, un contrat d'enseignement. Ledit contrat stipulait en son article 6 le paiement d'une indemnité, égale à 30% du prix total, en cas de résiliation en cours d'année du contrat. La fille avait dû abandonner les cours pour des raisons de santé et pour cause de déménagement.

Or, le Tribunal d'instance de Saintes avait déclaré la clause licite que « *l'on retrouve dans de très nombreux contrats similaires et qui ne revêt pas un caractère*

¹¹³⁹ V. en ce sens, A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd. 2015, p. 153 et s.

¹¹⁴⁰ L. Thibierge, *op. cit.* n° 787.

¹¹⁴¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.* n° 307.

¹¹⁴² V. J.-M. Poughon, *Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat*, *Droits*, n°12, PUF 1990, p.47.

¹¹⁴³ Ph. Stoffel-munck, *L'abus de droit, Essai d'une théorie*, *Op. cit.*, p. 332.

abusif». La Cour de cassation avait alors cassé et annulé la décision des juges du fond au motif que ces derniers n'ont pas recherché « *si l'indemnité ainsi imposée par l'école à ses clients lui procurait un avantage excessif* »¹¹⁴⁴. La Cour de cassation avait ainsi cassé cet arrêt pour défaut de base légale car la cour d'appel n'avait pas suffisamment caractérisé l'absence de caractère abusif de la clause litigieuse. Ainsi, une analyse de la notion même de lésion doit précéder le contrôle des clauses lésionnaires par le juge.

480. La notion de lésion.

La loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 qui a transposé la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs a changé le terme « *avantage excessif* » en « *déséquilibre significatif* »¹¹⁴⁵. Depuis lors, les tribunaux ont eu à statuer sur des litiges où ils ont procédé à un contrôle du déséquilibre économique. Or, le contrôle du déséquilibre économique consiste à admettre indirectement le contrôle de la lésion. Une précision sur cette notion est donc nécessaire avant de poursuivre notre raisonnement. La lésion est définie, classiquement comme le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par l'inégalité de valeur entre les prestations contractuelles¹¹⁴⁶. Demogue considérait que « *la théorie de la lésion n'a pas sa base dans l'inégalité des prestations, car dans tout contrat l'un des deux perd ou gagne, en outre la valeur est une notion fuyante. Elle n'a pas sa base dans ce microcosme de deux contractants, mais dans cette idée plus ample qu'une inégalité telle qu'elle risque d'atteindre profondément un contractant, une classe est contraire à l'harmonique développement des forces sociales* »¹¹⁴⁷.

Cette définition de la lésion est extrêmement large, puisque l'idée de conflit social qu'elle évoque ne semble pas être celle retenue en droit positif. Pour autant qu'on considère la lésion comme une notion essentiellement rattachée au droit des contrats. C'est dans le rapport contractuel que la lésion logiquement appréciable en raison de « *la coexistence d'éléments objectifs et subjectifs* ». La lésion serait tout simplement le décalage entre le prix stipulé et la valeur de la prestation¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, n° 93-10412. Pour une clause pénale déclarée non abusive, v. not. Cass. civ. 1^{ère}, 06 janvier 1994, n° 91-19424.

¹¹⁴⁵ V. en ce sens, C. Jamin, « *Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique* », *RTD Civ.* 1995, p. 437 et s.

¹¹⁴⁶ D. MAZEAUD, « *Lésion* », *D.* mars 2012 (actualisation : juin 2016).

¹¹⁴⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, *Sources des obligations*, A. Rousseau, 1921, n°395.

¹¹⁴⁸ G. Chantepie, *La lésion*, Préface de Geneviève Viney, L.G.D.J., Paris : 2006, spéc. p. 68.

481. La définition de la lésion par la doctrine.

Or, la lésion fait l'objet d'un débat doctrinal sur la question de savoir si la lésion concerne la valeur du consentement émis lors de la conclusion du contrat ou la valeur de l'objet de l'obligation dont est créancier le contractant lésé.

En effet, la lésion telle qu'admise en droit français concerne des cas extrêmement circonscrits comme la lésion dans les contrats impliquant un mineur ou un incapable. De tels contrats sont sanctionnés par la rescision pour lésion lorsque le contrat conclu défavorise la partie faible (mineure ou incapable).

L'idée de lésion est de ce fait inhérente à la protection du consentement de certains contractants.

Ainsi, « *il est probable que le contractant, finalement lésé, n'a accepté de conclure un contrat déséquilibré à son détriment que parce qu'il a agi sous l'empire d'une erreur, spontanée ou provoquée, ou d'une crainte déterminante* »¹¹⁴⁹. Cette analyse subjective ne semble pas convaincre tous les auteurs ; ce qui explique que la conception objective de la lésion soit celle qui est majoritaire en doctrine.

482. La conception objective de la lésion.

La conception objective de la lésion est intimement liée à l'idée de déséquilibre contractuel. Selon la théorie objective, la nature de la lésion doit être recherchée, non pas dans l'analyse du consentement du contractant lésé, mais dans l'examen du contenu du contrat lésionnaire.

Dans cette conception, « *la lésion apparaît comme un concept désincarné qui se réduit à un défaut d'équivalence, au seul déséquilibre contractuel ; c'est une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles* »¹¹⁵⁰. Ainsi, « *l'intervalle éventuel entre la valeur approchée par les parties, le prix, et la valeur socialement admise, objective, constitue la lésion* »¹¹⁵¹.

Dans la détermination de la lésion, le critère primordial réside dans la confrontation du prix payé à la valeur de la prestation. Ce critère du juste prix est pourtant contesté par une partie de la doctrine. Cette doctrine considère que « *la nullité pour lésion, eu égard à la difficulté d'une mesure objective des valeurs, encouragerait tous les retournements, saperait la confiance dans les contrats conclus, multiplierait les procès et poserait aux juges des problèmes insolubles* »¹¹⁵². Pour remédier à ces difficultés,

¹¹⁴⁹ D. Mazeaud, « Lésion », *art. préc.*

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ G. Chantepie, *La lésion*, Préface de Geneviève Viney, L.G.D.J., Paris : 2006, n° 96.

¹¹⁵² H. Batiffol, *La philosophie du droit*, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », PUF, 1966, p. 109.

certain auteurs ont vu dans la notion de lésion qualifiée une solution à celles-ci. La lésion qualifiée est la prise en compte de « *la disproportion entre la valeur des prestations réciproques* »¹¹⁵³.

En ce sens, le déséquilibre contractuel qui la caractérise est souvent le signe tangible de l'exploitation par un contractant de la faiblesse ou de la vulnérabilité de son cocontractant¹¹⁵⁴. Cette conception de la lésion bien qu'assez objective ne permet pas non plus la protection des contractants faibles en droit français. Ainsi, dans un arrêt du 30 mai 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation avait estimé que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* »¹¹⁵⁵.

Quoi qu'il en soit, le défaut d'équivalence constitue l'une des conditions de mise en œuvre de la lésion qualifiée. Le juge devra donc toujours comparer le prix stipulé au juste prix de la prestation¹¹⁵⁶.

483. Le contrôle de la clause lésionnaire par le juge.

Le contrôle de la clause lésionnaire par le juge européen aura vocation certainement à protéger le non-professionnel ou le consommateur. C'est dans l'arrêt *Caja de Ahorros* que la Cour de justice a admis la possibilité pour les Etats membres de procéder à un contrôle de la clause lésionnaire en raison du degré minimal d'harmonisation de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

En l'espèce, la Cour avait estimé que dès que lors les clauses sont couvertes par le champ d'application de la directive, elles sont susceptibles de se voir appliquer le degré minimal d'harmonisation prévu par l'article 8 de la directive. Conformément à cette disposition, ce contrôle peut être étendu s'il garantit un niveau de protection plus élevé au consommateur, ce à quoi aboutit l'appréciation par le juge espagnol du caractère abusif des clauses claires et précises définissant l'objet du contrat ou fixant le prix¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Grenoble II, 1996, n° 731. V. également, J.-P. Chazal, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 14 décembre 2000, p. 879 et s.

¹¹⁵⁴ D. Mazeaud, « Lésion », *art. préc.*

¹¹⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-15242. V. en ce sens, J.-P. Chazal, « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 14 décembre 2000, p. 879 et s. Sur le rapport entre violence et lésion, v. not. F. Chénéde, « Napoléon Bonaparte, lésion et violence », *RDC* 2014/3, p. 527 et s.

¹¹⁵⁶ G. Chantepie, *La lésion*, *Op. cit.*, n° 535.

¹¹⁵⁷ V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, Paris : 2011, n° 608.

Cette protection se fait donc essentiellement en marge du champ d'application de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

484. L'appréhension de la lésion en droit comparé.

Ainsi, la lésion qualifiée est admise dans certains Etats européens comme l'Allemagne où le § 138 (2) du code civil allemand dispose qu' « *est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec sa propre prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, de la faiblesse de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui* »¹¹⁵⁸.

De lege feranda, cette acception du contrôle de la lésion est confirmée par certains projets d'harmonisation du droit européen des contrats. Par exemple, au terme de l'article 4:109 des principes européens du droit des contrats, élaborés par la commission LANDO, « (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 inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou en aurait dû avoir connaissance et que, étant donné 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* »¹¹⁵⁹.

Mais ces textes semblent indiquer que la sanction du contrat lésionnaire est la nullité ; or la lutte contre les clauses abusives organisée par le droit de la consommation ne vise pas la nullité du contrat, mais son caractère non-écrit. La sanction de la clause lésionnaire dans un contrat entre un un petit professionnel et un professionnel est de déclarer la clause non écrite. Il s'agit alors plus d'une révision judiciaire du contrat que d'une annulation du contrat dont la clause est déclarée abusive.

En droit français, la législation et le droit prétorien ne sanctionne pas la clause lésionnaire, sauf lorsque le contrôle d'une telle clause ne vise pas directement la protection du contractant. En droit français, l'action en révision pour lésion n'est pas une mesure de protection des contractants¹¹⁶⁰, lorsque cela a pour but le rétablissement de l'équilibre contractuel.

¹¹⁵⁸ D. Mazeaud, « Lésion », *RDC* 2007/3, p. 681 et s.

¹¹⁵⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, op. cit.* n° 51.

¹¹⁶⁰ *Idid.*, spec., p. 248.

485. Le contrôle de la clause lésionnaire par le juge français.

En principe, le contrat est un instrument de justice. Le juste correctif nécessite donc un rétablissement du désordre créé par le déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre¹¹⁶¹. Or, le standard du déséquilibre significatif ne vise pas à rétablir l'équivalence entre les prestations réciproques des parties même lorsque le contrat est conclu entre un professionnel ou un un petit professionnel ou un non-professionnel.

Autrement dit, le contrôle de la clause lésionnaire n'est pas admis en droit français même lorsque le contrat litigieux est un contrat de consommation. Toutefois, cela ne signifie pas le contrôle de la lésion est exclu dans la lutte contre les clauses abusives. En effet, la lutte contre les clauses abusives organisée par le Code de commerce permet au juge de contrôler une clause lésionnaire dans les rapports entre partenaires commerciaux. C'est l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui organise la lutte contre le déséquilibre significatif dans les rapports entre partenaires commerciaux¹¹⁶².

486. Divergence entre le Code de commerce et le Code de la consommation sur le contrôle de la lésion.

Contrairement au droit de la consommation qui exclut clairement la prise en compte de l'adéquation entre le bien vendu ou le service fourni et le prix ou la rémunération dans l'appréciation du déséquilibre significatif, une telle exclusion n'existe pas dans le Code de commerce. Ainsi, le silence du Code de commerce sur cette exclusion, suggère que tous les déséquilibres contractuels significatifs, sans exception, peuvent être sanctionnés¹¹⁶³.

Un auteur, assez optimiste pense que « *dès lors que le contrat est susceptible d'être annulé à la demande du ministre, conformément à l'article L. 442-6, III du Code de commerce, parce qu'il heurte l'ordre public économique, il peut l'être aussi à la demande de l'une des parties au contrat* »¹¹⁶⁴.

Néanmoins, pour l'instant, seule l'action du ministre permet une effectivité de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ; cette action du ministre semble d'ailleurs se cantonner à une action en responsabilité des professionnels fautifs. Certaines décisions tribunaux, dans l'appréciation du déséquilibre significatif entre

¹¹⁶¹ G. Chantepie, *La lésion*, *Op. cit.*, n°360.

¹¹⁶² *Cf. infra* n° 495 et s.

¹¹⁶³ D. Mazeaud, « Lésion », *D.* mars 2012 (actualisation : juin 2016), n° 30.

¹¹⁶⁴ M. Behar-Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009/1, p. 202 et s.

partenaires commerciaux, ont abouti inexorablement au contrôle de clauses lésionnaires dans les contrats de dépendance.

487. Contrôle de clauses lésionnaires

Ainsi, certaines décisions des tribunaux retenues sur le fondement de ce texte ont abouti inexorablement au contrôle de clauses lésionnaires dans les contrats de dépendance entre les petits professionnels et les professionnels dominants. Dans un arrêt du 23 mai 2013, la cour d'appel de Paris a été amenée à contrôler réellement des prix lésionnaires.

En l'espèce, Ikéa (un grand distributeur spécialisé) était opposé à un de ses fournisseurs et au ministre de l'Economie. La cour d'appel a rappelé que « *si, ainsi que le soutient la société Ikéa, il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif* »¹¹⁶⁵.

En d'autres termes, le juge peut tout à fait contrôler le prix lésionnaire dès lors que ce dernier créé un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties¹¹⁶⁶; sans que cela ne remette en cause le principe de la libre négociabilité des prix.

Ce contrôle du prix lésionnaire, autrement dit de l'équilibre économique des prestations réciproques entre les parties au contrat, n'est pas l'idée que sous-tend le déséquilibre significatif au sens du droit de la consommation. Toutefois, la cour d'appel, après avoir exercé son contrôle sur la clause lésionnaire conclut, en l'espèce, au fait que « *ces conditions de prix, qui ne sont pas particulièrement favorable au fournisseur, ne peuvent toutefois être considérées comme introduisant un déséquilibre significatif dans les relations des parties* ».

488. Déséquilibres des prix lésionnaires.

Pourtant, dans d'autres arrêts, la Cour de cassation a clairement procédé à ce contrôle et à la conclusion que certains prix lésionnaires engendraient un déséquilibre significatif dans les relations des parties. Ainsi, dans un arrêt récent, il a été jugé que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce « *n'exclut pas, contrairement à l'article*

¹¹⁶⁵ CA Paris, 23 mai 2013, n°12/201166, SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté Ikéa Supply AG.

¹¹⁶⁶ V. en ce sens, M. Behar-Touchais, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, 2014/3, p. 411 et s.

L. 212-1 du Code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu »¹¹⁶⁷. Il en a été ainsi dans l'arrêt Castorama¹¹⁶⁸.

La lésion qualifiée sera alors admise toutes les fois que le déséquilibre engendré par le contrat lésionnaire est important. C'est pourquoi, le contrat déséquilibré en raison de la présence en son sein d'une clause lésionnaire est sanctionné par le droit européen de la consommation, mais aussi par le droit des pratiques restrictives de concurrence, en droit français. De ce fait, le juge peut être amené à contrôler la clause lésionnaire dans l'appréciation du déséquilibre significatif entre petits professionnels et professionnels dominants.

489. Sanction de la clause abusive dans le contrat.

Il faut préciser ici qu'en raison de l'objectif poursuivi par le législateur dans le droit de la concurrence, la sanction de la clause abusive dans le Code de commerce n'est pas de la réputer non écrite, mais l'imposition d'une amende civile au professionnel défaillant et l'allocation de dommages et intérêts à la victime de la clause abusive.

Mais l'article L. 442-6-II du Code de commerce prévoit, toutefois, la possibilité pour le juge d'annuler certaines clauses. Il semble donc que la suppression de la clause abusive soit possible dans le Code de commerce, mieux son annulation. Ce qui constitue tout de même une différence majeure avec la conception classique de la clause abusive dans le Code de la consommation au point de se demander si la décision du Conseil constitutionnel sur la définition du déséquilibre significatif n'était pas une réponse de débarras.

490. Conclusion de la section I.

En conclusion l'appréciation *in concreto* du caractère abusif d'une clause reste l'outil le plus efficace pour lutter contre les clauses abusives dans les contrats entre petits professionnels et professionnels dominants. Cette appréciation du déséquilibre contractuel est souvent facilement effectuée lorsque la clause abusive porte sur le contenu du contrat, notamment l'obligation essentielle de celui-ci. Aussi, la protection du petit professionnel contre les abus dans le droit commun des contrats trouve

¹¹⁶⁷ Cass. com. 25 janvier 2017, n° 15-23547. Déséquilibre significatif entre les parties : inadéquation du prix au bien vendu- Cour de cassation, com. 25 janvier 2017, *D.* 2017, p. 481 et s. V. not. G. Cattalano-Cloarec, « Le déséquilibre significatif, un mécanisme à deux visages », *L'ESSENTIEL droit des contrats*, 2017/3, p. 1 et s.

¹¹⁶⁸ Arrêt Castorama et arrêt Eurauchan, arrêt Ikéa CA Paris, 23 mai 2013, n°12-01166.

aujourd'hui son aboutissement dans l'admission de la révision du contrat pour imprévision.

En outre, il est louable constater que la protection de ce petit professionnel trouve son aboutissement dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. Si en droit de la consommation, la clause abusive peut être déclarée non abusive dans un contrat impliquant un petit professionnel ou un non-professionnel, la qualité du contractant est au centre de la protection. Dans le droit des pratiques restrictives de concurrence, c'est la protection du marché qui constitue la priorité du législateur. Mais cette protection du marché abouti à la mise en place de dispositifs assez protecteurs pour les petits professionnels faibles, notamment lorsqu'il s'agit de la restauration de l'équilibre contractuel.

SECTION 2. LA PROTECTION DU PETIT PROFESSIONNEL CONTRE LES ABUS ANTICONCURRENTIELS

491. Les rapports entre professionnels.

Dans les rapports entre professionnels, l'abus découle souvent, non pas de la clause elle-même, mais de la mise en œuvre de la clause, laquelle n'est pas en elle-même abusive¹¹⁶⁹, par le professionnel dominant.

Les clauses interdites par la loi, comme les clauses imposant un prix minimal (article L.442-6 C. Com.), ne sont pas abusives, mais purement illicites¹¹⁷⁰. Le caractère négocié ou non de la clause influe directement sur la qualification de celle-ci. Cette condition de négociation de la clause est une exigence le droit européen, mais elle ne l'est pas forcément dans le Code de commerce, où le critère de la soumission au partenaire commercial est plus déterminant. Depuis la loi de février 2017, il semble désormais acquis que le professionnel faible, à l'exclusion du petit professionnel, ne puisse plus bénéficier de la protection du droit de la consommation, étant donnée la définition restrictive du « non-professionnel ».

¹¹⁶⁹ Par exemple, la clause qui confère à une partie le soin de fixer le prix unilatéralement dans un contrat ne saurait être considérée comme une clause abusive, alors même qu'elle donnerait lieu à la fixation d'un prix abusif. V. en ce sens, Ass. Plen. 1er décembre 1995.

¹¹⁷⁰ C. Grymaldi, « Les clauses abusives en droit de la distribution », in Les clauses abusives, Approches croisées franco-Espagnoles, (dir.) Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba, Société de Législation Comparée, Paris 2012, p. 76.

C'est donc dans le droit des pratiques anticoncurrentielles (§2) et des pratiques restrictives de concurrence (§1) que la protection du partenaire commercial faible, surtout le petit professionnel, est la plus aboutie.

§ 1. LA PROTECTION DU PETIT PROFESSIONNEL CONTRE LES ABUS DANS LES CONTRATS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

Il faut distinguer la protection contre l'abus de dépendance économique proprement dite (A) de la protection contre l'abus de dépendance économique « civil » (B), dont l'étendue est plus grande que la première.

A- La protection contre l'abus de dépendance économique de l'article L.420-2, al. 2 du Code de commerce

492. L'article L.420-2, al. 2 du Code de commerce.

L'article L.420-2, al. 2 du Code de commerce prohibe, « *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* ».

La réforme du droit des contrats¹¹⁷¹ entrée en vigueur le 1er octobre 2016 a créé l'article 1143 du Code civil qui sanctionne l'abus de l'état de dépendance dans lequel se trouve un cocontractant, en la caractérisant de violence pouvant justifier l'annulation du contrat. Ainsi, une entreprise ne peut invoquer la protection de l'article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce qu'à la condition de démontrer s'être trouvée dans un rapport de partenariat commercial¹¹⁷².

Cet abus de dépendance économique n'est prohibé que s'il est « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ». La condition que l'entreprise en situation de dépendance ne dispose pas de « solution équivalente » reste exigée¹¹⁷³.

Ainsi, la Cour de cassation considère que l'état de dépendance économique se définit comme « *l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution*

¹¹⁷¹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹⁷² Par exemple, un rapport de client à fournisseur : Cass. com. 7 janvier 2004, *RJDA* 5/04 n° 632.

¹¹⁷³ Concurrence, Consommation, précit. n°22000.

techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise »¹¹⁷⁴. Dans un arrêt du 3 mars 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation a défini l'état de dépendance économique comme « *la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou à ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables* »¹¹⁷⁵.

La condition d'absence de solution équivalente est donc clairement réaffirmée comme élément même de la définition.

493. L'abus de dépendance économique.

L'abus de dépendance économique « *est conçu comme un abus de comportement et caractérise une faute* »¹¹⁷⁶. Au contraire de l'abus de position dominante, l'abus de dépendance économique se traduit obligatoirement par un écart de conduite¹¹⁷⁷.

Il s'agit donc de vérifier deux conditions séparément : l'exploitation abusive et l'atteinte à la concurrence.

La première est autonome et ne se déduit pas de la seconde. La rupture fautive du contrat ou le fait d'imposer des stipulations excessives sont des manifestations possibles de l'abus¹¹⁷⁸. Dans une affaire relative au secteur de l'exploitation et de la distribution des films dans les Antilles, c'est l'obligation d'approvisionnement imposée par les sociétés de films aux exploitants de salles de cinéma qui a été qualifiée d'abus de dépendance économique¹¹⁷⁹. C'est une particularité française et elle ne concerne que les relations verticales, les relations entre un fournisseur et un distributeur. La situation est donc presque exactement contraire de celle de l'abus de domination.

Il ne s'agit pas de saisir des hypothèses où un petit professionnel dans une situation de dominé dans ses rapports avec une autre entreprise, dominante, mais, sans qu'elle soit nécessairement en position dominante : une situation dans laquelle un petit

¹¹⁷⁴ Cass. com. 12 fés. 2013, n°12-13603, RJDA 4/13 n°365 ; Cass. com. 25 juin 2013 n°12-21850, RTD com. 2013, p. 497 note M. Chagny.

¹¹⁷⁵ Com., 3 mars 2004, n°02-14529 ; Abus de dépendance économique : la notion se précise, note E. Claudel, RTD com. 2004. 463.

¹¹⁷⁶ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse, n°482 et 766.

¹¹⁷⁷ A. Pirovano et M. Salah, « L'abus de dépendance économique : une notion subversive ? », *LPA* 21 septembre 1990, p. 4 et s.

¹¹⁷⁸ A.-S. Choné, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Préface de Bernard Teysié, Economica, Paris : 2010, n° 261.

¹¹⁷⁹ Cons. conc. n°04-D-44, 15 sept. 2004, relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films.

professionnel est placé dans une situation de dépendance économique¹¹⁸⁰. Selon l'autorité de la concurrence, la situation d'un état de dépendance économique d'un distributeur à l'égard de son fournisseur « s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents »¹¹⁸¹.

494. L'affaire Cora.

La célèbre affaire *Cora*¹¹⁸² a démontré l'impuissance des pouvoirs publics face aux éventuels abus de puissance d'achat ; la promotion de la pratique a donc été renouvelée. Seul importe désormais l'effet restrictif de la concurrence : « il suffit que la pratique affecte le fonctionnement ou la structure de la concurrence, de sorte que si cette condition est réalisée, la pratique peut être sanctionnée au titre de l'article L. 420-2, al. 2 et, à défaut, elle pourra être saisie comme une faute civile au titre de l'article L. 442-6 du Code de commerce »¹¹⁸³.

Monsieur Fabrice de Bouard, souligne l'échec de cette disposition, article L.420-2, al. 2, qu'il impute au fait que « la condition de l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, tout comme celle de l'atteinte au marché, constitue d'une manière générale un obstacle au jeu de la prohibition des pratiques anti-concurrentielles en matière d'abus de dépendance économique »¹¹⁸⁴.

B- La protection contre l'abus de dépendance économique « civil »

495. Un dispositif de protection des professionnels contre les clauses abusives cantonné au droit des pratiques restrictives de concurrence.

Ce dispositif est essentiellement issu de la Loi de Modernisation de l'économie¹¹⁸⁵. Le critère du déséquilibre significatif qui permet de caractériser, ici, la clause abusive n'a pas le même sens que dans le droit de la consommation.

¹¹⁸⁰ D. Mainguy, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, 2e éd., LexisNexis, Paris 2015, n°339.

¹¹⁸¹ Cons. conc., déc. n°89-D-16, 2 mai 1989? Sté Chaptal SA: *Rec. ADCC Lamy*, n°361, obs. C. Robin.

¹¹⁸² Cons. conc., déc. n°93-D-21, 8 juin 1993, *Groupe Cora*: CCC. 1993, n°153, obs. L. Vogel.

¹¹⁸³ D. Mainguy, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, 2e éd., LexisNexis, Paris 2015, n°340.

¹¹⁸⁴ F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., Paris: 2007, n° 505.

¹¹⁸⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* 5 août 2008. V. en ce sens, R. Saint-Esteben, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009/3, p. 1275 et s. D. Fenouillet, « Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et réforme du droit des pratiques commerciales

La protection instituée au profit de tous les professionnels n'a pas non plus le même sens que celle du droit de la consommation. Mais la nouveauté vient peut-être du droit commun des contrats. En effet, l'ordonnance de réforme du droit des contrats a consacré la protection de tous les contractants contre les clauses abusives, avec la particularité de ne pas viser les clauses abusives dans les contrats de consommation. Nous verrons que le dispositif de protection de tous les contractants contre les clauses abusives dans le Code civil brouille désormais les frontières entre le droit commun des contrats et le droit spécial de la consommation.

496. La recherche d'un équilibre contractuel entre partenaires commerciaux.

C'est l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, issu de la Loi de Modernisation de l'Economie qui a institué un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats entre partenaires commerciaux¹¹⁸⁶. Le texte vise essentiellement à lutter contre les pratiques des grandes centrales d'achat qui imposaient à leurs partenaires commerciaux des conditions de ventes disproportionnées¹¹⁸⁷.

Contrairement au droit de la consommation qui vise la protection du non-professionnel ou du consommateur contre les professionnels, le Code de commerce vise la protection de tous les partenaires commerciaux. Il ne s'agit pas d'opposer un partenaire dominant à un partenaire dominé. C'est dire que l'objectif n'est pas la protection du contractant professionnel mais l'élimination de la clause abusive qui restreint la concurrence.

Le droit des pratiques restrictives de concurrence reste donc dans sa logique d'assurer la libre concurrence et non d'assurer la protection d'un tel contractant par rapport à tel autre. Ce dispositif est éloigné de celui du droit de la consommation où l'on peut être amené à prendre en compte un rapport de domination dont la conséquence serait le « déséquilibre significatif » dans le contrat¹¹⁸⁸. C'est dans cet ordre d'idée que la Commission d'examen des pratiques commerciales estime que « *la caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente* »¹¹⁸⁹.

déloyales », *RDC* 2009/1, p. 128 et s. *Adde* D. Bosco, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *EDCO* 2008/5, p. 1 et s.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ Voir en ce sens, A.-S. Choné, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, éd. Economica, Paris : 2010.

¹¹⁸⁸ *Cf. supra* n° 495 et s.

¹¹⁸⁹ CEPC, rapport 2009-2010, p.159.

497. La notion de déséquilibre significatif dans les contrats entre partenaires commerciaux.

La notion de « déséquilibre significatif » est indissociable du droit de la consommation. Son analyse et sa compréhension passe forcément par les critères déjà posés par le droit de la consommation et notamment l'abondante jurisprudence sur les clauses abusives. En effet, l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce dispose qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cette disposition rappelle, par les termes employés, le texte sur les clauses abusives dans le Code de la consommation. L'article L. 212-1 du Code de la consommation parle également de « déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties »¹¹⁹⁰. Alors que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, qui n'exclut pas toute idée de domination d'un partenaire commercial par un autre, vise le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. De plus, le standard du déséquilibre significatif n'a pas le même objectif dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce que dans l'article L212-1 du Code de la consommation.

498. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

La place de l'abus de dépendance économique dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : La condition de la soumission. Pour pouvoir protéger un contractant faible contre un autre, il est évident que l'un doit se trouver réellement dans une situation de faiblesse dans son rapport avec son cocontractant.

Dans les relations contractuelles entre professionnels, on a pu démontrer que les petits professionnels, c'est-à-dire les petites et moyennes entreprises se trouvent très souvent dans cette situation de faiblesse¹¹⁹¹. Autrement dit, la situation de dépendance économique dans laquelle le petit professionnel, PME, se trouve peut amener le professionnel économiquement puissant à en abuser. Il faut donc qu'« *une unité de situation contractuelle (dépendance économique, impossibilité de négocier le contenu du contrat, déséquilibre significatif) soit soumise à une uniformité de traitement*

¹¹⁹⁰ Voir not. C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Paris : 2013, 485 pp.

¹¹⁹¹ S. Lorenz, « La protection contre les déséquilibres contractuels » in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schulz, G. Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 109 et s.

juridique et que les mêmes causes, quel que soit le statut économique du contractant, produisent les mêmes effets, que les mêmes clauses conduisent aux mêmes sanctions, indépendamment du statut juridique des contractants auxquels la clause litigieuse nuit ou profite »¹¹⁹².

S'il s'agit d'une justification de la protection des professionnels contre les clauses abusives dans le Code de commerce, ce dernier n'a pas pour objectif la protection du contractant faible.

499. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce-2.

En fait, à la lettre, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce concerne tout type de relation commerciale et le « déséquilibre significatif » est le seul critère permettant de caractériser la clause abusive dans le contrat commercial.

Autrement dit, la dépendance économique ne constitue pas un critère de protection du professionnel puisque l'objectif est d'assurer la libre concurrence au sein du marché. En effet, l'exigence de dépendance économique d'un contractant vis-à-vis de l'autre, pourrait être un garde-fou intéressant¹¹⁹³.

Cette disposition du Code de commerce est donc d'une application large et ne vise pas la protection d'un partenaire commercial dominé par rapport à un partenaire commercial dominant. Dès lors qu'un professionnel soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations qui entraînent un déséquilibre significatif, ce professionnel engage sa responsabilité.

500. La soumission d'un professionnel vulnérable à un professionnel économiquement puissant.

Or, le verbe « soumettre » ou l'expression « tenter de soumettre »¹¹⁹⁴ implique l'idée de dépendance d'un professionnel vis-à-vis d'un autre¹¹⁹⁵. Cet état de fait est illustré

¹¹⁹² D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *art. préc.*

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ Voir not. T. com. Paris 22 nov. 2011, CCC 2012, comm. 93, obs. Mathy: la pratique consistant pour un distributeur à demander à ses fournisseurs la restitution de sommes qu'il a été condamné à leur verser à la suite d'une décision de justice constitue une tentative de soumission à un déséquilibre significatif contrevenant à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Voir également, C. Grimaldi, « Clauses abusives et droit de la distribution » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2013, spécialement p. 87.

¹¹⁹⁵ V. not., T. com. Paris 22 nov. 2011, CCC 2012, comm. 93, obs. Mathy: la pratique consistant pour un distributeur à demander à ses fournisseurs la restitution de sommes qu'il a été condamné à leur verser à la suite d'une décision de justice constitue une tentative de soumission à un déséquilibre significatif contrevenant à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Voir également, C. Grimaldi, « Clauses abusives et droit de la distribution » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2013, spéc. p. 87.

par un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁹⁶. En l'espèce, d'abord, la Cour de cassation retient que l'article L 442-6, I, 2° du Code de commerce « peut s'appliquer à un contrat type proposé à des fournisseurs ». Dans ce cas, le déséquilibre significatif ne résulte pas que de l'absence de négociation, mais peut exister dans le contrat qui n'est pas librement négocié¹¹⁹⁷.

Pour certains, le nouvel article 1110 du Code civil ne distingue pas uniquement le contrat de gré à gré du contrat d'adhésion, mais ce texte oppose aussi le contrat de gré à gré, librement négocié, du contrat de dépendance, non librement négocié¹¹⁹⁸. En outre, la Cour de cassation admet que dans certains domaines, comme celui de la grande distribution, il existe ce qui ressemble fort à une présomption de « soumission » du fournisseur à un déséquilibre significatif¹¹⁹⁹. Ce dont il résulte que « la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ».

Toutefois, la Cour de cassation admet que cette présomption est simple et peut être renversée par la preuve que certains fournisseurs, « à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de la négociation ». Il en résulte que si la négociation n'est pas dirigée par un partenaire économique puissant, le contrat que cette négociation engendre est forcément équilibré.

Il résulte de ce texte une présomption de faute visant un comportement facile à repérer « obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu » et suivant quelques exemples correspondant à la périphrase de la célèbre affaire Cora et de la pratique dite de la « corbeille de la mariée »¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28013, Carrefour c/ ministre de l'Economie, D. V. en ce sens, M. Behar-Touchais, « Du nouveau sur la condition de « soumission » à un déséquilibre significatif », *L'Essentiel droit des contrats* 2017, n°1, p. 2 et s.

¹¹⁹⁷ Cf. *supra* n° 178 et s.

¹¹⁹⁸ M. Behar-Touchais, « Du nouveau sur la condition de « soumission » à un déséquilibre significatif », *art. précit.*

¹¹⁹⁹ M. Behar-Touchais, *Loc. cit.*

¹²⁰⁰ Cons. conc., déc. n°93-D-21, 8 juin 1993.

501. La « fausse coopération commerciale »

Ce texte vise ainsi à lutter contre ce qu'on appelle parfois la « fausse coopération commerciale », ce qu'illustre l'explication donnée par la deuxième partie du texte: « *Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat* », c'est à dire l'obtention d'avantages tarifaires qui n'ont pas vraiment de contrepartie et qui se fondent sur le souci du distributeur de pouvoir revendre à bas prix sans perdre de marge bénéficiaire¹²⁰¹.

Dans l'affaire Intermarché, la Cour de cassation avait considéré qu'une relation contractuelle est présumée équilibrée parce que chaque prestation d'un contrat est considérée comme équivalente des prestations réciproques, de sorte que la cause d'une obligation est toujours présumée et que la lésion n'est qu'exceptionnellement contrôlée¹²⁰².

Or, les enjeux et les fondements du droit de la concurrence, fondé pour l'essentiel sur les prix et sur l'analyse économique des relations contractuelles, dépassent souvent les critères contractuels et l'on observe que l'article L. 442-6, I, 1^o, a) du Code de commerce répondrait aujourd'hui aux faits d'espèce de façon exactement similaire¹²⁰³: « *obtenir un avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ».

Son également visées les demandes d'alignement sur les conditions d'un « autre client », concurrent ou non. Ainsi, ce texte s'inscrit dans le mécanisme de l'exigence renouvelée selon laquelle la négociation ne doit être discriminatoire, c'est à dire, au sens de l'article L. 442-6, I, 1^o, a, sans contrepartie : un alignement « sec » est donc susceptible d'engager la responsabilité de son quémandeur. L'idée de doubler les règles du droit de la concurrence, complexes à mettre en œuvre, de la responsabilité civile laisse alors une impression de renoncement¹²⁰⁴.

La suppression de l'interdiction des discriminations par une méthode de lutte contre les clauses exagérées entre professionnels dans la mesure où la sanction est simplement la mise en œuvre de la responsabilité civile est en somme l'objectif réelle de l'article L. 442-6, I, 2^o du Code de commerce.

¹²⁰¹ D. Mainguy, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, 2e éd., LexisNexis, Paris 2015, n° 208.

¹²⁰² Cass. com., 5 déc. 2000 : *RJDA* 2001, n°511.

¹²⁰³ D. Mainguy, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, 2e éd., LexisNexis, Paris 2015, n° 208.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

Il convient de souligner que si la prise en compte de la dépendance économique pour cause de relations d'affaires apparaît de plus en plus nécessaire, cela est considéré comme un système de protection généralisée et indifférenciée des petites et moyennes entreprises liées par contrat à une grande entreprise, victimes certes nombreuses mais nécessaires au jeu de la concurrence¹²⁰⁵.

Aussi, la loi Hamon, a modifié la liste des pratiques susceptibles d'être sanctionnées au titre de l'article L. 442-6 du code de commerce. La liste des avantages susceptibles d'entrer dans le périmètre de l'article L. 442-6, I, 1° a tout d'abord été complétée. Cette liste couvre l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage quelconque correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

Concernant la communication des barèmes du fournisseur et la notion de « prix convenu », la loi Hamon a inclus dans la liste des pratiques de l'article L. 442-6 du code de commerce la pratique consistant à passer, régler ou facturer une commande à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du prix des barèmes unitaires mentionnés dans les conditions générales de vente¹²⁰⁶.

502. Une protection très circonstanciée du partenaire commercial faible.

Contrairement aux apparences, la protection du professionnel « faible » contre le déséquilibre significatif dans le Code de commerce est donc très circonstanciée.

À la différence du Code de la consommation qui ne prend pas en considération le pouvoir de négociation des cocontractants, dans le Code de commerce la protection n'est accordée qu'à la condition de la soumission du partenaire vulnérable. La lutte contre les clauses abusives vise essentiellement à protéger le contractant faible, dépendant, dominé contre les termes d'un contrat dont le contenu a été imposé ou n'a pas été négocié à arme égale. Nous pensons donc que, si par mégarde, un professionnel économiquement puissant se trouve pris au piège des clauses abusives, ce contrat devrait rester valide dans toutes ses dimensions¹²⁰⁷. « *Le déséquilibre est l'aléas du contrat* »¹²⁰⁸.

¹²⁰⁵ F. de Bouard, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., Paris : 2007, n° 513.

¹²⁰⁶ V. en ce sens, N. Ereseo, « L'encadrement par la loi Hamon des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs », *Gaz. Pal.*, 20/04/2014, n° 114 et s.

¹²⁰⁷ V. en ce sens, M. Béhar-Touchais, « Le choc des titans : Existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance la puissance d'achat de la grande distribution ? » in *Mélange Philippe Le Tourneau, 2008*, LGDJ, p. 53 et s.

¹²⁰⁸ L'expression est du Doyen Ripert, cité par R. SAINT-ESTEBEN dans « 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* 2009/3, p. 1275 et s.

C'est au seul profit de contractants professionnels vulnérables ou susceptibles de l'être que la protection contre les clauses abusives devrait être instaurée.

Nous pensons que c'est « *celui qui a conclu un contrat d'intérêt commun qui s'inscrit dans la durée et souscrit un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ou qui exerce son activité sous le signe distinctif de son partenaire ... c'est pour cette catégorie de professionnels, dépendants, dominés et donc vulnérables aux abus et excès en tout genre, que le législateur est intervenu ces vingt dernières années, notamment avec la loi du 4 août 2008* »¹²⁰⁹. En sommes, cette règle « *a été conçu en contemplation, non pas du contrat d'adhésion, mais du contrat de dépendance. Contrat de dépendance, dans lequel il ne s'agit plus de protéger contre les déséquilibres cachés dans le détail (consentement insuffisamment éclairé), mais contre les déséquilibres arrachés, souvent sur le principal (consentement imparfaitement libre)* »¹²¹⁰.

503. Le sens du déséquilibre significatif selon l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Le Conseil constitutionnel renvoie la définition du déséquilibre significatif à l'article L.212-1 du Code de la consommation et à l'appréciation qu'en fait la jurisprudence¹²¹¹. Or, le déséquilibre significatif semble avoir un sens plus large dans le Code de commerce qu'en droit de la consommation.

En dépit du fait que la Commission d'examen des pratiques commerciales peut être sollicitée pour avis dans l'appréciation de la pratique incriminée¹²¹², le contrôle de la lésion semble autorisé.

En effet, certains auteurs pensent que le déséquilibre significatif en droit de la concurrence autorise un contrôle des prix lésionnaires¹²¹³. Pour eux, il s'agit « *de contrebalancer, à la demande des grands distributeurs, la libre négociabilité des tarifs et conditions de vente* ».

Ainsi, la cour d'appel de Paris a estimé que « s'il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent

¹²⁰⁹ D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », art. préc. Voir dans le même sens, D. Mazeaud, « L'abus de dépendance en droit des contrats » in *Mélanges offerts à P. DIDIER*, Economica, Paris : 2008, p. 325 et s.

¹²¹⁰ F. Chénéde, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015/3, p.655 et s.

¹²¹¹ Société Système U Centrale Nationale et société Carrefour France SAS, Décision n° 2011-126 *QPC* du 13 mai 2011.

¹²¹² Article L. 442-6, III du Code de commerce.

¹²¹³ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, préface J. Ghestin, spéc. p. 558.

néanmoins examiner si les prix fixés par les parties contractantes créent ou non un déséquilibre »¹²¹⁴.

Les conditions de prix faites à un fournisseur, sur la base des prix déposés dans le cadre d'un appel d'offre ont ainsi été soumises au test du déséquilibre significatif¹²¹⁵. Il en a été de même des différences de tarifs pratiquées par un fournisseur à l'égard de ses distributeurs¹²¹⁶.

504. L'acceptation de la lésion dans le Code de commerce.

Le défaut d'adéquation entre le prix et le service rendu, qui n'est pas sanction en droit commun et en droit de la consommation, l'est dans le Code de commerce¹²¹⁷. Par exemple, une enseigne de distribution a été condamnée à rembourser, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, la moitié de sommes perçues pour des prestations en raison d'une « disproportion manifeste » entre sa rémunération et la valeur du service commercial qu'elle avait effectivement rendu¹²¹⁸.

Le déséquilibre ne s'apprécie pas au regard des « clauses » mais à l'égard des « obligations », ce qui est de nature, certes à permettre l'élimination des stipulations abusives, mais surtout à contrôler les obligations financières prévues dans le contrat¹²¹⁹. L'acceptation de la lésion qualifiée peut être se comprendre par le fait que le dispositif de lutte contre les clauses abusives dans le Code de commerce ne prévoit qu'une protection purement procédurale. L'objectif n'est pas tant l'élimination de la clause que la réalisation de la libre concurrence sur le marché.

505. Le dispositif de lutte contre les clauses abusives.

Le dispositif de lutte contre les clauses abusives de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. La clause abusive étant fondamentalement une clause qui n'est pas négociée¹²²⁰, la protection proposée par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne devrait concerner que les contrats d'adhésion, ou contrats pré rédigés. Or, le

¹²¹⁴ Paris, 23 mai 2013, SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté Ikéa SupplyAG, Min. Economie, Industrie et Emploi, RG n°12/01166, CCC 2013. Comm. 208, obs. Mathey ; *RTD com.* 2013. 500, obs. Chagny.

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ Versailles, 27 octobre 2011, SAS Dexxon Data Ledia c/ Sté droit allemand Fujifilm Recording Média GmbH, CCC 2012. Comm. 42, obs. Mathey.

¹²¹⁷ V. en ce sens, N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives », *D.* juin 2016.

¹²¹⁸ Paris, 19 janvier 2011, SA Compagnie des salines du Midi & des salines de l'Est (CSME) c/ Carrefour, RG n°07/22152, *JCP E* 2011. 1876, note Stoffel-Munck.

¹²¹⁹ *Ibid.* spéc. 192 et 193.

¹²²⁰ C. Grimaldi, « Clauses abusives et droit de la distribution » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2013, spéc. p. 88.

législateur vise, par ce texte, à protéger tout professionnel contre un déséquilibre significatif.

Cette protection nous paraît assez large et le texte de l'article L. 442-6, I, 2° semble aller plus loin que la protection mise en place contre les clauses abusives dans le droit de la consommation¹²²¹. L'analyse de la jurisprudence montre que les grands distributeurs, professionnels économiquement puissants, sont souvent, les débiteurs d'une telle protection, bien que la sanction ne soit pas l'élimination de la clause abusive.

506. Un dispositif en faveur des petites entreprises.

Si les professionnels économiquement puissants ne répugnent pas ce texte, du moins ils s'en méfient. Cela est illustré par deux questions prioritaires de constitutionnalité¹²²², sur le texte de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, notamment sur l'action du Ministre de l'économie¹²²³.

Ces questions avaient été soulevées par deux grandes centrales d'achats à savoir Système U et Carrefour France¹²²⁴. En effet, le Conseil constitutionnel fut saisi le 8 mars 2011 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Système U Centrale Nationale et la société Carrefour France SAS, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit en vertu des dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

Le Considérant 9 de la décision des sages stipule « qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contre l'ordre public ; ... que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causées, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; ... ».

Cette démarche des grands distributeurs contre l'action du Ministre de l'économie se comprend par le fait que sans cette action, l'effectivité de la protection des petits professionnels laissait à désirer.

¹²²¹ *Ibid.* p. 132

¹²²² Par exemple, sur les conditions de recevabilité d'une QPC, voir CE, 6 mars 2015, n° 373400, Comité Harkis et Vérité.

¹²²³ Pour une précision sur l'action du ministre du commerce relative à l'application de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, voir not. Béhar-Touchais, « Quand le tribunal de commerce d'Evry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif », *RDC* 2013/3, p.979 et s.

¹²²⁴ Société Système U Centrale Nationale et société Carrefour France SAS, Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011.

Autrement dit, l'action du ministre ne permet pas aux grands distributeurs d'utiliser à leur profit ce texte de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Toutefois, la sanction de l'abus reste l'allocation de dommages-intérêts.

507. La sanction de l'abus.

C'est « *la procédure qui assure à la disposition de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce une certaine effectivité, ce qui prouve encore que celle-ci est gage d'effectivité des droits substantiels* »¹²²⁵.

En effet, c'est l'action du Ministre de l'économie qui donne une effectivité au dispositif de protection institué par le Code de commerce. Autrement dit, l'action du ministre ne permet pas aux grands distributeurs d'utiliser à leur profit le texte de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. L'idée selon laquelle tous les professionnels sont égaux dans la négociation ou la conclusion d'un contrat, n'est pas justifiée dans les rapports « petit professionnel » et grande enseigne.

Par exemple, la petite boutique 8 à Huit, franchise de la société Carrefour, se trouve dans la même situation de faiblesse qu'un consommateur face à cette dernière. Sans l'action du Ministre de l'économie dans l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, il est clair que la protection serait très insuffisante¹²²⁶. En effet, les petits professionnels n'oseraient pas s'attaquer à une grande entreprise, parce qu'ils savent que leur action serait sans véritable résultat.

Un auteur pensait alors que « *les petites entreprises ne feront rien, parce qu'elles ont trop peur, elles se font « exécuter » immédiatement et même l'anonymat ne marche pas, semble-t-il, parce qu'on finit toujours par les retrouver... À dire vrai, le grand espoir des « petits (professionnels) », c'est l'action du ministre, car ils espèrent qu'il va faire le ménage, dans une logique d'intimidation* »¹²²⁷.

Nous partageons cet avis. Le moyen d'une véritable effectivité de la protection des petits professionnels c'est bien cette action du ministre. Il dispose des moyens et de l'autorité pour faire assurer cette protection des petits professionnels. Cette unanimité sur l'action du ministre est donc largement partagée, même en doctrine.

¹²²⁵ J.-B. Racine, « La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schulz, G. Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 130.

¹²²⁶ V. not. Note sous Conseil Constitutionnel, 18 mai 2016, décision 2016-542 QPC, *RJDA* 2016 n° 8, p. 654-656.

¹²²⁷ Les propos sont de Monsieur Thomas Genicon dans D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *art. préc.*

Bien sûr c'est essentiellement « *la grande distribution qui cause problème et c'est sur ce terrain que le ministre est attendu* »¹²²⁸.

Le texte reste donc très favorable au petit professionnel. « *Comme en droit des procédures collectives où l'on a découvert que les difficultés des entreprises n'étaient pas dues uniquement à leur incompétence, on a découvert en droit des contrats que les déséquilibres contractuels au détriment de professionnels n'étaient pas uniquement dus à une mauvaise appréciation par ceux-ci de leurs intérêts* »¹²²⁹.

Ainsi, la menace d'une amende civile extrêmement élevée pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros est dissuasive même pour les professionnels économiquement puissants. Le législateur ne semblait pas viser les petites entreprises en prévoyant une telle amende.

508. Une protection purement procédurale.

Néanmoins, la protection instituée par le Code de commerce pour lutter contre le déséquilibre significatif n'est qu'une « protection procédurale » fondée essentiellement sur l'action du Ministre de l'économie. C'est ce que montre une question prioritaire de constitutionnalité¹²³⁰ qui interrogeait sur le texte de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, notamment sur l'action du Ministre de l'économie¹²³¹.

Ainsi le Conseil constitutionnel avait été saisi le 8 mars 2011 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Système U Centrale Nationale et la société Carrefour France SAS, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit en vertu des dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. Le Conseil constitutionnel jugea ce texte conforme à la Constitution française.

Le Considérant 9 de la décision des sages retient :

« qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contre l'ordre public ; ... que, dans l'exercice de ce

¹²²⁸ D. Mazeaud, T. Genicon, *Loc. cit.*

¹²²⁹ J.-P. Racine, « La protection contre les déséquilibres contractuelles », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schulze, G. Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 133.

¹²³⁰ Par exemple, sur les conditions de recevabilité d'une QPC, voir CE, 6 mars 2015, n° 373400, Comité Harkis et Vérité.

¹²³¹ Pour une précision sur l'action du ministre du commerce relative à l'application de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, voir not. M. Behar-Touchais, « Quand le tribunal de commerce d'Evry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif », *RDC* 2013/3, p.979 et s.

pouvoir, cette autorité publique poursuit la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causées, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; ... ».

509. L'article L. 442-6, I, 3° du Code de commerce.

L'article L. 442-6, I, 3° du Code de commerce dispose qu'est prohibé 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 ».

Ce texte prohibe clairement le référencement abusif, une sorte de chantage au référencement, qui consiste à exiger des sommes toujours plus importantes, dites parfois « commissions de gestion » pour être référencé¹²³². La somme ou l'avantage tarifaire doit avoir une contrepartie pour que le référencement soit justifié.

Pour sa part, l'article L.442-6, I, 4° du même Code envisage le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ». C'est la même situation que dans l'article précédent, mais d'une façon inversée : il ne s'agit plus de réaliser une pression avant la conclusion d'un accord de référencement, mais au contraire de menacer de sa rupture¹²³³.

510. Le rôle déterminant de l'action du ministre du Commerce.

Une effectivité véritable de la protection des petits professionnels passe essentiellement par cette action du Ministre. Il dispose des moyens et de l'autorité pour faire assurer cette protection des petits professionnels. Cette unanimité sur l'action du ministre est donc largement partagée, même en doctrine. C'est donc « *essentiellement la grande distribution qui cause problème et c'est sur ce terrain que le ministre est attendu* »¹²³⁴. Néanmoins, la protection instituée par le Code de commerce pour lutter contre le déséquilibre significatif n'est qu'une protection procédurale ; comme cela a été illustré par une question prioritaire de constitutionnalité précitée. Le texte reste donc très

¹²³² D. Ferrier, « Les nouvelles règles de (dé)référencement », *CDE* 1996/5, p. 8 et s.

¹²³³ V. en ce sens, D. Mainguy, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, 2e éd., LexisNexis, Paris 2015, n° 210.

¹²³⁴ *Ibid.*

favorable au petit professionnel. « *Comme en droit des procédures collectives où l'on a découvert que les difficultés des entreprises n'étaient pas dues uniquement à leur incompétence, on a découvert en droit des contrats que les déséquilibres contractuels au détriment de professionnels n'étaient pas uniquement dus à une mauvaise appréciation par ceux-ci de leurs intérêts* »¹²³⁵.

Ainsi la menace d'une amende civile extrêmement élevée pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros est très dissuasive même pour les professionnels économiquement puissants. Le législateur ne semblait pas viser les petites entreprises en prévoyant une telle amende. La sanction contre la clause abusive n'est donc pas la même. Si en droit de la consommation, la clause est réputée non écrite, la sanction de l'abus en droit de la pratique restrictive de concurrence n'est pas la suppression de la clause mais la responsabilité de celui qui en est l'auteur¹²³⁶.

§2. LA PROTECTION DU PETIT PROFESSIONNEL DANS LES PRATIQUES ANTI-CONCURRENTIELLES

511. Le droit de la concurrence.

En droit de la concurrence, généralement l'objectif n'est pas de protéger un contractant faible contre un autre, fut-il un partenaire commercial, mais d'assurer le bon fonctionnement du marché. La protection du petit professionnel faible n'est qu'une conséquence logique, une incidence, de cet objectif poursuivi.

Or, la clause abusive porte incontestablement atteinte à l'équilibre du marché, au bon fonctionnement de celui-ci. Cela est le plus souvent le cas des ententes et de l'abus de position dominante.

Ce sont les articles L. 420-1 et L. 420-2 al. 1 du Code de commerce qui prévoient, en droit interne, la sanction de ces pratiques anticoncurrentielles ; alors qu'en droit européen, ce sont les articles 101 et 102 TFUE.

L'entente et l'abus de position dominante sont des pratiques ou des opérations qui portent atteintes aux mécanismes de la concurrence et ils peuvent se manifester sous diverses formes ; mais produisent toujours des effets similaires : ils affectent gravement le bon fonctionnement du marché.

¹²³⁵ J.-P. Racine, « La protection contre les déséquilibres contractuelles », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, op. cit., spéc. p. 133.

¹²³⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommations, Règles communes*, op. cit., spéc. p. 193.

Ce sont des pratiques qui faussent, restreignent ou suppriment la concurrence sur le marché. Néanmoins, contrairement aux ententes qui peuvent émaner d'organismes qui n'offrent pas eux-mêmes des biens ou des services sur le marché, un abus de position dominante, selon les termes mêmes de l'article L. 420-2, est nécessairement le fait d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises¹²³⁷. Il faut donc distinguer, l'entente (A) de l'abus de position dominante (B).

A. La protection du petit professionnel contre les abus dans les ententes anticoncurrentielles

512. L'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que:

« Sont prohibées même par l'intermédiaire directe ou indirecte 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;

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° Repartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

Il faut préciser qu'en droit européen, la pratique anticoncurrentielle ne sera sanctionnée que si elle est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

Cette condition a été précisée dans la communication n° 2004/C 101/07 de la Commission du 27 avril 2004 et portant Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (devenus les articles 101 et 102 du TFUE).

Le paragraphe 1 de l'article 101 TFUE dispose que *« sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet*

¹²³⁷ J. Vogel, L. Vogel, « La sanction de l'abus de position dominante commise par une entreprise », *L'Essentiel droit des contrats* 2017, n°4, p. 5 et s.

d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, ... ».

L'entente suppose un véritable accord entre les parties en cause¹²³⁸. En conséquence, elle ne saurait résulter de la simple application de conditions de vente et donc de l'acceptation des conditions de vente par les acheteurs¹²³⁹, ni de l'application de conditions injustifiées par un fournisseur du fait de la pression exercée par le distributeur¹²⁴⁰ et donc, la participation, sous une menace de boycott, à une pratique anticoncurrentielle ne constitue pas une entente¹²⁴¹; la contrainte étant cependant appréciée de manière restrictive¹²⁴².

Pour la jurisprudence européenne, « *il convient de rappeler que, pour l'application de l'article 85 (101 TFUE), §1, du Traité CEE, il suffit que la stipulation mise en cause soit l'expression de la volonté des parties. Il n'est pas nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire valide selon le droit national* »¹²⁴³.

Cette volonté, précisent d'autres arrêts, doit être relative au comportement des entreprises sur le marché : « *Pour qu'il y ait accord, au sens de l'article 85 du traité CEE (101 TFUE), il suffit que les entreprises aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »¹²⁴⁴.

L'accord en cause peut donc prendre diverse forme ; par exemple un vaste accord entre les organismes prêteurs dans le secteur du crédit immobilier a été considéré comme établi par « *un faisceau d'indices graves, précis et concordants* »¹²⁴⁵.

513. Entente et abus de position dominante.

Si l'entente, tout comme l'abus de position dominante, permet à certaines conditions de sanctionner les clauses abusives, le recours à l'entente apparaît le plus facile. Une clause suppose souvent une pratique concertée et donc une « entente », sans que n'ait à être en plus caractérisée la position dominante de l'auteur de l'abus.

En revanche, si la sanction d'un abus de position dominante touche l'auteur de l'abus, la sanction d'une entente conduira à sanctionner d'abord toutes les parties à l'accord,

¹²³⁸ Cass. com., 7 avril 1998 : BOCC 2 mai 1998.

¹²³⁹ Cass. com., 12 oct. 1993, JVC Vidéo : BOCC 15 janvier 1994.

¹²⁴⁰ Cons. conc., 9 mai 1995, Sté Rallye: CCC. 1995, comm. 146, obs. L. Vogel.

¹²⁴¹ Cons. conc., déc. n°90-D-35, 9 oct. 1990: CCC. 1991, comm. 40, obs. L. Vogel.

¹²⁴² Cass. com., 7 avril 2010, n°09-11853 : CCC. 6/2010, n°163, Obs. G. Decocq.

¹²⁴³ CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz c/ Commission, aff. C-277-87, R, 1-45.

¹²⁴⁴ TPI, 24 octobre 1991, Petrofina c/ Commission, aff. T-2/89.

¹²⁴⁵ Conseil de la concurrence, décision n°2000-D-28 du 19 septembre 2000 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier, BOCCRF n° 13 du 5 décembre 2013.

y compris la partie faible¹²⁴⁶. C'est pourquoi, pour protéger ce dernier, la jurisprudence considère que la partie faible n'avait en réalité pas consenti librement, en sorte qu'il n'y avait pas d'entente constituée, ou bien, plus fréquemment, à ne pas ou peu sanctionner cette partie faible¹²⁴⁷.

L'avantage de la sanction de l'entente, c'est qu'elle aboutit à l'éradication des clauses abusives ; cela est le plus souvent le cas dans les contrats de distribution. L'abus consistera le plus souvent dans l'octroi de remises sous conditions que leur bénéficiaire applique les prix de revente qui lui sont indiqués¹²⁴⁸, ou limite sa liberté d'approvisionnement¹²⁴⁹ et dans un traitement discriminatoire ou un refus de vente injustifiés.

514. Le contrat litigieux.

Très souvent, le contrat litigieux sera un contrat d'approvisionnement exclusif souscrit par le distributeur qui l'oblige à acquérir les produits d'un fournisseur en vue de leur commercialisation, à l'exclusion des produits concurrents, voire à l'exclusion de tout autre produit qu'il soit ou non concurrent¹²⁵⁰. Il peut s'agir d'un contrat d'achat exclusif, qui est une convention distincte de la vente, dans la mesure où les parties conviennent « *d'assurer entre elle un courant d'affaires dont elles prévoient certaines modalités générales mais point le quantum précis, ni toutes les conditions* »¹²⁵¹.

L'accord d'exclusivité d'approvisionnement consiste pour l'un des contractants à s'engager vis-à-vis de l'autre à acheter dans le but de la revente les produits spécifiés uniquement à cette entreprise ou à toute entreprise chargée de distribuer ses produits qu'elle désigne (filiale ou entreprise tierce). L'accord de fourniture exclusive oblige un fournisseur à livrer sa production à un acheteur unique chargé de la commercialiser.

Il peut prendre la forme d'une obligation directe de fourniture exclusive qui contraint le fournisseur à ne vendre le bien qu'à un seul acheteur pour la revente ou un usage particulier, ou d'une obligation indirecte d'imposition de quotas aux termes de laquelle le fournisseur est incité par des mesures particulières à réaliser l'essentiel de ses ventes

¹²⁴⁶ C. Grimaldi, *art. préc.*

¹²⁴⁷ V. en ce sens, Com. 7 avril 1998, *Rallye*, *Bull. civ. IV*, n° 127; Cons. Conc. Décision n° 93-D-49 du 16 novembre 1993, *relative à des pratiques relevées sur le marché de la distribution du matériel et des fournitures dentaires*.

¹²⁴⁸ Cons. conc., décision n° 95-D-62, 26 sept. 1995, *Bandai*, *Caves de Roquefort*: CCC. 2004, comm. 95, obs. M. Malaurie-Vignal.

¹²⁴⁹ Cons. conc., déc. n° 04-D-13, 8 avril 2004.

¹²⁵⁰ D. Ferrier, N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 7e éd., LexisNexis, Paris: 2014, n° 546 et s.

¹²⁵¹ A. Seube, *Le contrat de fourniture*, thèse Montpellier, 1975.

auprès de l'acheteur¹²⁵². Un accord d'approvisionnement exclusif peut présenter un caractère anticoncurrentiel par ses effets¹²⁵³ dès lors qu'il limite l'accès au marché des concurrents du fournisseur¹²⁵⁴. L'illustration la plus connue en droit interne est celle de l'affaire des cuves de pétrole.

515. Exemple.

En l'espèce, un couple de particuliers a conclu avec la société Total un contrat d'approvisionnement exclusif de carburant. Le contrat stipulait que lorsque les livraisons successives auraient atteint une quantité déterminée de produits, celui-ci prendrait fin ; le concessionnaire devant alors restituer au concédant le matériel de stockage prêté par ce dernier et installé dans le sous-sol de la station.

En mai 1983, les quantités stipulées ont été atteintes mais les parties ont poursuivi leurs relations commerciales jusqu'au 20 juin 1984. À cette date, les époux concessionnaires ont manifesté leur intention de ne pas renouveler le contrat et ont refusé de restituer le matériel en offrant en contrepartie d'en payer la valeur résiduelle.

Les époux ont alors formé une demande de nullité de la clause de restitution en nature du matériel d'installation. Ils furent déboutés par la cour d'appel au motif que la société Total poursuivait l'exécution de la clause contractuelle, sans laquelle une marque concurrente, dispensée des investissements et des travaux que la compagnie a dû supporter pour la vente de ses carburants, bénéficierait d'un avantage injustifié.

La Cour de cassation avait censuré cette décision aux motifs que « *l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui était fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs* ».

516. Sens de de l'arrêt.

Cette décision appelle quelques précisions. D'abord, du point de vue du contrat de prêt stricto sensu, la restitution est de l'essence du commodat, c'est à dire du prêt à usage.

¹²⁵² L. Vogel, J. Vogel, Droit de la distribution, Droits européen et français, Tome 2, LawLex/Bruylant, Paris: 2015, n°49.

¹²⁵³ CJCE, 28 février 1991, Delimitis c/Henning Beau (AG), aff. C-234-89; RTD com. 1992, 296, obs. BOLZE, RTD sur., 1991, 494, obs. KOVAR.

¹²⁵⁴ Décision Comm. CE n°78-172 du 21 décembre 1977, Epices, LawLex024115.

Cette caractéristique du contrat de prêt à usage exclut que l'emprunteur puisse se libérer en restituant un équivalent; pour les choses consommables la question est plus délicate¹²⁵⁵.

Dans le prêt à usage donc, le prêteur ne cesse jamais d'être propriétaire et la restitution par équivalent n'est donc pas admise. Une clause contraire du contrat n'est pas en soi illicite, mais dans ce cas il ne s'agirait plus d'un prêt à usage. Ensuite, il faut revenir au cas particulier de l'espèce, où la clause est le résultat d'une entente, entre un professionnel dominant et des petits professionnels faibles, qui vise clairement à fausser la concurrence au détriment des autres fournisseurs et mêmes de la partie faible. La question qui se posait en l'espèce était de savoir si un revendeur de carburant qui désire changer de fournisseur avait l'obligation de restituer en nature des cuves dont l'extraction est coûteuse ou si ce revendeur pouvait restituer l'équivalent. Se fondant sur la nature du prêt à usage, la jurisprudence a d'abord imposé une restitution en nature même lorsque son coût était élevé¹²⁵⁶. Aussi, si le droit de la concurrence et le droit des contrats sont susceptibles de présenter une certaine complémentarité, voire une harmonie, il n'en demeure pas moins que le premier exerce une emprise sur le second, une emprise qui se manifeste par exemple dans la soumission des contrats à la prohibition des ententes¹²⁵⁷.

C'est donc, incontestablement le droit de la concurrence qui a modifié les choses. Parce que le coût de cette restitution dissuade le pompiste de changer de fournisseur et freine ainsi la libre concurrence, le Conseil de la concurrence a imposé aux pétroliers de modifier leurs contrats en prévoyant une restitution par équivalent¹²⁵⁸ et la Cour de cassation a entériné cette exigence en répétant non écrite la clause de restitution en nature¹²⁵⁹.

517. Le droit des ententes.

C'est aussi par le biais du droit des ententes que de nombreuses clauses susceptibles d'être déclarées abusives sont abordées et concernent notamment les restrictions territoriales, les restrictions de ventes sur internet, les obligations de non-concurrence

¹²⁵⁵ A. Benabent, *Contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 2016, n° 463 et s.

¹²⁵⁶ Com. 22 juillet 1986, *Bull. IV*, n° 182 et 183 ; Com 6 janvier et 10 février 1988, *D.* 1988, Son. 21, obs. Ferrier.

¹²⁵⁷ V. en ce sens, J. Mestre, B. Fages, « L'emprise du droit de concurrence sur le contrat », *RTD Com.* 1998, p. 71 et s. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des contrats*, Dalloz, 2004.

¹²⁵⁸ Conseil de la concurrence, 29 septembre 1987, *D.* 1988, Son. 295, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac, confirmée par Paris, 5 mai 1988, *JCP*, éd. E, 88.17475, solution reprise et consacrée par Com., 18 février 1992, *JCP* 92.II 21897, note Béhar-Touchais ; CCC. 1992.113, obs. Leveneur.

¹²⁵⁹ V. en ce sens, A. Bénabent, *op. cit.* n° 417.

post-contractuelles, voire les droits de préférences fréquemment consentis au profit du franchiseur par le franchisé, spécialement dans le secteur de la grande distribution¹²⁶⁰. Ainsi, dans un arrêt le 1er juillet 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation reprochait à une cour d'appel d'avoir déclaré licite la clause par laquelle un franchisé s'obligeait envers son franchiseur « à respecter autant que faire se peut » les marges bénéficiaires décidées par ce dernier. Aux juges du fond qui avaient observé que ces marges ne pouvaient dès lors être considérées que comme « des marges conseillées à titre indicatif », la Haute juridiction répond que la clause en question « *avait bien pour effet de dissuader les entreprises appartenant au réseau mis en place par la société T. de procéder à la fixation autonome de leur prix* » et qu'elle tombait dès lors sous le coup de l'article 7-1° de l'ordonnance du 1er décembre 1986¹²⁶¹.

518. Arrêt du 4 janvier 1994.

Dans un autre arrêt rendu le 4 janvier 1994, un chauffeur de véhicule soumis à une clause de non-concurrence¹²⁶² après la résiliation du contrat qui lui permettait d'utiliser les services d'un central radio exploité par son cocontractant.

La clause lui interdisait, en cas de résiliation du contrat « d'exploiter directement ou indirectement une activité similaire et particulièrement l'activité de taxi à Versailles-Le-Chenay-Rocquencourt-Buc, pendant une période de trois ans, dans un rayon de trente kilomètres à vol d'oiseau de la mairie de Versailles ».

La cour d'appel de Versailles avait fait droit à la demande en dommages-intérêts pour concurrence déloyale de la société 3V. Elle affirmait alors que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'en l'espèce, la clause combattue est limitée dans le temps et dans l'espace, et que la licéité des restrictions aux libertés individuelles qu'elle stipule est reconnue ». La chambre commerciale de la Cour de cassation censura sous le visa de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 aux motifs qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher comme il lui était demandé, si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »¹²⁶³.

¹²⁶⁰ V. en ce sens, Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

¹²⁶¹ V. en ce sens, *Contrats, Conc. Conso.* 1993, n° 154, obs. L. Vogel.

¹²⁶² Sur cette notion et ses implications, v. not. M. Depincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009, p. 259 et s.

¹²⁶³ *Ibid.*

519. Un autre exemple.

Dans un arrêt du 1^{er} 1994, la société *Auda* avait confié en 1978 à la société Cabinet Roux l'expertise de ses bâtiments et de son matériel pour une durée de dix ans.

En 1994, la société Auda fût victime d'un incendie, mais eût recours aux services d'un autre expert. Le cabinet Roux l'assigna en paiement du montant de la clause pénale prévue au contrat. Le défendeur se prévalût du droit à la concurrence et plus précisément de l'article 37-1^o-c de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix. Il faisait valoir que la clause litigieuse devrait « être assimilée à la pratique de prix illicites le fait pour tout producteur, commerçant, industrielle ou artisan...de subordonner...la prestation d'un service quelconque à la prestation d'un autre service ». Les juges du fond refusèrent cette analyse en considérant que « la société Auda s'était liée en pleine liberté contractuelle sans qu'il puisse être fait grief au cabinet Roux de lui avoir imposé une clause quelconque ».

Or, la Cour de cassation censura cet arrêt aux motifs qu'« en se déterminant ainsi, alors qu'est illicite le fait pour un professionnel de subordonner la prestation d'un service à l'acceptation de la prestation d'un autre service, comme tel était le cas en l'espèce, et sans qu'il y eu lieu de rechercher si la société Auda avait donné librement son accord à la clause d'exclusivité incluse dans la convention litigieuse, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article » 37-1^o-c précité.

520. Clauses d'exclusivité.

Par ces différents arrêts on remarque avec quelle habileté la Cour de cassation fait tomber avec une certaine facilité des clauses d'exclusivité contenues dans les contrats-cadres entre professionnels. Ainsi, une interprétation extensive des dispositions du droit de la concurrence permet de supprimer bon nombre de clauses abusives ou illicites¹²⁶⁴; ce qui est une œuvre louable lorsqu'il s'agit de préserver une certaine égalité entre des cocontractants professionnels.

Cependant, il faut relativiser ce propos, car dans certains cas, l'autorité de la concurrence considère que les droits de préemption n'avaient pas un caractère anticoncurrentiel, dans la double mesure où le distributeur pouvait poursuivre une activité concurrente et que les concurrents, en général, pouvaient continuer à se

¹²⁶⁴ J. Mestre, « De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat », *RTD civ.* 1994, p. 349 et s.

développer sur le marché¹²⁶⁵. Ces règlements d'exemption sont prévus aux articles L.420-4 du Code de commerce et 101§3 TFUE.

521. Accords d'approvisionnement exclusif.

Avant l'adoption du règlement 2790-1999, les accords d'approvisionnement exclusif relevaient du règlement d'exemption par catégorie 1984-83 du 23 juin 1983. Ce texte visait les accords « *auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels le revendeur s'engage vis à vis du fournisseur à n'acheter dans le but de la revente qu'à celui-ci, à une entreprise liée à lui ou à une entreprise tierce qu'il a chargé de la distribution de ses produits* ».

L'exclusivité d'approvisionnement n'était exemptée qu'à la condition d'être limitée à cinq années. Le règlement 330-2010 qui a remplacé le précédent a mis fin à ces particularités en visant tous les accords entre entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production et de distribution et l'objet est l'achat, la vente ou la revente de certains biens et services¹²⁶⁶.

Les contrats d'approvisionnement ou de fourniture exclusive peuvent bénéficier d'une exemption individuelle lorsqu'ils remplissent les conditions cumulatives fixées à l'article 101, §3, TFUE. Selon ce texte, « *toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:*

- *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
- *à toute décision ou catégorie de décisions d'association d'entreprises et*
- *à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées,*
qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits et à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans
 - a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,*
 - b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence* ».

¹²⁶⁵ Autorité de la concurrence, Décision n° 13-D-19 du 29 octobre 2013, relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés Sapec et Weldom dans le secteur du bricolage, des loisirs liés à la maison et à la revente de matériaux de construction et d'éléments d'équipement de l'habitat.

¹²⁶⁶ V. en ce sens, L. Vogel, J. Vogel, *Droit de la distribution, Droits européen et français*, Tome 2, LawLex/Bruylant, Paris : 2015, n°53.

522. Droit interne.

En droit interne, des dispositions analogues sont prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce, lequel prévoit que: « *I- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L. 420-2 les pratiques:*

- 1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;*
- 2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.*

II- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris avis conforme de l'Autorité de concurrence ».

523. L'exemption individuelle.

Selon les autorités de contrôle, l'exemption individuelle exige que l'obligation de non-concurrence ou d'achat exclusif apporte des améliorations à la distribution et compense ainsi les discriminations de prix supportées par le distributeur¹²⁶⁷. Aussi, les lignes directrices énumèrent les cas où l'obligation de non-concurrence ou la fourniture exclusive sont susceptibles de produire des gains d'efficience.

Ainsi, l'obligation de non-concurrence peut être justifiée pour faire obstacle au parasitisme auquel est exposé le fournisseur qui investit dans la promotion sur le lieu de vente de l'acheteur¹²⁶⁸ ou lorsque le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur¹²⁶⁹. Le

¹²⁶⁷ TPICE, 21 mars 2002, Joynson, aff. T-231-99 ; RTD com., 2002, 749, obs. Poillot-Peruzzetto ; LPA, 3 juillet 2003, 65, note Malaurie-Vignal.

¹²⁶⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt 107, a).

¹²⁶⁹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt 107, h). V. en ce sens, L. Vogel, J. Vogel, Droit de la distribution, Droits européen et français, Tome 2, LawLex/Bruylant, Paris : 2015, n°54.

contrat peut aussi être déséquilibré entre cocontractants professionnels dans les situations particulières comme celles caractérisées par un abus de position dominante.

B- La protection du petit professionnel contre l'abus de position dominante

524. L'article 102 TFUE.

L'article 102 TFUE dispose qu'« *est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». La position dominante peut être individuelle ou collective puisque le texte précise qu'elle est détenue par « une ou plusieurs entreprises ».

L'essentiel de cette disposition est repris par l'article L. 420-2 al. 1er du Code de commerce qui prévoit qu'« *est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci...* ». Le renvoi à l'article L. 420-1 veut dire que l'exploitation abusive d'une position dominante touchée par la prohibition est celle qui a « *pour objet out (peut) avoir effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »¹²⁷⁰.

Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché en aval, toute obligation de vendre exclusivement ou principalement ses produits à l'acheteur dominant est susceptible de produire des effets anti-concurrentiels sensibles. Au-delà du seuil de position dominante, la Commission exclut qu'un accord d'approvisionnement exclusif ou de fourniture exclusive puisse produire des gains d'efficience¹²⁷¹. Par exemple, un contrat d'approvisionnement exclusif peut tomber sous le coup de l'article 102 TFUE, notamment s'il est conclu pour une longue durée ou quand il impose une période de préavis excessive¹²⁷².

525. L'exploitation d'une position dominante.

Aussi bien, en droit interne comme en droit de l'Union européenne, la connotation de l'exploitation d'une position dominante s'opère-t-elle, par la force des choses et en

¹²⁷⁰ A. Decocq, G. Decocq, Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne, 7e éd., L.G.D.J., Paris 2016, n°276.

¹²⁷¹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, pas 194 s.

¹²⁷² Décision Comm. CE n° 91-299 du 19 décembre 1990, Solvay, LawLex03694.

dépit de la distinction apparente entre la question de la caractérisation de la pratique et celle de son éventuelle justification, de manière synthétique et en un seul temps¹²⁷³.

Sans doute, l'exploitation d'une position dominante conforme à une loi échappe-t-elle à la prohibition¹²⁷⁴, mais, par définition, si elle est prescrite par la loi, elle ne peut constituer un abus¹²⁷⁵. Le fait pour une entreprise dominante de distribuer ses produits par le biais d'un réseau de distribution exclusive n'est pas, en soi, contraire aux règles de la concurrence¹²⁷⁶.

Cependant l'exigence d'exclusivité peut caractériser l'exploitation abusive d'une position dominante lorsqu'elle s'inscrit dans une politique commerciale et prix à l'égard des revendeurs fondée dans un système complexe de remises, ristournes et/ou avantages financiers divers ayant pour objectif leur fidélisation et la conversion par le fournisseur de ses parts de marché¹²⁷⁷ ou lorsque l'entreprise en position dominante profite de l'extrême dépendance de ses partenaires pour leur imposer des clauses restrictives de concurrence dans ses contrats de distribution exclusive¹²⁷⁸.

526. L'abus de position dominante.

L'abus de position dominante suppose qu'une ou plusieurs entreprises occupent une position dominante sur le marché intérieur de l'Union ou le marché intérieur de la France, selon le texte applicable, soit sur une partie substantielle de l'un ou de l'autre de ces marchés, ensuite, que la ou les entreprises en cause aient exploité abusivement cette position dominante¹²⁷⁹.

En somme, en droit Français comme en droit européen, ce n'est pas la position dominante qui est sanctionnée mais le comportement abusif de l'entreprise ou du groupe d'entreprises qui la détient¹²⁸⁰. Par exemple le franchiseur qui se réserve, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une entreprise tierce dans le cadre de ses activités sur un marché voisin, se rend coupable d'abus. Il

¹²⁷³ A. Decocq, G. Decocq, Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne, 7e éd., L.G.D.J., Paris 2016, n°277.

¹²⁷⁴ CE, 14 juin 2000, FFSA, req. n°198564.

¹²⁷⁵ A. Decocq, G. Decocq, Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne, 7e éd., L.G.D.J., Paris 2016, n°277 *in fine*.

¹²⁷⁶ L. Vogel, J. Vogel, Traité de droit économique Tome 2, Droit de la distribution, Droit européen et Français, LawLex/ Bruylant, 2015, n° 68 et s.

¹²⁷⁷ Décision comm. CE n°2002-405 du 20 juin 2001, PO/Michelin, LawLex023062.

¹²⁷⁸ TPICE, 22 novembre 2001, Amministrazione Autonoma de Monopoli du Stato (AAMS), aff. T-139-98, LawLex023533.

¹²⁷⁹ *Ibid.* 278.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

en est ainsi lorsque le franchiseur restreint la liberté des franchises dans la gestion informatisée des magasins¹²⁸¹.

Lorsqu'une entreprise détient un monopole de droit ou de fait, les autorités européennes paraissent se satisfaire de la seule constatation de celui-ci pour conclure à l'existence d'une position dominante¹²⁸². Ainsi, l'opérateur qui détient un monopole légal se trouve en position dominante¹²⁸³; la solution est identique lorsque l'entreprise dispose d'un monopole de fait¹²⁸⁴.

La notion de position dominante ne se limite pas aux situations de monopole mais s'étend aux hypothèses de quasi-monopole. Par exemple, des parts de marché extrêmement importantes constituent par elle-même, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve d'une position dominante¹²⁸⁵.

Il en est ainsi, lorsque l'entreprise en cause détient une part de marché de 91, 8%¹²⁸⁶, de 85% et exerce une influence sur certains autres producteurs, qui suivent une politique de vente identique à la sienne vis à vis des négociants¹²⁸⁷. La notion comporte donc trois éléments: une entreprise ou un groupe d'entreprises auteurs, un marché susceptible d'être dominé, un comportement abusif qui consiste à dominer ce marché.

527. Le comportement abusif.

Concernant plus spécifiquement le comportement abusif, il peut découler de pratiques illicites per se (vente discriminatoire, refus de vente ou, dans certains cas, rupture abusive des relations commerciales antérieures), de pratiques commerciales habituelles mais abusives du fait de la domination du marché, de la politique tarifaire de l'entreprise, de prix prédateurs ou encore de clauses imposées. Il existe donc deux formes d'abus, la source de l'illégalité n'est pas la même. Dans l'hypothèse d'un abus de comportement, le caractère abusif découle d'éléments intrinsèques à l'action de l'entreprise¹²⁸⁸. Il réside dans un acte d'exploitation qui n'a pu être adopté que grâce à l'utilisation par l'entreprise de sa position dominante.

¹²⁸¹ Douai, 11 octobre 1990, LawLex0275.

¹²⁸² Décision Comm. CE n°84-379 du 2 juillet 1984, LawLex024074 ; TPICE, 21 octobre 1997, Deutsche Bahn (AG), aff. T-229-94, LawLex, Europe, 1997, n°390, obs. Idot ; JCP E, 1998, chron. 968, obs. Gavalda et Parléani.

¹²⁸³ Décision Comm. CE n° 75-75 du 19 décembre 1974, LawLex024133.

¹²⁸⁴ V. not., Décision Comm. CE n°72-457 du 14 décembre 1972 ; CJCE, 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano, aff. 6 et 7-73.

¹²⁸⁵ CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co, aff. 85-76, LawLex024107.

¹²⁸⁶ Décision Comm. CE n°88-501 du 26 juillet 1988, LawLex024035.

¹²⁸⁷ Décision Comm. CE n°73-109 du 2 janvier 1973, LawLex024142.

¹²⁸⁸ Vogel, droit de la concurrence, n° 151 et s.

L'abus de comportement « peut ainsi consister dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie »¹²⁸⁹, que seule une entreprise dominante est capable de mettre en œuvre. En revanche, c'est l'effet d'exclusion qu'il produit qui seul caractérise l'abus de structure¹²⁹⁰.

L'abus de structure, encore appelé « abus d'exploitation » n'est pas déduit des caractéristiques du comportement de l'entreprise dominante, mais de l'importance des effets restrictifs produits sur le marché. Ainsi, un comportement licite lorsqu'il est adopté par une entreprise non dominante devient illicite dans le cas d'une entreprise dominante¹²⁹¹.

En somme, alors que l'abus de comportement est un comportement abusif par sa source, l'abus de structure est un comportement abusif par son effet¹²⁹². Cela ne signifie pas que l'abus de comportement implique une intention de nuire ou qu'il doive être de quelque façon moralement répréhensible. La notion d'abus est, quelle que soit sa forme, une notion objective¹²⁹³. Il doit porter une atteinte « sensible » à la concurrence¹²⁹⁴.

528. Exemple 1.

Les exemples d'abus en matière de distribution sont nombreux. Ainsi le fait pour l'entreprise en position dominante d'imposer des conditions discriminatoires, d'imposer des prix de revente, de proposer des offres de couplage, d'interdire l'accès à une « structure essentielle », de limiter la liberté des distributeurs par des contrats d'approvisionnement exclusif peut constituer une pratique abusive au sens de l'article 102 TFUE¹²⁹⁵.

Constitue aussi un abus le fait pour un fournisseur de contrôler le prix de ses distributeurs¹²⁹⁶, d'accorder des aides commerciales¹²⁹⁷ pour autant que la position

¹²⁸⁹ CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company*, aff. 27-76, RTD sur., 1978, 294, obs. Delannay.

¹²⁹⁰ CJCE, 13 février 1979, aff. 85-76; *Journ. tirb.*, 1979, 401, obs. Dhaeyer.

¹²⁹¹ CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin*, aff. 322-81.

¹²⁹² Vogel, *Concurrence* n° 151.

¹²⁹³ Vogel, *ibid.*

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rec. CJCE, p. 461.

¹²⁹⁶ Cons. conc., déc. n° 99-D-45, 30 juin 1999, *Mattel*, BOCCRF 11 déc. p. 688, Recueil Lamy, n° 803, comm. Montet Ch.

¹²⁹⁷ Cons. conc., déc. n° 99-D-51, 20 juillet 1999, *Applications thermiques*, BOCCRF 11 déc., p. 698, Recueil Lamy, n° 805, comm. Perebois J).

dominante soit prouvée¹²⁹⁸, d'imposer des clauses de non concurrence et d'exclusivité¹²⁹⁹.

529. Exemple 2.

Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*¹³⁰⁰ est illustrée l'interdiction de l'exclusivité d'approvisionnement par le droit des positions dominantes. En l'espèce, la société Hoffmann- La Roche tenait une position dominante dans le secteur des vitamines ; ses acheteurs consentaient tantôt à un engagement ferme d'approvisionnement exclusif auprès d'elle, ou simple en engagement de préférence. En contrepartie le fournisseur consentait des ristournes ou des rabais au profit des acheteurs.

La Cour européenne sanctionna cette clause d'exclusivité aux motifs que « *le fait de lier, fût-ce à leur demande, par une obligation ou par une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 CE (102 TFUE).*

La raison motivant une telle sanction était que ces engagements ne reposent pas « *sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès au marché aux autres producteurs* »¹³⁰¹.

Dans l'affaire *United Brands*, la Cour européenne considère que « l'abus consisterait, en l'espèce, dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie »¹³⁰². En l'espèce, le raisonnement de la Cour européenne conduit à la constatation d'un défaut d'équivalence entre les prestations réciproques. Cette notion d'abus est clairement expliquée dans l'affaire *Kalibra XE*¹³⁰³.

En l'espèce, le Conseil considérait que « la conclusion de de clause d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante. Si, en effet, de telles « *clauses ont pour objet ou peuvent avoir pour effet*

¹²⁹⁸ Cons. conc., déc. n° 03-D-66, 23 déc. 2003, CCC. 2004, comm. 60.

¹²⁹⁹ Cons. conc., déc. n°99-D-85, 22 déc. 1999; Cons. conc., déc. n°00-D-14, 3 mai 2000, BOCCRF 22 juin, p. 336, Recueil Lamy, n° 819, comm. Sélinsky V.

¹³⁰⁰ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461.

¹³⁰¹ V. en ce sens, D. Bosco, L'obligation d'exclusivité, Bruylant, Bruxelles : 2008, n° 168.

¹³⁰² CJCE, 14 février 1978, off. 27/76, *Rec.*, p. 207.

¹³⁰³ Cons. conc. 25 avril 2007, déc. 07-MC-01, Concurrences, n°3-2007, p. 99, obs. Wachsmann.

de fausser ou de restreindre directement ou indirectement le jeu de la concurrence sur le marché concerné, elles constituent par l'effet, constaté ou potentiel, d'éviction qu'elles comportent un abus de position dominante prohibé par l'article L.420-2 du code de commerce »¹³⁰⁴.

530. L'effet de marché.

Néanmoins, c'est l'effet de marché qui sera pris en compte, ce qui pourra conduire à interdire un contrat qui, pris isolément, n'affecte pas la concurrence¹³⁰⁵; c'est la théorie de l'effet cumulatif¹³⁰⁶. Ainsi, dans l'affaire Microsoft, un concurrent avait conçu un logiciel utile au fonctionnement d'ordinateurs en réseau, précisément un système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.

Ce dernier avait alors demandé à Microsoft de lui fournir les informations ou protocoles nécessaires à la compatibilité de son produit avec le système Windows, par hypothèse installé sur les ordinateurs en réseau. La Commission européenne reprochait à Microsoft d'avoir retenu les informations et d'avoir fait échouer l'« interopérabilité » entre ses propres logiciels et ceux de ses concurrents. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si les protocoles étaient indispensables à l'obtention d'un degré d'interopérabilité qui permette une compétition effective.

Selon le tribunal européen, une concurrence viable sur le marché aval n'était envisageable que si les produits concurrents pouvaient interopérer avec le système Windows sur un pied d'égalité, c'est à dire de façon complète¹³⁰⁷.

531. L'article L.420-4 du Code de commerce.

Enfin, l'article L.420-4 du Code de commerce prévoit des causes d'exonération des abus de position dominante identiques à celles applicables aux ententes. Sur ce point, le droit européen se distingue du droit interne de la concurrence, car à la différence des ententes, les abus de position dominante ne peuvent faire l'objet d'une exemption légale.

En conséquence, le bénéfice d'une exemption légale au titre de l'article 101, §3 du TFUE ne peut en aucun cas valoir aussi exonération de l'interdiction énoncée à l'article

¹³⁰⁴ Pt. 32; V. en ce sens, B. Bosco, précit. n°184.

¹³⁰⁵ CJCE, 28 fév. 1991, aff. C-234/89, Delimitis, Rec. CJCE, I, p. 935; CJCE, 12 déc. 1987, aff. C-23/67, de Haecht, Rec. CJCE, p. 527; CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-214/99, NESTE Markinbinti Oy, Rec. CJCE, I, p. 11121.

¹³⁰⁶ Accords de distribution constitutifs d'abus de position dominante, Recueil Lamy, n°4033.

¹³⁰⁷ TPICE, 15 octobre 2007, aff. n°T-201/04; V. en ce sens, D. Bosco, « Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante », *Petites affiches* 2008, n°133, p. 14 et s.

102¹³⁰⁸. Toutefois, depuis 2003, le Conseil de la concurrence a rappelé à plusieurs reprises que des abus de position dominante n'ayant pas d'effet sensible sur le marché ne pouvaient être qualifiés de pratiques abusives, parce qu'une seule convention de ce type avait été conclue¹³⁰⁹, parce que seulement 0,8% de la population totale de la zone concernée était affectée¹³¹⁰, ou parce que la diffusion du document avait été de courte durée, et mise en place sur une petite échelle¹³¹¹.

Il en a ainsi décidé toutes les fois qu'une pratique n'avait affecté qu'une partie minimale du marché¹³¹² ou lorsqu'une remise offerte sur un abonnement téléphonique n'était pas susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel du fait de son caractère peu attractif, de l'absence de publicité et de la courte durée de l'offre¹³¹³. L'entreprise dominante peut justifier son comportement en prouvant qu'il est objectivement nécessaire ou qu'il entraîne des gains d'efficacité de nature à compenser ses effets restrictifs.

Pour démontrer la réalité des gains d'efficacité, l'entreprise dominante doit établir avec une probabilité raisonnable et sur la base de preuves vérifiables que quatre conditions sont remplies:

- les gains d'efficacité résultent du comportement en cause;
- il n'existe aucun moyen alternatif moins restrictif de les réaliser;
- les gains d'efficacité compensent les atteintes à la concurrence et au bien-être du consommateur sur les marchés concernés ;
- la concurrence, actuelle ou potentielle, n'est pas complètement éliminée¹³¹⁴.

Ainsi, seul l'abus d'une position dominante est en principe sanctionné et non la position dominante elle-même¹³¹⁵

532. Sanctions.

L'abus anticoncurrentiel qui constitue une pratique « ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché... », expose son auteur à des sanctions civile, pénale et administrative.

¹³⁰⁸ CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes 395 et 396/96 P, Compagnie maritime belge des transports, *Rec. I*-1365.

¹³⁰⁹ Cons. conc., déc. n° 03-D-26, 4 juin 2003, Marché de chauffage domestique, BOCCRF, 8 oct., n° 688.

¹³¹⁰ Cons. conc., déc. N° 03-D-24, 26 mai 2003, RATP, BOCCRF 8 oct., p. 686.

¹³¹¹ Cons. conc., déc. n°03-D-33, 3 juillet 2003, Pompe funèbres de Toulouse, BOCCRF 8 oct., p. 725.

¹³¹² Cons. conc., déc. n°04-D-14, 20 avril 2004, Kéguelin, BOCCRF 6 sept. 2004, p. 553, CCC. 2004, comm. 110.

¹³¹³ Cons. conc., déc. n° 04-D-22, 21 juin 2004, *AFOPT*, BOCCRF 8 nov. 2004, p. 673.

¹³¹⁴ L. Vogel, J. Vogel, *Traité de droit économique Tome 2, Droit de la distribution, Droit européen et Français*, LawLex/ Bruylant, 2015, n° 68.

¹³¹⁵ V. en ce sens, *Concurrence, Consommation*, éd. Francis Lefebvre, 2017, n° 21425 et s.

D'abord, la sanction peut être civile, lorsque le juge, lui seul¹³¹⁶, annule le contrat ou la convention est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle¹³¹⁷, cette nullité étant absolue¹³¹⁸, et ordonne des restitutions. En revanche, il ne peut ordonner la conclusion d'un contrat en cas de refus de contracter¹³¹⁹ ou la poursuite de relations commerciales au cas de rupture¹³²⁰.

La victime de la pratique peut demander, en outre, réparation de son préjudice et l'obtenir, le cas échéant, dans le cadre d'une action de groupe. Ensuite, sur le plan pénal, une peine de quatre ans d'emprisonnement et une amende de 75000 euros sont prévues à l'encontre des contrevenants¹³²¹.

Sur le plan administratif, l'article L.464-2 du Code de commerce prévoit une amende administrative pouvant atteindre « 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxe 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 ». La sanction est analogue en droit européen¹³²².

533. Conclusion section II.

La protection du petit professionnel par la lutte contre les abus anticoncurrentiels est spécifique en ce sens qu'elle ne vise qu'indirectement, et en dernier lieu, ce contractant faible; l'objectif étant d'assurer une libre concurrence sur le marché. C'est pourquoi, la particularité de cette lutte contre les abus anticoncurrentiels réside essentiellement dans la sanction; ainsi, si dans le Code de la consommation ou dans le Code civil, la clause peut être supprimée par le juge, dans le Code de commerce est sanction de l'abus consiste en l'allocation de dommages et intérêts.

534. Conclusion chapitre II.

On peut retenir ici que la protection du petit professionnel contre les abus consiste essentiellement par la lutte contre le déséquilibre contractuel lui-même. C'est à dire, le petit professionnel bénéficie du contrôle de l'équilibre contractuel. Néanmoins, cette protection est renforcée en amont par la lutte contre le déséquilibre significatif

¹³¹⁶ L'Autorité de la concurrence est incompétente en la matière, Cons. conc., 7 oct. 1999, *BOCCRF* 31 mars 2000.

¹³¹⁷ Article L. 420-3 du Code de commerce.

¹³¹⁸ Cass. com., 29 janvier 2002, *D.* 2002, 1550.

¹³¹⁹ Cass. com., 24 octobre 2000, *Bull. civ.* 2000, IV, n°163 ; *RTD civ.* 2001, 140, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³²⁰ Cass. com., 23 mars 2010, *CCC.* 2010, comm. 131, obs. G. Decocq.

¹³²¹ Article L. 420-6 du Code de commerce.

¹³²² Règlement n°1-2003, 16 déc. 2002, Art. 23-2.

engendré par des clauses accessoires au contenu du contrat lui-même, en aval par la recherche et le rétablissement de la libre concurrence sur le marché. Dans le droit commun des contrats le rôle du juge est déterminant pour la suppression de la clause litigieuse. Tant que le droit de concurrence fournit indirectement une protection efficace au petit professionnel en raison de la diversité des textes de promotion des abus et de l'effectivité de cette protection assurée par le Ministre du commerce.

535. Conclusion titre II.

La lutte contre les clauses abusives est donc foncièrement axée sur cette notion de déséquilibre significatif. L'admission de la lésion par le Code de commerce dans les rapports entre professionnels prouve que cette lutte contre les clauses abusives tend finalement à la recherche de l'équilibre du contrat tout entier. Avec la réforme du droit des contrats nous avons vu que la recherche de l'équilibre du contrat se comprend aussi de l'équilibre du contenu du contrat. Finalement, cette admission de la lésion dans le Code de commerce tend à éloigner très nettement ce dispositif de protection contre les clauses abusives de ceux du droit commun et du droit de la consommation. Au regard de ce qui précède, on constate que la notion de clauses abusives recouvre une réalité suffisamment large.

Les procédés, mécanismes et dispositifs sont aussi variés en droit européen et français ; cela explique la complexité de la recherche d'un équilibre que l'autonomie de la volonté a longtemps ignoré. Si en droit européen, la recherche de cet équilibre contractuel vise à renforcer le marché intérieur, en droit français cette recherche de l'équilibre continue d'avoir pour vocation la protection d'un contractant faible aux multiples facettes. Dorénavant, la protection du professionnel « faible » contre ce déséquilibre significatif manifeste l'idée d'une protection tant d'un contractant faible que celle d'un équilibre du contrat lui-même.

536. Conclusion Partie 2.

Dans cette seconde partie de notre étude nous avons vu que le non-professionnel et le petit professionnel doivent essentiellement être protégés contre les abus dans le contrat et que cette protection peut être renforcée par l'information du contractant faible. Ainsi, concernant la protection contre les abus, la notion de clauses abusives apparaît transversale dans cette étude en ce sens qu'elle n'est plus limitée au seul droit de la consommation. Néanmoins, s'agissant de la protection du non-professionnel contre ces clauses abusives, cette protection se fait essentiellement au sein du seul droit de la

consommation. Il faut néanmoins relativiser ce propos, puisqu'en considérant le non-professionnel comme ayant un contractant isolé, à l'instar de tous les contractants faibles, il bénéficie également de la protection contre les abus dans le Code civil. Dans ce sens, le petit professionnel est lui aussi protégé contre les abus dans le Code civil, en ce qui concerne tout particulièrement le déséquilibre contractuel. Ce petit professionnel reste, toutefois, suffisamment protégé, dans le cadre de la lutte contre les abus, par le droit des pratiques anticoncurrentielles. La différence principale dans la protection du non-professionnel et du petit professionnel reste que le non-professionnel n'est pas, en tout état de cause, protégé contre les clauses lésionnaires. Alors, admettre la protection du petit professionnel contre les abus dans le contrat, c'est admettre le contrôle de la lésion qualifiée dans les contrats entre professionnels¹³²³.

Aussi, cette protection limitée à la seule lutte contre les abus dans le contrat n'est pas en soit insuffisante, mais elle doit être nécessairement précédée par d'autres moyens ayant la même efficacité ou ayant une efficacité plus grande.

C'est pourquoi, dans le cadre de cette étude, le renforcement de la protection du non-professionnel et du petit professionnel passe essentiellement par l'information. Le droit de consommation prévoit un certain nombre de dispositifs relatifs à la protection du non-professionnel et du consommateur et il n'est pas difficile de les étendre, dans certains cas, au petit professionnel.

Ce dernier bénéficie donc essentiellement des devoirs et obligations d'information. Ainsi, les dispositions relatives au devoir d'information pré-contractuel, le devoir d'information de l'acquéreur non professionnel et le devoir de mise en garde du non-averti peuvent légitimement être étendus au non-professionnel et au petit professionnel. C'est essentiellement en ces termes que nous avons construit notre étude dans cette seconde partie.

¹³²³ D. Mazeaud, « Lésion », *RDC* 2007/3, p. 681 et s.

CONCLUSION GENERALE

537. La protection de la partie faible

La protection de la partie faible continue son bonhomme de chemin en droit français. La nouvelle consécration de contractants faibles, à savoir le non-professionnel et le petit professionnel (ou *small business*), montre l'intérêt du législateur pour la protection du faible contre le fort. Aujourd'hui cet objectif tient essentiellement à la recherche de l'équilibre dans tous les contrats indépendamment de la qualité du contractant faible. Ainsi, ces notions de non-professionnel et de petit professionnel aussi originales et aussi méconnues soient telles englobent des contractants faibles, du moins des situations de faiblesse, dont la reconnaissance et la protection en droit privé ont connu une certaine évolution.

538. la notion de non-professionnel

Sans doute, la notion de non-professionnel a été construite dans un environnement de polémique tant jurisprudentiel que doctrinal. Alors qu'elle avait été conçue comme un synonyme du consommateur, la protection accordée au professionnel faible par son canal a conduit de nombreux auteurs à exiger sa suppression du Code de la consommation. Le droit de la consommation ne pouvait pas servir à protéger celui-là contre lequel la protection avait été instituée.

Aussi, les professionnels faibles ont surtout bénéficié de la protection du droit de la consommation lorsque le juge a utilisé le critère de la compétence professionnelle. Très concrètement, l'utilisation de ce critère permettait de protéger tout professionnel qui conclut un contrat dans un domaine qui ne relève pas de sa spécialité.

Face aux critiques de la doctrine, le juge a très rapidement abandonné ce critère qui consacrait une conception large du consommateur. On ne pouvait assimiler au consommateur un professionnel faible. Partant, le juge a consacré un nouveau critère tenant à l'absence de rapport direct entre le contrat conclu et l'activité exercée par le professionnel. Cela signifiait que le professionnel qui conclut un contrat sans lien direct avec son activité professionnelle devait être assimilé au consommateur.

Mais cette conception objective du lien entre le contrat litigieux et l'activité du professionnel avait pour conséquence de n'admettre que les contrats accessoires à l'activité du professionnel et donc à l'exclusion quasi-systématique du professionnel de la protection du droit de la consommation. Par exemple, ce critère n'a jamais permis de protéger un professionnel contre les clauses abusives dans les contrats en droit de la consommation.

539. L'arrêt Cape

Il a donc fallu que le juge européen rappelle, dans le célèbre arrêt *Cape* du 22 novembre 2001, que la notion de consommateur « *visé exclusivement la personne physique* » pour permettre au juge français de nuancer sa position. Cet état de fait a abouti à la consécration par le juge français d'une notion autonome de non-professionnel. Par un arrêt du 15 mars 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis que « *la notion distincte de non-professionnel permet de protéger certaines personnes morales* » qui ne sont pas des consommateurs au sens de la directive sur les clauses abusives.

Le législateur à travers la loi sur la tacite reconduction des contrats de consommation et la loi n° 2017-131 de ratification du 17 février 2017 a totalement reconnu et consacré une notion distincte de non-professionnel en droit de la consommation.

Cependant, il s'agit là d'une consécration *a minima*, puisque la notion de non-professionnel telle qu'admise aujourd'hui en droit de la consommation ne vise que « les personnes morales n'exerçant pas d'activité professionnelle ». Telle n'est pas exactement l'idée du non-professionnel que se faisaient les auteurs du Code de la consommation. On passe d'une notion de non-professionnel qui était comprise comme un professionnel faible, « un professionnel-consommateur » plus exactement, à une notion de non-professionnel défini comme une personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle. Cette polémique sur le non-professionnel s'achève donc aujourd'hui par le triomphe de la position d'une partie de la doctrine qui était opposée au premier sens du terme non-professionnel.

540. La notion de non-professionnel.

L'intérêt du débat autour de la notion de non-professionnel a donc été déplacé et est vu désormais sous un autre angle, un objectif plus général et transversal : celui de la protection du contractant faible contre le déséquilibre contractuel.

Il ne s'agit plus de contester l'existence du non-professionnel ou de le distinguer du consommateur dans le Code de la consommation mais de reconnaître son autonomie en tant que contractant faible dans le sillage de la recherche d'un équilibre dans tous les contrats.

Pour autant, l'intérêt de la notion de non-professionnel demeure, d'une part, en ce qu'elle permet de constater que le consommateur n'est pas le seul bénéficiaire des dispositions protectrices du droit de la consommation.

D'autre part, en ce qu'elle contribue à l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives et plus généralement de la recherche de l'équilibre dans le contrat. Le non-professionnel, par sa situation de faiblesse comparable à celle du consommateur, reste « l'équivalent, personne morale », du consommateur ; c'est-à-dire que ce non-professionnel est un consommateur-personne morale. Sa seule particularité étant qu'il n'est pas un professionnel. C'est donc un contractant faible à mi-chemin entre le professionnel et le consommateur auquel il s'identifie.

Aussi, les frontières du droit de la consommation ne sont plus incertaines du fait de la protection accordée à un contractant faible par le droit de la consommation.

541. Situation du petit professionnel.

Tout autre est la situation du petit professionnel qui n'est que la survivance dans le droit privé français de la notion polémique de non-professionnel telle qu'elle était conçue dans les années 90. Ce petit professionnel est par nature un professionnel faible protégé par le droit de la consommation.

Aujourd'hui, la taille de ce contractant professionnel permet de l'assimiler à un contractant faible et le Code de la consommation le protège comme tel. Ce contractant faible est essentiellement protégé en raison de son poids économique supposé faible par rapport à un professionnel dominant. Il tient son origine du droit européen qui, à travers certains textes dont la directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011, a consacré expressément une notion de petit professionnel bénéficiaire de sa protection.

La loi Hamon de 2014, qui a transposé cette directive en droit français, a considérablement réduit le champ d'application *rationae personae* de la notion de petit professionnel. En droit français, le petit professionnel est défini comme tout professionnel qui n'emploie pas plus de cinq salariés et lorsque le contrat litigieux n'entre pas dans le champ d'activité principale du professionnel.

C'est l'application de ce critère qui a fait dire à la première chambre civile de la Cour de cassation qu'un professionnel de l'immobilier n'est pas un professionnel de la construction.

Elle a en conséquence accordé le bénéfice de la protection contre les clauses abusives à ce professionnel de l'immobilier dans un arrêt du 4 février 2016 en le qualifiant de non-professionnel ; brouillant ainsi, à nouveau, la frontière entre un non-professionnel et un professionnel faible.

Le petit professionnel est par nature un professionnel faible et de ce fait il bénéficie de la protection contre les abus contractuels plus particulièrement en droit de la concurrence.

542. La situation de faiblesse.

Cependant, si le non-professionnel et le petit professionnel sont protégés contre un professionnel dominant c'est avant tout parce qu'ils sont victimes d'une situation de faiblesse suffisante. Cette situation de faiblesse est le plus souvent marquée par une infériorité économique caractérisée dans les contrats non négociés ou les contrats dont la négociation est dirigée par le contractant économiquement puissant.

Ainsi dans les contrats d'adhésion et les contrats contenant des clauses standardisées la situation de faiblesse du non-professionnel et du petit professionnel est incontestable. S'agissant plus particulièrement du petit professionnel son infériorité économique est souvent réelle dans les contrats de dépendance mais aussi dans les situations de détresse économique. Sa survie est conditionnée au maintien du contrat litigieux ; ce qui l'amène à demeurer ou à accepter cette situation de faiblesse. Toutefois, le non-professionnel et le petit professionnel sont également marqués par une situation de faiblesse technique ou juridique. Concernant ces deux derniers éléments d'infériorité, la faiblesse du petit professionnel n'est que relative.

Ainsi la faiblesse technique consiste en la non maîtrise d'une technique contractuelle précise notamment les conditions générales des contrats ou dans les contrats conclus par voie électronique. La faiblesse juridique ou intellectuelle consiste en une dissymétrie dans l'information entre le contractant faible et le professionnel dominant. En tout état de cause le non-professionnel ou le petit professionnel est protégé dès lors qu'il est marqué par l'un de ces trois éléments de faiblesse.

543. Nécessité de la protection du non-professionnel et du petit professionnel.

Par ailleurs, si la protection du non-professionnel et du petit professionnel est nécessaire cette protection doit rester spécifique pour être efficace. Ainsi, la protection du non-professionnel et du petit professionnel est due par détermination de la loi.

Il s'agit donc d'une subtilité juridique qui permet de prendre en compte une situation de faiblesse ponctuelle d'un contractant dans son rapport à son cocontractant.

Le non-professionnel et le petit professionnel sont donc protégés parce que le législateur le veut. Ce qui a pour conséquence que la protection n'est que circonstanciée ; c'est-à-dire que le juge prend en compte les circonstances qui entourent la conclusion

du contrat pour décider d'accorder ou non la protection au non-professionnel et au petit professionnel. Le corollaire de cette protection par détermination de la loi est que cette protection est caractérisée par une absence de standardisation.

Ainsi, la protection n'est pas systématique et ne peut être calquée sur le modèle de protection du consommateur ; c'est-à-dire que même dans une situation de faiblesse caractérisée, la protection du non-professionnel n'est due que s'il est qualifié comme tel. Il en est de même du petit professionnel.

544. Méthodologie générale

Ainsi, notre démarche a consisté à adopter une analyse méthodique jalonnée de plusieurs étapes.

En précisant les notions de non-professionnel et de petit professionnel, nous avons constaté que ces contractants sont d'abord le fruit d'une acceptation difficile qui a néanmoins abouti à la consécration de l'autonomie de chacun de ces contractants faibles.

Puis, nous avons établi que si ces contractants ont eu besoin d'une protection en droit français, c'est parce qu'avant tout ils sont caractérisés par les éléments de faiblesse de tout consommateur. Si l'infériorité économique caractérise ces deux contractants faibles, la situation d'infériorité technique et juridique du petit professionnel reste relative par rapport au non-professionnel.

En outre, nous avons constaté que la protection de ces contractants faibles présente la particularité de les distinguer totalement de celle du consommateur. Leur situation de faiblesse étant circonstanciée, leur protection n'est due que par détermination de la loi, ce qui exclut, en toute circonstance, une protection standardisée qui ne leur conviendrait pas.

545. Les moyens de protections adéquats du non-professionnel et du petit professionnel.

Partant, il a nous été essentielle d'identifier les moyens de protections adéquats du non-professionnel et du petit professionnel. Un premier volet de cette recherche a consisté dans l'identification des abus contractuels comme causes de la faiblesse et de la protection du non-professionnel et du petit professionnel. Concernant la lutte contre ces abus, nous avons constaté que la situation du non-professionnel et du petit professionnel sont à distinguer. Le non-professionnel est ainsi protégé essentiellement contre les clauses abusives dans les contrats de consommation.

La clause abusive n'est déterminée que par l'appréciation du déséquilibre significatif défini lui-même comme un standard, une notion souple renvoyant à l'équilibre contractuel. Pour ce faire, le pouvoir réglementaire et la Commission des clauses abusives contribuent aux côtés du juge au contrôle de la clause abusive dans les contrats de consommation. S'agissant de la protection du non-professionnel contre les clauses abusives l'article L. 212-2 du Code de la consommation en est le fondement légal.

546. La particularité du petit professionnel.

La particularité du petit professionnel est qu'il bénéficie d'une variété de dispositions protectrices en droit privé français. Au-delà de la protection accordée par le Code de la consommation, qui n'est que formelle, ce contractant faible demeure créancier d'une variété de dispositifs protecteurs.

Contrairement au non-professionnel il peut invoquer les dispositions protectrices du Code civil notamment celles relatives au déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion. Il bénéficie également de la protection par le contrôle du contenu du contrat à travers le contrôle des clauses concernant l'obligation essentielle mais aussi la suppression du déséquilibre contractuel au stade de l'exécution du contrat par la révision de celui-ci.

Toutefois, c'est en droit de la concurrence que la protection est accrue pour ce petit professionnel. Ainsi, le petit professionnel est suffisamment protégé contre les abus dans les pratiques anticoncurrentiels entre partenaires commerciaux.

Partant, nous avons ainsi démontré que la protection du petit professionnel contre les abus ne se limite pas au seul droit de la consommation, ce qui constituerait une protection très réductrice et inefficace pour celui-ci. Le concernant, une analyse transversale de sa situation de faiblesse impose de l'étudier sous l'angle de tout contractant professionnel faible.

C'est essentiellement pour cette dernière raison que sa protection contre les abus résultant des ententes et des positions dominantes sur le marché. Sa protection contre la dépendance économique *stricto sensu* et contre la dépendance économique « civile » ont donné un sens large à la notion d'abus qui ne saurait se réduire aux seules clauses abusives. L'efficacité et l'utilité de sa protection se trouvent donc en dehors du droit de la consommation ; cette protection n'étant réelle que dans le droit des relations entre professionnels : le droit de la concurrence qui, par nature, ne vise pas la protection d'un contractant faible contre un autre.

Néanmoins, le petit professionnel est indirectement protégé par la lutte contre les abus anticoncurrentiels qui aboutit inéluctablement à un marché marqué par la libre concurrence et donc profitable en tout état de cause au petit professionnel. Puisque dans tous les cas, l'intérêt de la protection est la lutte contre les abus, ce professionnel faible reste un instrument idéal de l'efficacité et de l'utilité des dispositions relatives à la lutte contre les clauses abusives. Puisque sa protection va au-delà du seul déséquilibre significatif engendré par la clause abusive ; la lutte contre les autres abus dont ce contractant peut être victime donne une dimension transversale à notre étude. Ainsi, tour à tour cette étude concerne le droit commun des contrats et s'étend au droit de la consommation, au droit de la concurrence et plus généralement à tout le droit privé français.

547. Régime juridique de la protection des contractants.

En précisant le régime juridique de la protection de ces contractants nous avons constaté que le non-professionnel présente la particularité de rester un contractant n'ayant un intérêt certain qu'autant qu'il est étudié et protégé par le droit de la consommation. Sa protection contre les clauses abusives étant indiscutable, il nous a semblé opportun de renforcer cette protection contre l'abus par l'information de ce contractant faible.

En réalité, il s'agit simplement de renforcer cette protection contre les abus contractuels par une protection préventive, en amont donc, par l'information de ce contractant.

C'est tout naturellement que les mécanismes de protection par l'information du contractant faible dans le Code de la consommation et en dehors de celui-ci se sont imposés dans notre étude (devoir général d'information de l'article 1112-1 du Code civil). Ces mécanismes de protection sont également utiles à la protection du petit-professionnel.

548. Protection du non- professionnel et du petit professionnel contre les abus.

On peut également s'interroger sur la question de savoir si la protection du non-professionnel et du petit professionnel contre les abus est nécessaire. Nous répondons par l'affirmative à cette question. S'agissant de notions inconnues du citoyen lambda et mal connues du juriste, tout l'intérêt de notre étude se trouve dans cette démarche de présenter, d'analyser et de préciser ces notions et le régime juridique de leur protection. Nous avons donc voulu, dans cette étude, présenter ces contractants, montrer qu'ils sont également des contractants faibles et que le droit privé les protège comme tels.

Cela constitue aussi une preuve de la créativité abondante du droit privé, un droit qui démontre, hier comme aujourd'hui, qu'il sait s'adapter à l'évolution socio-économique et qu'il a une réelle capacité d'innovation. Ainsi, ces contractants sont désormais des éléments indispensables dans la compréhension de notions aussi proches et distinctes que sont l'abus, la clause abusive, le déséquilibre significatif, le déséquilibre contractuel, l'équilibre du contrat.

La doctrine et la jurisprudence ont su par leur œuvre merveilleuse parachever le travail du législateur en donnant un sens à des contractants ou à des situations qui posaient un véritable problème de cohérence en droit privé français. Au moment où nous achevons notre recherche, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux est en cours, soulignant l'intérêt d'un droit vivant, en mutation perpétuelle.

549. Questions.

Enfin, l'étude du non-professionnel et du petit professionnel soulèvent d'autres questions sous-jacentes. Au-delà du cadre restreint de notre étude, on est tenté de se demander quel est l'intérêt réel d'une multiplication des dispositions relatives à la lutte contre les clauses abusives. Le droit des clauses abusives semble prendre des proportions importantes par rapport au but poursuivi et pose un réel problème de cohérence du législateur.

N'est-il pas nécessaire de revoir les objectifs du droit de la consommation, en créant soit des dispositions propres en son sein et qui seraient applicables à tous les contractants, ou soit, en intégrant tout simplement ce Code de la consommation dans le Code civil, comme en droit allemand ?

En effet qu'elle serait l'utilité d'un Code de la consommation autonome à un moment où le mouvement de la lutte contre les abus contractuels s'est généralisé. Autrement dit, si un droit de la consommation autonome a vu le jour, c'est essentiellement pour lutter contre la puissance économique d'un contractant fort qui abuse de sa position contre un contractant faible identifié comme étant le consommateur. Or, le mouvement de généralisation de la lutte contre les abus et plus précisément contre les clauses abusives s'est désormais étendu au Code civil.

560. Le droit commun des contrats.

Aussi, pendant que les réformes relatives aux dispositions du Code civil se multiplient et donnent un nouveau souffle au droit commun des contrats, il est peut-être temps de

lancer une vaste réflexion sur l'intérêt d'intégrer le Code de la consommation dans le Code civil. Puisqu'après tout, l'intérêt d'un Code de la consommation n'est pas seulement de protéger le contractant faible qu'est le consommateur mais de rechercher un équilibre du contrat que l'autonomie de la volonté a pu restreindre dans le droit commun. Si ce droit commun ouvre la voie aujourd'hui à la recherche généralisée de l'équilibre contractuel, nous pensons qu'il est temps de réfléchir sur la possibilité d'une réintégration du Code de la consommation dans le Code civil.

BIBLIOGRAPHIE

- I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies
- II. Traités, manuels, cours
- III. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux
- IV. Articles de doctrine
- V. Notes, observation et, conclusions sous arrêts
- VI. Rapports

I. DICTIONNAIRES JURIDIQUES ET ENCYCLOPEDIES

ALLAND, D., S. RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, v° « Standard », Lamy-PUF, 2003.

CORNU, G., (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriges, 11^e éd., 2016.

FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. I. Paris 1769, p. 556-557, art. « *Equité* » .

HILAIRE, J., *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013, p. 186.

ROLAND, H., BOYER, L., *Adages du droit français*, Litec, 1999, n° 423, p. 849 à 855.

II. MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

ALFANDARI, E., *Droit des affaires*, Litec, Paris : 1993.

ALBARIAN, A., MOURON, P., BRIGNON, B., *Droit commercial, Sociétés commerciales 2015*, Un an de jurisprudence commentée, Editions Lamy, Paris : 2015.

ASSELAIN, M., VERCOUTERE, C., *Droit des assurances*, 2^e éd. RB, 2013.

AUGUET, Y., (coord.), *Droit de la consommation*, Ellipses, 2008.

AYNES L., MALAURIE Ph., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 6^e éd., ss dir. Ph. Malaurie et L. Aynès, Defrénois, coll. Droit civil, 2013.

BARNI, J., in *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, Œuvres complètes de Kant*, Auguste Durand, Libraire, Paris : 1853.

BAUDRILLARD, J., *La société de consommation*, Gallimard, 1970.

BEHAR-TOUCHAIS M., M., VIRASSAMY, G., *Les contrats de distribution*, L.G.D.J, 1999.

BENABENT, A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^{ème} édition, L.G.D.J., Paris : 2016.

BENABENT, A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Domat, 15^e éd., 2017.

BERLIOZ, G., GOLDMAN, B., *Le contrat d'adhésion*, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris: 1973. Je pense que c'est une thèse attention vous avez mis sur la même ligne l'auteur et le directeur de thèse

BLAISE J.-B., DESGORGES R., *Droit des affaires – Commerçants, concurrence, distribution*, 8^{ème} édition, L.G.D.J., Paris : 2015.

BLOCH, P., DUVERT, C., SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., ss dir., *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006.

CARBONNIER, J., *Les obligations*, 22^e édition, PUF, Droit civil, Tome 4, 2000.

CALAIS-AULOY, J., TEMPLE, H., *Droit de la consommation*, Dalloz, 2015.

CAS, G., FERRIER, D., *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986.

CHONE-GRIMALDI, A.-S., *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, ECONOMICA, 2010. C'est une thèse

CORNU, G., *Introduction au droit*, 13^e éd., 2007, Montchrestien, n°179.

CORNU, G., *Droit civil: Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 2005.

DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'union européenne*, 6^{ème} éd., LGDJ, Lextenso éditions, Paris: 2014.

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. I, *Sources des obligations*, A. Rousseau, 1921

DENISART, J.-B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Desaint, 1777, t. 2, p.249, art. « Equité ».

FABRE-MAGNAN, M., *Introduction au droit*, PUF 2014.

FERBER, R., *Théorie de la consommation*, Traduit par François BERTAULT, Economica, 1976.

GHESTIN, J., *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, par J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, L.G.D.J., 2001.

GRIDEL, J. P., *Introduction au droit et au droit français*, 2^{ème} éd., 1994.

GRYNBAUM, L., *Assurances, Contrats, Marché du particulier*, éd. Dalloz Argus, coll. Dalloz Professionnels, 2004.

OBERDORFF, H. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 6e éd., Paris 2017

JARDIN du, L., VOGEL, L., VOGEL, J., TRAPANI, F., *Les contrats de distribution sélective*, Bruylant, Bruxelles : 2014.

KRUGMAN, P., WELLS, R., *Microéconomie*, De Boeck, Coll. « Ouvertures économiques » 2^e éd. 2009.

LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2012

MALAURIE, Ph., MORVAN, P., *Introduction au droit*, Defrénois, 4^e éd., 2012.

PACKARD, V., *La persuasion clandestine*, Calmann-Lévy, 1958.

PICOD, Y., *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2015.

PIEDELIEVRE, S., *Droit de la consommation*, Economica, Paris : 2008.

PIZZIO, J.-P., *Code commenté de la consommation*, Montchrestien, 1996.

PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Les limites à la liberté contractuelle*,

POILLOT, E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, , L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 463, 2006.

POLITZER, G., *Principes élémentaires de philosophie, IV^o Partie : Etude de la dialectique*

RAYMOND, G., *Droit de la consommation*, 3^e éd. Lexisnexis Litec, coll. Litec Professionnels droit commercial, 2014.

RIVES-LANGES, L., CONTAMINE-RAYNAUD, M., *Droit bancaire*, 2012.

ROUHETTE, G., LAMBERTERIE de, I., TALLON, D., WITZ, C., *Principes de droit européen du contrat*, Société de législation comparée, 2003.

RZEPECKI, N., *Droit de la consommation et théorie général du contrat*, PUAM, 2002.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., *Les contrats de consommation, Règles communes*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 2013.

SAY, J.-B., *Traité d'économie politique*, Les classiques des sciences sociales, 1803.

SERIAUX, A., *Contrats civils*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2002.

SCHULZE, R., WICKER, G., *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, LIT, Berlin : 2013.

SOLUS, H., GHESTIN, J., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, L.G.D.J, Paris : 1996.

TERRE, F., SIMLER, Ph., LEQUETTE, Y., *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis 11^e éd., 2013.
VILLEY, M., *Philosophie du droit*, 4^{ème} éd., 1986.
VOGEL, L., VOGEL, J., *droit de la distribution, droit européen et français*, Tome 2, Lavoisier
/Bruylant, Paris: 2015.
GUYON, Y., *Les sociétés, Traité des contrats*, J. Ghestin (dir.), 5^{ème} édition, L.G.D.J, Paris :
2002

III. THESES, MONOGRAPHIES et OUVRAGES SPECIAUX

ALBIGES, C., *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, 2000.
ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Livre V, chapitre IV, Garnier-Flammarion, Paris : 1965.
BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris: 1973.
BERT, D., *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, Fondation Varenne,
coll. De thèses, vol. 55, 2011.
BOUARD de, F., *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, L.G.D.J, 2007.
CALAIS-AULOY, J., *Proposition pour un code de la consommation : rapport*, La
Documentation Française, Coll. des Rapports Officiels 1990.
CALAIS-AULOY, J., EMMANUELLI, H., *Proposition pour un nouveau droit de la
consommation, rapport final*, La Documentation Française, Coll. des Rapports Officiels, 1985.
CHAPUT, Y.(dir.), *Les PME et le droit de la concurrence, Analyse critique, comparative et
prospective*, Litec, Paris : 2009.
CHANTEPIE, G., *La lésion*, L.G.D.J., Paris : 2006.
CHAZAL, J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Grenoble II,
1996.
CICERON, *Les devoirs*, Les Belles Lettres, 1965, 1, 10, 33.
CHONE-GRIMALDI, A.-S., *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de
la concurrence*, ECONOMICA, 2010.
CORNU, G., *La responsabilité du gestionnaire de patrimoine*, Litec, 2006.

DIAS, C., URBAIN PAREANI, I., *Les contrats de distribution commerciale à l'épreuve du temps*, PUAM 2014.

DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, livre I, sect. 2, art.XVI, Paris 1767.

DURAND A., *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, Œuvres complètes de Kant*, Libraire, 1853.

FAUVARQUE-COSSON, B., *Livret vert sur le droit européen de la consommation, Réponses françaises*, Droit privé comparé et européen Vol. 5, Société de législation comparée, Paris : 2007.

FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J., Paris : 2002.

GALBRAITH, J. K., *Le nouvel Etat industriel*, Gallimard, 1968.

GRYNBAUM, L., *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, L.G.D.J., Paris : 2004.

HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Puf, 1983.

HILAIRE, J., *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013.

JACQEMIN, H., *Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible*, éd. Larcier, Bruxelles : 2010.

JESTAZ, Ph., *Autour du Code civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005.

JULIEN, J.-J., *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, t. II, Chez Antoine David, Aix-en-Provence, 1774, p. 37.

LARDEUX, G., Centre Pierre Kayser (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM 2012.

LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris : 2000.

LITTY, O., *Inégalité des parties et étude du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris :1999.

MARCUSE, H., *Eros et civilisation*, éd. de Minuit, 1963.

NAJIM-MAKHLOUF, C., « *Tacite reconduction et volonté des parties* », L.G.D.J., Paris : 2013.

NOBLOT, C., *La qualité de contractant comme critère de protection, essai de méthodologie législative*, Bibliothèque de Droit privé, tome 382, LGDJ 2002.

PAGET, M., *De la tacite reconduction*, thèse, Paris : 1926, p.18.

PEGLION-ZIKA, C.-M., *La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Paris : 2013.

PORTALIS, J.-E.-M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844.

POUGHON, J.-M., *Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat*, Droits, n°12, PUF 1990.

DELEBECQUE, Ph., *Les clauses allégeant les obligations*, thèse dactyl., 1981. Directeur ?

RIALS, S., *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980.

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté ; Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901.

SEJEAN, M., *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, Préface D. Houtcief, LGDJ, 2011.

ROCHFELD, J., *Cause et type de contrat*, L.G.D.J., Paris : 1999.

STOFFEL-MUNCK, Ph., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, t.337.

THIBIERGE L., *Le contrat face à l'imprévu*, éd. Economica, Paris 2011.

TRUILHE, E., « *Vers un droit communautaire des contrats* », Thèse, Aix-En-Provence, juin 2002.

IV. ARTICLES DE DOCTRINE

ALBIGES, C.,

« Critères de la caution dirigeante avertie et devoir de mise en garde », *Gaz. Pal.* 2017, n° 8, p. 29 et s.

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.

ALVAREZ MORENO, M. T.,

« Les clauses abusives appréhendées par le droit civil espagnol », in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud, E. Lauroba (dir.), *Droit comparé et européen*, vol. 13, Société de législation comparée, Paris : 2013, spéc. p 32.

ANCEL, P.,

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *RTD civ.*, 1999, p. 771.

« Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », in *Mélanges en hommage à Daniel Tricot*, Paris, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61.

ASUNCION-PLANES de la, K.,

« La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? », *LPA* 3 mars 2010, n°44 p. 3.

ATTARD, J.,

« Interdépendance contractuelle : consécration de l'approche « objective » par une chambre mixte de la Cour de cassation », *Les Petites affiches* 2013 n° 137, p. 9 et s.

AUBERT, J.-L.,

« Analyse de l'article 15 de la loi Doubin », *D.* 1998, sommaire 407.

« Baux d'habitation et à usage mixte », *Deffrénois*, 15 avril 1996, n° 7, p. 457.

AUBERT de VINCELLES, C.,

« Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs ! », *RDC* 2011/4, p. 1224.

« Droit européen des contrats », *RTDE* 2012 n°3, p. 661 et s.

« Droit européen des obligations, juillet 2009- juillet 2010 », *RTDE* 2010 n°3, p. 695 et s

« Faculté de rétractation dans les contrats à distance », *RDC* 2010/2, p. 643 et s.

« Harmonisation totale et directive numéro 2008/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », *RDC* 2009/4, p. 1458 et s.

« La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *RDC* 2014/3, p. 456.

« Naissance d'un droit communautaire de la consommation », *RDC* 2009, p.578.

« Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats », *RDC* 2010/4, p. 1284.

« Office du juge communautaire et national, et directive numéro 93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC* 2009/4, p. 1467 et s.

« Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », *RTD eur.* 2013, chron. 559.

AUBRY, H., POILLOT, E., SAUPHANOR-BROUILLAUD, N.,

« Droit de la consommation », *D.* 2016, p. 617 et s.

AUQUE, F.,

« Retour du juge par la loi, L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du Code civil » : *AJDI* 2016, p. 184 et s.

AVENA-ROBARDET, V.,

« Obligation de mise en garde : « client non-averti » et « client non professionnel » ne sont pas synonymes », *D.* 2007, p. 1950 et s.

BAKOUUCHE, D.,

« Domaine d'application de la protection contre les clauses abusives : la Cour de cassation résiste à la « communautarisation » du droit français », *Lettre juridique Lexbase*, 2005 n°162, p. 13.

« Le contrat accessoire à un contrat principal à caractère professionnel n'est pas soumis à la législation sur les clauses abusives », *JCP G* 2004 n° 27, p. 1234 et s.

BALENSI, Y., BAUMGERTNER, F.,

« Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *RDC* 2012/4, p. 1400.

BARBIER, H.,

« Une clause à la charge ou au profit des deux parties échappe-t-elle nécessairement à la qualification de clause abusive? Quand la réciprocité chasse le déséquilibre significatif », *RTD civ.* 2016, p. 618 et s.

BARBIER, H., MESTRE, J.,

« L'actualité du droit des contrats », *RLDC* 2015 n° 132, p. 12 et s.

BARBIER de la SERRE, E., BALTHAZAR, T., GRYNFOGEL, C.,

« Droit processuel de la concurrence », *RLC* 2009 n°18, p. 68 et s.

BAZIN-BEUST, D.,

« À propos de la réforme du crédit à la consommation : entre protection du consommateur et protection de la consommation », *Petites affiches*, 21/05/2012- n°101, p. 6.

BEAUCHARD, J.,

« Remarques sur le Code de la consommation » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Presses universitaires de France, 1994.

« Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris : 2004, p. 55.

BEHAR-TOUCHAIS, M.,

« De la sanction de l'obligation d'information précontractuelle », *RDC* 2009/3, p. 1150 et s.

« Du nouveau sur la condition de « soumission » à un déséquilibre significatif », *L'Essentiel droit des contrats* 2017, n°1, p. 2.

« La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009/1, p. 202 et s.

« L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, G. Lardeux, (dir.), P. U. d'Aix-Marseille – PUAM, 2012, spéc. p. 31.

« Le choc des titans : Existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance la puissance d'achat de la grande distribution ? » in *Mélange Philippe Le Tourneau*, 2008, LGDJ, p. 53.

« Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », *RDC* 2015/1, p. 67.

« Quand le tribunal de commerce d'Evry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif », *RDC* 2013/3, p.979.

BEHAR-TOUCHAIS, M., FAUVARQUE-COSSON, B., et JACQUEMIN, Z.,

« Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation- Proposition », *RDC* 2012, spéc. p.199.

BENABENT, A.,

« La prolongation du contrat », in Colloque « Durées et contrats », *RDC* 2004, p.117 et s.

BERGE, J.-S.,

« Le spectre de l'harmonisation totale ou le vieux rêve du jeune droit européen », *RDC* 2016/2, p. 340.

BERNHEIM-DESVAUX, S.,

« La compagne du débiteur est une caution non-avertie bénéficiant de la Macron », *EDCO* 2012/10, p. 3.

« La loi Chatel sur la tacite reconduction des contrats ne s'applique pas aux agriculteurs », *EDCO* 2014, n°8, p. 2 et s.

« Une SCI de gestion de patrimoine n'est pas un acquéreur non professionnel », *EDCO* 2013/1, p. 6.

BERT, D.,

« Personnalité morale et clauses abusives : la Cour d'appel prend le contre-pied de la CJCE », *Les petites affiches*, 2005 n°94, p.12.

BIHL, L.,

« La loi n° 78.23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », *J.C.P.* 1978. I. 2909.

BINET, J.-R.,

- « De la fausse cause », *RTD Civ.* 01/09/2004, n°4, p. 655.
- BIRRAUX, A.,
« Condition de prêt et mention manuscrite doivent-elles figurer dans le même acte ? », *JCP N* 25/07/2014, n°30, p.5.
- BLANC, N.,
« Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 394.
- BOFFA, R.,
« Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC* 2015/3, p. 736.
- BOSCO, D.,
« Les clauses abusives entre professionnel : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* 2008, n°5, p.1.
- BOUBLI, B.,
« Le contrôleur technique ne peut limiter sa responsabilité dans ses rapports avec un non-professionnel », *Revue de droit immobilier*, 2016/5, p. 290 et s.
- BOUJEKA, A.,
« Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français », *Dalloz* 2005, p. 1948.
- BOULOC, B.,
« La perte du droit aux intérêts », in *Etudes de droit de la consommation Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 81 et s.
- BOURSICOT Le, M.-C.,
« La résiliation du bail commercial ne rend pas caduque la vente de l'immeuble à laquelle il était associé », *Lamy Droit Civil*, 2015/130, p. 8 et s.
- BOYER, L.,
« Conditions de la tacite reconduction », *RTD civ.*, Août 1993.
- BROS, S.,
« Est abusive la fixation unilatérale du prix ne permettant pas, dès l'origine, de faire face à la concurrence », *AJ Contrats d'affaires- Concurrence – Distribution*, 2015 n°2, p. 78 et s.
- BRUSCHI, M.,
« Clauses abusives », *RDC* 2003/1, p. 92 et s.
« Endettement », *RDC* 2004/2, p. 300 et s.
- BURY, B.,

« La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client », *Gaz. Pal.* 2009, n°76, p. 6 et s.

BUSSEUIL, G.,

« De l'articulation entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux : l'exemple du droit de rétractation du consommateur », *Petite affiches* 2010, n°87, p. 7 et s.

BUY, F.,

« Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Droit de la concurrence*, Petites affiches, 17 décembre 2008 n°252, p.3.

CACHARD, O.,

« L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Lamy Droit civil*, n° 49, 1^{er} mai 2008.

CALAIS-AULOY, J.,

« Les clauses abusives en droit français », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, Paris : 1990, p. 113.

« Loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron. p. 266.

« Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.* 2005 p.701.

CARMET, O.,

« Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, p. 10.

CARTERON, V.,

« Elargissement de la protection de l'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier par la loi SRU », *AJDI* 2001, p. 502 et s.

CARTIER-MARRAUD, M.-L., AKYUREK, O.,

« Crise économique et révision des contrats : une approche pratique des règles applicables », *Gaz. Pal.* 2009 n°165-167, p.2 et s.

CARVAL, S.,

« Un promoteur immobilier peut se prévaloir du Code de la consommation dans ses rapports avec un contrôleur technique », *AJC-Concurrence-Distribution*, 2016/4, p. 200 et s.

CATTALANO-CLOAREC, G.,

« Le déséquilibre significatif, un mécanisme à deux visages », *L'ESSENTIEL droit des contrats*, 2017/3, p. 1 et s.

« Le syndicat des copropriétaires demeure un « non-professionnel », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* 2016 n°1, p.3.

CERVAU-COLLIARD, C.,

« L'application dans le temps des règles de résiliation des contrats d'assurance issues de la loi Hamon », *Gaz. Pal.*, 09/05/2017, n° 18, p. 71 et s

CLEMENT, J.-P.,

« La nouvelle donne juridique de la franchise (art. 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 et décret d'application du 4 avril 1991), *Gaz. Pal.*, 14-15 juin 1991, p. 3.

CRAMIER, P.,

« Essai sur la protection du contractant professionnel, En marge du droit de la concurrence » *Petites affiches* 2000, n°116, p. 4.

CHAGNY, M.,

« La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits ? », *AJ Contrats d'affaires- Concurrence- Distribution*, 2015 n°5, p. 193.

CHAZAL, J.-P.,

« De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », *Dalloz* 1999, p. 249.

« La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 14 décembre 2000, p. 879 et s.

« Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial », *D.* 2002, p. 1860 et s

« Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997 p. 260.

« Protection des consommateurs contre les clauses abusives », *D.* 2012.

CHENDEB, R.,

« Devoir de mise en garde du banquier à l'égard d'emprunteurs non-avertis : les précisions d'une chambre mixte », *Petites affiches* 2007, n°240, p. 22 et s.

CHENEDE, F.,

« L'équilibre contractuel dans le projet de réforme » *RDC* 2015/3, p. 655.

« De l'autonomie de la volonté à la justice commutative », in *Du mythe à la réalité, Droit et philosophie*, Annuaire de l'Institut Michel Villey, Volume 4- 2012.

« Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats. À propos de quelques observations de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau et de leurs suites », *Dalloz* 2017, p. 2214 et s.

« Napoléon Bonaparte, lésion et violence », *RDC* 2014/3, p. 527 et s.

« Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », *RDC* 2012/1, p. 241.

- « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *RDC* 2012/3, p. 1017
- CHONE-GRIMALDI, A.-S.,
- « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *CCC* 2012/4, étude 6.
- « Vers la consécration de la théorie de l'impression ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », *Les Petites Affiches*, 2010/256, p. 7 et s.
- CLARET, H.,
- « La loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », *JCP G* 2005, I, 140.
- CLAUDE, N.,
- « L'application extensive de la protection consumériste aux personnes morales », *Petites affiches* 30/09/2011, n°195, p. 14 et s.
- COCHET-CORDEY, F.,
- « Société civile acquéreur d'un immeuble à usage d'habitation et délai de rétractation », *AJDI* 2013, p. 374 et s.
- COUTRON, L.,
- « Droit du contentieux de l'Union Européenne (juillet-décembre 2010) », *RTDE* 2011 n°11, p. 173 et s.
- COURAIT, A.,
- « Limites du contrôle judiciaire de la bonne foi contractuelle », *Bulletins Joly Sociétés*, 2007/11, p. 1187.
- DANGLEHANT, C.,
- « Commentaire de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127 et s.
- DANIS-FATOM, A.
- « Une garantie spéciale de conformité pour les biens achetés en ligne ou à distance », *RDC* 2016/3, p. 464 et s.
- DAVO, H.,
- « Le formalisme bancaire et protecteur du consommateur », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 329 et s.
- DECOUX, A.,
- « Le consommateur peut aussi être une personne morale », *Lamy Droit civil*, 2005 n° 16, p. 12.

DELEBECQUE, Ph.,

« Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC* 2015/3, p. 759 et s.

« La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat », *D.* 1997, p. 175 et s.

« Sanction de l'obligation d'information du banquier vis-à-vis de ses cautions », *Bull. Joly Sociétés* 01/06/1992, n°6, p. 679 et s.

« Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008/3, p. 979.

DELEBECQUE, Ph., GAUTIER, P.-Y., GOLDIE-GENICON, C., GRIDEL, J.-P., LEVENEUR, L.,

« Table ronde », *Petites affiches* 2012, n°238, p. 48.

DEUMIER, P.,

« Opt-in et opt-out (A propos de de nouveaux systèmes d'application des sources du droit des contrats) », *RDC* 2007/4, p. 1462.

DESSUET, P.,

« La validité des clauses limitatives de responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage remise en cause même en RC de droit commun », *Assurance*, Régime général du droit des assurances, 01 avril 2016 n°4, p. 176.

DETRAZ, S.,

« Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », *CCC.*, 2004, n° 7.

DISSAUX, N.,

« Retour sur le contrôle de l'abus dans la détermination du prix », *Revue de droit rural* 2015 n° 432, p. 35 et s.

DURAND, C.,

« L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVIe au XVIIIe siècle », *RTD* 2015/03, p. 611.

FAGES, B.,

« Comment Faurecia 2 renoue avec Chronopost 1 et illustre la nécessité de passer à la saison 4 », *RTD civ.* 2010 p. 555 et s.

« L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *Bulletins Joly Sociétés*-n°9, p.529 et s.

« Pas de clause abusive sans clause. », *RTD Civ.*, 2010, p.323 et s.

FAUVARQUE-COSSON, B.,

« Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé 1 », *RDC*, 2013/2, p. 671 et s.

« Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives ? Le rapport « Unfair Terms in Contracts » des Law Commissions anglaise et écossaise », *RDC* 2005/3, p.891.

FAVARIO, T.,

« La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », *JCP G*, 2010/43, p. 1999 et s.

FENOUILLET, D.,

« Cautionnement », *RDC* 2004/2, p. 304 et s.

« Clauses abusives », *RDC* 2009/4, p. 1422.

« Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016/2, p. 358 et s.

« Les effets du contrat entre les parties : Ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », *RDC* 2006/1, p. 67.

« Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et réforme du droit des pratiques commerciales déloyales », *RDC* 2009/1, p. 128.

« Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC* 2009/1, p. 279.

FERRIER, D.,

« Concurrence- Distribution janvier 2014-décembre 201 », *D.* 2015 n°16, p. 943 et s.

FERRIER, N.,

« Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », in *Droit comparé et européen, La réforme du droit des obligations en France, 5^{ème} journées franco-allemandes*, R. Schulze, G. Wicker, G. Masch, D. Mazeaud (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2015, spéc. 85.

FRISSON-ROCHE, M.-A.,

« Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004 n°2, p. 451 et s.

GALLOU Le, C.,

« Agriculteur mais pas consommateur », *RLDC* 2014 n°118, p. 15 et s.

« La tacite reconduction, technique indirecte mais dangereuse de révision du contrat », note sous arrêt, *Défrénois*, 2006 n°10, p. 828 et s.

GARCIA, F.,

« SCI et sanction d'une clause abusive : le professionnel de l'immobilier n'est pas un professionnel de la construction », *D.* 2016.

GARCIA-CANTERO, G.,

« Les clauses abusives en droit espagnol », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, J. Ghestin (dir.), L.G.D.J., Paris : 1991, spéc. p.273.

GAUTIER, P.-Y.,

« Des limites de la personnalité morale », in *Liber amicorum P. Merle*, Dalloz, 2012, p. 293 et s.

GAVADA, C.,

« L'information et la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loi 78-22 du 10 janvier 1978) », *D.S.* 1978. *Chronique 189.*

GENICON, T.,

« Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276.
« Thoérie de l'impression... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010/37, p. 2485 et s.

GILDA, N.,

« Des besoins de la profession aux contours de la compétence professionnelle ou les excès de l'interprétation jurisprudentielle dans l'assimilation au consommateur du professionnel ignorant », *D.* 1993.

« Le commerçant qui fait installer dans son magasin un système d'alarme se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur : application à l'opération de la réglementation du démarchage et du crédit mobilier », *D.* 1993, p. 87.

GHESTIN, J.,

« Rapport introductif » in *les Clauses abusives entre professionnels*, sous la direction de C. JAMIN, D. Mazeaud, Economica, Paris : 1998, spéc. p.8.

« L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction, Un peu d'histoire », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, Paris : 2004, spéc. p. 454 et s.

GHESTIN, J., BARTHEZ, A.-S., GROSSER, P., LOISEAU, G., SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., SERINET, Y.-M., VIRASSAMY, G.,

« Droit des contrats », *JCP G* 2016/27, p. 1372 et s.

GHESTIN, J., CHAGNY, M., GROSSER, P., et autres,

« Droit des contrats », *JCP G* 2009 n°30, p. 39 et s.

GHESTIN, J., MARCHESSEAU-VAN MELLE, I.,

« L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP E* 1995, Etudes et Chroniques 481, p. 319 et s.

GRALL, J.-C., BUSSONNIERE, T.,

« Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre B to B et le B to C », *Lamy de la Concurrence*, 2015/43, p. 26 et s.

GRALL, J.-C., MALLEEN, G.,

« Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *RLC* 2016 n° 56, p. 20 et s.

GRATTON, L.,

« Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 22.

GRIMALDI, C.,

« Acquisition d'un immeuble par une société civile immobilière : quelle (s) protection (s) ? », *Déf.* 15/06/2016, n° 123, p. 611 et s.

« Clauses abusives et droit de la distribution » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2013, spécialement p. 87.

« Validation et sort d'une clause de non-réaffiliation lors de la tacite reconduction d'un contrat de franchise », *RDC* 2013/1, p. 188 et s.

GRYNBAUM, L.,

« Le juge et les tensions dans les relations contractuelles », *RDC* 2003, p. 291.

« Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *RDC* 2005/2, p. 580.

« Vers un droit de rétractation généralisé », *RDC* 2005/2, p. 527 et s.

HAFTEL, B.,

« La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30/04/2015, n° 120, p. 8 et s.

HONDIUS, E.,

« La directive sur les clauses abusives et les États membres de l'Union européenne, (aperçu de droit communautaire) », in *La protection de la partie faible dans les rapports*

contractuels, comparaison franco-belges, M. Fontaine et J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°XVII-5, p. 594.

« Regard sur le droit comparé » in *Les clauses abusives entre professionnels*, Etudes juridiques, Economica, Paris : 1998, p.110.

HONDIUS, E., ALEXANDRIDOU, E., MICALLEF, P.-E.,

« Publicité, pratique du commerce et méthode de vente », *REDC* 2005 n°1, p. 47 et s.

HOUTCIEF, D.,

« La notion de déséquilibre significatif peut-elle significativement varier ? », *Gaz. du Pal.* 2017, n° 15, p. 37 et s

« La sanction de l'obligation d'information de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier », *RDC* 2003/1, p. 179 et s.

IDOT, L.,

« La protection par le droit de la concurrence » in *les clauses abusives entre professionnels*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, Etudes juridiques, Economica, Paris : 1998.

JAMIN, C.,

« Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD civ.* 1995. P. 437.

JAPPY, P.,

« Les clauses abusives à l'égard des consommateurs et la réglementation du 10 janvier 1978 », *Gaz. Pal.*, 5/09/1978, p. 453.

JESTAZ, Ph.,

« L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale » : in Ph. Jestaz, *Autour du Code civil. Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 325.

JOURDAIN, P.,

« Le devoir de se renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.* 1983, Chron., p. 138, spec., p. 144.

JUDE, J.-M.,

« Notion d'acte mixte de consommation, à la fois à usage professionnel et privé », notes sous CJCE 20 janvier 2005 (affaire C-464/01), *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 493.

KAMARA, F., ROTH, C.,

« La commission des clauses abusives », *D.* 2009, p. 1872.

KLEIN, J.,

« Le consentement », *JCP G* 2015, suppl. au n°21, p. 14.

LANDEL, J.,

« La médiation des litiges de consommation : un nouveau défi pour les assureurs », *Revue générale du droit des assurances*, 01/12/2015 n° 12, p. 538.

LANDO, O.,

« The Commun European Sales Law : Social justice or social dumping ? », *RDC* 2012/1, p. 213.

LECOURT, A.,

« Quelle responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2014 n°1, p. 45 et s

LE GAC-PECH, S.,

« Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.* 2014, p.581 et s.

« Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *Petites affiches*, 2016 – n°162, p. 7 et s.

LE TOURNEAU, Ph.,

« De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D. 1987, Chron., p. 101 et 102.

« Quelques aspects des responsabilités professionnelles, *Gaz. Pal.*, 1986. 2. *Doctr.*, p. 616.

LE TOURNEAU, Ph., POUMAREDE, M.,

« Art. 3 Les sanctions de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information », in *Bonne foi*, *RTD Civ.* 2009.

LEDUC, F.,

« Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », *Petites affiches* 2005, n°133, p. 3.

LEDUCQ, X.,

« Le client profane, le client averti, le client responsable et la loi Lagarde », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2011, n°120, p. 7.

LEGEAIS, D.

« Devoir de mise en garde envers l'emprunteur et la caution non avertis », *RTD com.* 2007, p. 579 et s.

LEGRAND, V.,

- « Le nouveau droit de la vente à distance et du démarchage », *Petites affiches*, 12 mars 2014 n°51, p.8.
- LEGUAY, G.,
« Loi Châtel : obligation d'information avant tacite reconduction », *RDI* 2005, p. 87 et s.
- LEPAGE, A.,
« Les paradoxes du formalisme informatif », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 597 et s.
- LEPAN, G.,
« L'idée de guerre juste chez Grotius », *Dossier : la guerre, Cahiers philosophiques*, n°110, juin 2007.
- LEVÊQUE, F.,
« Caractéristiques des PME et droit de la concurrence : le regard de l'économiste » in *Les PME et le droit de la concurrence, Analyse critique, comparative et prospective*, Y. Chaput (dir.) Litec, Paris : 2009, spéc. p. 22.
- LEVENEUR, L.,
« Le forçage du contrat », *Dr et patr.*, mars 1998, p. 69.
« Une nouvelle loi de « protection » des consommateurs (loi n°2005-67, 28 janvier 2005) », *JCP G* 2005, n°92, CCC. 2005, n° 3, p.3.
- LICARI, F.-X.,
« Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *Lamy Droit civil* 2017/144, p. 10.
- LOCKIEC, P.,
« Clauses abusives et crédit à la consommation », *RDBF* 2004 n°3, p. 221 et s.
- LOIR, R.,
« Clause de tacite reconduction », *JCP E* 2014 n°1-2, p. 35 et s.
- LORENZ, S.
« La protection contre les déséquilibres contractuels » in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schulze, G. Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 109.
- LUBY, M.,
« Sommes-nous tous des consommateurs ? », *Droit et Patrimoine*, 01/10/2002, n° 108, p.44.
- MAINGUY, D.,

- « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p. 1 et s.
- MALLET-BRICOUT, B.,
« Loi « Chatel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *Droit et patrimoine* n°140, p. 38 et s.
- MANON, S.,
« La technique est-elle une activité neutre ? », *Cours de philosophie, PhiloLog*, 13 mars 2008.
- MARTIN, R.,
« Le consommateur abusif », *D.* 1987, *Chron.* 150.
- MARTIN-CASALS, M.,
« Les clauses abusives dans le projet de cadre commun de référence (PCCR) », in *Les clauses abusives, Approches croisées Franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba, Société de législation comparée, 2013, spéc. p. 63.
- MATHEY, N.,
« Droit de la distribution, chronique numéro III, suite et fin », *Les Petites Affiches* 2000 n°1, p. 10 et s.
« Le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation », *CCC.* 2015 n° 5, p. 50 et s.
- MAUGERI, V.,
« Clauses abusives : illustration en matière bancaire », *RLAC* 2009 n°63, p. 15.
« Clause abusive : convention de carte bancaire », *La lettre Omnidroit* 2009 n°54, p. 7 et s.
- MAZEAUD, D.,
« De l'art de répondre à une question qui n'était pas posée tout en refusant de répondre à la question qui était posée », *Défrénois*, 15 septembre 1994 n° 17, p.1132.
« Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291.
« L'arrêt Canal « moins » ? », *D.* 2010/37, p. 2481 et s.
« L'abus de dépendance en droit des contrats » in *Mélanges offerts à P. DIDIER*, Economica, Paris : 2008, p. 325.
« L'attraction du droit de la consommation », *RTD Com.*, 1998, p.104.
« L'équilibre contractuel : trop c'est trop », *RDC* 2012/4, p. 1469 et s.
« Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM.
« Le juge et la révision du contrat », *Petites affiches* 2005, n° 129, p. 4.

« Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117 et s.

« Lésion », *RDC* 2007/3, p. 681 et s.

« L'important, c'est la clause, l'important », *D.* 2013 n°24, p. 1658 et s.

« Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglio... », *Gaz. Pal.* 22/03/2016 n°12, p. 20

« Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012/1, p. 276.

« Regard français sur les dispositions relatives aux clauses abusives », in *L'amorce d'un droit européen du contrat, La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, D. Mazeaud, R. Schulze et G. Wicker (dir.), Société de législation comparée, Paris : 2010, p. 97.

« Validité des clauses abusives entre professionnels », *D.* 1995 p.89.

MEFFRE, J.-M., GRALL, J.-C.,

« Négociation commerciale- Modèle 96 », *Petites affiches* 1996, n°42, p. 21.

MEKKI, M.,

« Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.* 10/05/2016- n°17, p. 11.

MEKKI, M., GRIMALDI, C.,

« Théorie du contrat », et plus précisément ? *RDC* 2009/2, p. 453 et s.

MEL, J.,

« La notion de consommateur européen », *Petites affiches* 2006, n°22 p. 5.

MESTRE, J.,

« Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 252.

« Le contrôle de la Cour de cassation de la qualification de la clause abusive », *RTD Civ.* 1994, p. 97 et s.

« Les documents contractuels », *RTD civ.* 1997, p. 118.

« Tacite reconduction du contrat et sort du cautionnement », *RTD. Civ.*, 1992, p.556 et s.

MESTRE, J., FAGES, B.,

« Deux précisions inédites dans la lutte judiciaire contre les clauses abusives », *RTD Civ.* 2007, p. 113.

« Les personnes morales peuvent bénéficier de la protection sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393.

MICHEL-AMSELLEM, V.,

« Les abus de domination » in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, Paris : 2008, spéc. p. 228.

MIGNOT, M.,

« 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) », *Petites affiches* 2016, n° 58, p. 6.

MOLFESSIS, N.,

« Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats » : *JCP G* 2015, n° 52. 1415.

NOGUERO, D.,

« La lézarde consumériste pour la résiliation du contrat d'assurance », *Gaz. Pal.* 2013-n°337.

NOURISSAT, C.,

« Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004 », *D.* 2009 n° 9, p. 608 et s.

PAISANT, G.,

« A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct » », *JCP G* 2003 n°13, p

« A quelles conditions le professionnel qui souscrit un contrat après démarchage à domicile peut-il être considéré comme un consommateur ? », *JCP G Semaine Juridique*, 10/03/1993, n°9, p. 2207.

« Essai sur la notion de consommateur en droit positif » : *JCP G* 1993, I, 3655.

« Effets d'une action en cessation d'une clause abusive (Hongrie) », *CCC* 2012 n°7, p.3.

« L'élargissement, par la CJCE, de la portée des actions en suppression de clauses abusives », *JCP G* 2012 n°28, p. 1394 et s.

« L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G* 2009/42, p. 33 et s.

« L'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in *Mélanges en l'honneur du doyen R. Decottignies*, PUG, p. 233 et s

« La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, C. Jamin et D. Mazeaud, (dir.), Economica, Paris : 1998, p. 21.

« La reconnaissance du caractère abusif des clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé aux consommateurs », *JCP G* 2013 n°19, p. 927 et s.

« Le « non-professionnel » en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau Code de la consommation) », *Petites affiches*, 14 avril 2016 n°75, p. 9.

« Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99

« Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.*1988. *Chron.* 253, n° 5.

« N'est pas un consommateur celui qui conclut un contrat présentant un rapport direct avec l'exercice de son activité professionnelle », *D.* 1996, p. 228.

« Proposition de directive relative aux droits des consommateurs, avantages pour les consommateurs ou faveurs pour les professionnels ? » *JCP G* 2009, I, 118.

« Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G*, 1994/25, p. 301.

« Retour sur la notion de non-professionnel », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen B. Gross*, PU de Nancy, p. 231.

PAISANT, G., PAULA SAN MIGUEL PRADERA, L.,

« Quel contrôle, par le juge, du caractère abusif d'une clause relative à la définition de l'objet principal du contrat ? », *JCP G* 2011 n°3, p. 114 et s.

PATAUT, E.,

« Clauses attributives de juridiction et clauses abusives » in *Etudes de droit de la consommation*, sous la direction de J. Calais-Auloy, Dalloz, Paris : 2004, spécialement p. 808.

PAYET, M.-S.,

« Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats », *RDC* 2006/4, p.1338.

PEDAMON, M.,

« La protection de la libre concurrence en République fédérale d'Allemagne », *JCP éd.* E II, 14310.

« De quelques traits essentiels du droit allemand de la concurrence », *Cah. Dr. Entr.* 1987-2 p.27.

PEGLION-ZIKA, C.-M.,

« Clauses abusives du Code de la consommation : un professionnel peut s'en prévaloir ! », *D.* 2016/11, p. 639 et s.

PELLET, S.,

« L'action en suppression des clauses abusives ou illicites est réservée aux contrats destinés aux consommateurs », *EDCO* 2014 n°7, p. 1 et s.

PELLETIER, Ph.

« La protection nouvelle de l'acquéreur immobilier », *Déf.* 2001- n°4, p. 205 et s.

PENNEAU, A.,

« Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du droit de la consommation au Code civil », *RDC* 2004/96, p. 3.

PICHONNAZ, P.,

« Les principes en droit européen des contrats : des règles communes à une compréhension partagée » in *Les Principes en droit européen*, éd. S. BESSON et P. Pichonnaz avec la collaboration de M.-L. Gachter-Alge, L.G.D.J, Schulthess Editions Romandes, Vol. 2, Bâle : 2011, spéc. p. 281.

PICOD, Y.,

« Notion de consommation : Le critère du rapport direct appliqué à une association », *D.* 2006 n°3, p. 238 et s

PIEDELIEVRE, S.,

« Chronique de jurisprudence de droit de la consommation », *Gazette du Palais*, 09 octobre 2014 n°282, p.18 et s.

« Démarchage et qualité du démarché », *Gaz. Pal.* 24 octobre 2013, n° 297.

« De la proportionnalité de l'engagement d'une caution », *Gaz. Pal.* 2012, n°313, spéc. p. 12.

« Information sur le renouvellement du contrat et non-professionnel », *Gaz. Pal.* 2016- n°14, p. 34 et s.

PIZZIO, J.-P.,

« Le consommateur est une personne physique », *D.* 2002, p. 2929 et s.

POILLOT-PERUZZETTO, S., RUEDA, I., DELPY, C. et autres,

« Droit international et européen », *JCP G* 2003 n°5, p. 180 et s.

POISSONNIER, G.,

« La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *D.* 2009/34, p. 2312 et s.

RACINE, J.-B.,

« La protection contre les déséquilibres contractuels entre professionnels en droit français », in *Promotion et protection des petites et moyennes entreprises : les nouveaux instruments de droit privé*, sous la direction de R. Schelze, G.Wicker, Berlin : LIT, 2013, spéc. p. 130.

RAYMOND, G.,

« Actualité législative en droit de la consommation », *CCC* 2005, n°3, p. 8.

« L'agriculteur, qui agit dans l'intérêt de son entreprise, ne peut être considéré comme un consommateur », *Revue de droit rural*, 2015/429, p. 38 et s

« La loi de 1972 ou la protection du consommateur : Champ d'application », *La Gazette du Palais*, 18/01/1994, n°18, p.5-11.

« La protection du consommateur dans les opérations de crédit, commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1979 », *Gazette du Palais*, 1978, J. 556.

« Personnes morales et application de l'article L.136-1 du Code de la consommation », *CCC*, 2011 n°10, p.40.

« Mutations en droit de la consommation », *Revue Lamy Droit des affaires*, 01/02/2010, n° 46, p. 58.

REMY-CORLAY, P.,

« L'influence du juge communautaire sur l'office du juge », *RTD Civ.*, 2009 n° 4, p. 684 et s

REMET, T.,

« Droit réglementaire et droit prétorien du contrat », *RDC* 2005/2, p.251.

« Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016/2, p.373.

« L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC* 2015 n°1, p. 199.

RIASSETTO, I.,

« Caution avertie et disproportion : méthodes d'appréciation des conditions », *Revue des sociétés* 2012, spéc. p. 44 et s.

RIBOT, J.,

« Clauses abusives et droit de la consommation dans la jurisprudence espagnole récente », *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud, E. Lauroba (dir.), *Droit comparé et européen*, vol. 13, Société de législation comparée, Paris : 2013, p.181.

ROCHFELD, J.,

« Clauses abusives - Listes réglementaire noire et grise », *RTD Civ.*, 2009, p.383.

« Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ? », *RDC* 2013/2, p. 489.

« Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004/4, p. 915.

« La communautarisation des sources du droit – De l’harmonisation maximale », *RDC* 2009/1, p.11 et s.

« La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l’économie numérique », *RTD Civ.*, 2004, p. 574.

« Le mélange des branches : le Conseil de la concurrence et la définition du consommateur », *RDC* 2008/3, p. 676.

« Les clairs-obscur de l’exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 981 et s.

« Reconduction des contrats – Crédit. Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », *RTD Civ.* 2005, p. 478 et s.

ROPPO, V.,

« La définition du caractère abusif : l’application des articles 3 paragraphe 1, et 4 paragraphe 1 et les annexes de la directive », in *La directive « clauses abusives », cinq ans après*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, Doc. CE., p. 137.

ROQUE, J.,

« La licéité de principe des ventes liées », *Les Petites affiches* 2010 n°115, p. 12.

ROUQUAYROL, D.,

« La jurisprudence en matière d’information précontractuelle en assurance-vie », *Dr., et Patr.*, n° 170, mai 2008, p. 48 et s.

SAINT-ESTEBEN, R.,

« L’introduction par la loi LME d’une protection des professionnels à l’égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009/3, p. 1275.

SASSOLAS, D.,

« L’obligation d’information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Petites affiches* 2013, n° 256, p. 26.

STUYCK, J., TERRY, E.,

« Le droit européen de la consommation (Développement récent) », *Larcier* 2007 n°143, p. 257 et s

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N.,

« Droit de la consommation », mars 2012, mars 2013, *D.* 2013 n°14, p. 945 et s.

« Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *RDC* 2017/1, p. 109 et s.

« La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC* 2016/3, p.492 et s.

« Les clauses abusives à l'épreuve de la proposition de directive cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008 », in *Atelier droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique*, sous la présidence de Béhar-Touchais

« Les clauses abusives dans les contrats de consommations », *CCC*. 2008, n° 7.

« Les clauses abusives ; Observations », *Petites affiches* 2009, n°31, p.54

« Les clauses abusives régis par le droit commun », *RTD civ.* juin 2016.

« Non-professionnel », *RDC* 2012/2, p.498

« Non-professionnel et tacite reconduction des contrats de consommation », *RDC* 2011/4, p. 1246 et s.

« Un syndicat de copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L.136-1 du Code de la consommation », *RTCO*, 1^{er} septembre 2011, n° 8, p. 2 et s.

« Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », *RDC* 2015/2, p. 331 et s.

« Une société commerciale n'est pas un non-professionnel », *L'Essentiel Droit des contrats* 201,1 n°10, p. 3.

« Une société commerciale n'est pas un non-professionnel », *RDC* 2012/2, p. 498 et s.

« Tacite reconduction des contrats de consommation et information du consommateur », *RDC* 2013/3, p. 963 et s.

SCHMIDT, D., GRAMLING, P.,

« Commentaire de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », Paris : *la documentation organique*, 1978, p. 116 et s.

SEUBE, J.-B.,

« Clauses et équilibre du contrat », *JCP E*, 2016/24, 37 et s.

SINAY-CYTERMANN, A.,

« Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP* 1994, I, n° 3804.

STURLESE, B.,

« Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 398.

SIZAIRE, C.,

« Le promoteur immobilier, exerçant sous forme de société immobilière, est un non-professionnel au sens de la législation sur les clauses abusives », *Construction-Urbanisme*, 2016/3, p. 37 et s.

STOFFEL-MUNCK, Ph.,

« L'encadrement de la tacite reconduction depuis la loi Chatel », *JCP G* 2005, I, n°129.

TENREIRO, M.,

« Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Dir.n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993) », *Contrats Conc. Consom.* 1993, Etude 7, p. 1 et s.

THOMASSIN, N.,

« Le vendeur en SCI, professionnel malgré lui ? », *Déf.* 2017 n° 5, p. 295 et s.

TIEESEYRE, S.,

« Paradoxe autour de la notion de non-professionnel », note sous Civ. 1^{re}, 23 juin 2011, *D.* 2011, p. 2245 et s.

TORT, F.,

« Technique contractuelle : la recherche d'efficacité juridique dans les relations commerciales », *RDC* 2004/2, p. 519.

TROCHU, M., TREMORIN, Y., BERCHON, P.,

« La protection des consommateurs contre les clauses abusives, 2e partie » in *Droit et pratique du commerce international*, 1981, p. 229 et s

UTZSCHNEIDER, Y.,

« Ventes liées : l'interdiction remise en cause par le droit communautaire », *Décideurs Juridiques et Financiers*, 2009 n°108, p. 106 et s.

VALDELIEVRE, G.,

« La clause de sauvegarde ou hardship », *RLDC* 2016 n°136, p. 61 et s.

VALETTE-ERCOLE, V.,

« Les clauses abusives en droit de la consommation » in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, Y. Picod, D. Mazeaud et E. Lauroba (dir.), op. cit, spéc. p.176.

VIGNAL, N.,

« La vie du lien contractuel », in *Lamy Droit du contrat*, sous la direction de B. Fages, 2003, n°410-37.

VIGNEAU, V.,

« Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », 30/08/2002, n° 242, p. 3-7.

VOGEL, J., Vogel, L.

« La sanction de l'abus de position dominante commise par une entreprise », *L'Essentiel droit des contrats* 2017, n°4, p. 5 et s.

WITZ, C.,

« L'énigmatique exception au principe d'interprétation des clauses contractuelles dans le sens favorable au consommateur » in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 321 et s.

« La protection contre les clauses abusives : quel modèle pour le futur Cadre commun de référence ? » *Table ronde : contenu et exécution du contrat, RDC* 2009/2, p.883.

« Table ronde : Contenu et exécution du contrat », *RDC* 2009/2, p. 883.

WITZ, C., FURKEL, F.,

« Chronique de droit civil allemand », juillet 1995-septembre 1996, *RTD Civ.* 1997 p.264.

ZALEWSKI-SICARD, V.,

« Protection de l'acquéreur immobilier : les tribulations de l'article L. 271- 1 du CCH », *Gaz. Pal.* 2016 n° 28, p. 52 et s.

V- NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS SOUS ARRÊTS

ALFREDO, P.,

« Les chroniques ibériques », *La Semaine Juridique, entreprises et affaires* n°39, 27 septembre 2001, Etude, p.1520.

AMRANI-MEKI, S., MEKI, M.,

- « Droit des contrats. Janvier 2014-janvier 2015 », *D.* 2015 n°9, p. 529 et s.

AUBERT de VINCELLES, C.,

- « Elargissement de l'office du juge en matière de clauses abusives », Note sous arrêt, *RDC* 2011/2, p. 504 et s.

AYNES, L.,

- Note sous arrêt, Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11841.

BAKOUICHE, D.,

- Note sous arrêt, *JCP E* 2005 n°21, p. 855

BARBIER, H.,

- « L'indivisibilité de l'ensemble contractuel incluant une location financière », Note sous arrêt, *RTD Civ.* 2013 n°3, p. 597 et s.

BEHAR-TOUCHAIS, M.,

- « Le réveil de la belle au bois dormant : à propos de l'abus dans la fixation du prix », Note sous arrêt, *RDC* 2015/2, p. 293 et s.

BERTIER, D.,

- *DJF*, 2010/122, p. 92-93.

BOULOC, B.,

- « Prohibition communautaire de l'interdiction des ventes liées », Note sous arrêt, *RTD Com.* 2009 n°3, p. 607.

BOTTINO, M.,

- « Arrêt Invitel : l'effet ultra partes des clauses déclarées abusives », *REDC* 2012 n°3, p. 587 et s.

CHAGNY, M.,

- « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », Note sous arrêt, *RDT Com.* 2015 n°3, p. 486 et s.

CHONE-GRIMALDI, A.-S.,

- « Abus dans la fixation du prix-à propos d'un contrat d'approvisionnement », Note sous arrêt, *JCP E* 2014 n°50, p. 42 et s.

CLAVIERE de, B.,

- « Consécration européenne de l'effet erga omnes des actions en suppression des clauses abusives » ; Note sous arrêt, *RLDA* 2012 n°74, p. 69 et s.

CLAUDE, N.,

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *Petites affiches* 30/09/2011, n° 195, p. 14 et s.

COMBET, M.,

- « Protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats d'assurance » ; Note sous arrêt, *RLDA* 2015 n°106, p. 55 et s.

CREDOT, F.-J., SAMIN, T.,

- « Clauses abusives » ; Note sous arrêt, *RDBF* 2009 n°5, p. 26 et s.

DADOUN, A., «

- Faut-il avoir peur du « déséquilibre significatif » dans les relations commerciales ? », Note de Cons. Const., 13 janvier 2011, *Petites affiches*, 13 avril 2011 n°73, p.17 et s.

DELPECH, X.,

- « Validité de l'indemnité de remboursement anticipé », *D.* 2005 n°38, p. 2670 et s.

DESSUET, P.,

- « La validité des clauses limitatives de responsabilité vis-à-vis du maître d'ouvrage remise en cause même en RC de droit commun », *Revue Générale du Droit des Assurances*, 2016/4, p. 176 et s.

ESPAGNON, M.,

- Note sous arrêt, *DIT* 1996 n°1, p. 38 et s.

FENOUILLET, D.,

- « Les clauses abusives dans les contrats de vente automobile, un arrêt... d'espèce », Note sous arrêt, *RDC* 2006/2, p. 369 et s.
- « Clause abusive, Contrat d'enseignement », *RDC* 2009/4, p. 1426 et s.
- « Clause abusive, convention de compte de dépôt », *RDC* 2009/4, p. 1430 et s.
- « Crédit à la consommation : note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 31 janvier 2008, pourvoi 05-12729 », *RDC* 2008/4, p. 1232.

FERRIER, D.,

- « Concurrence-Distribution janvier 2014-décembre 2014, *D.* 2015 n°16, p. 943 et s.

FOYER, J.,

- *JOAN* 1977, p.8466 et s.

GHESTIN, J.,

- « De la fixation unilatérale des prix dans un contrat d’approvisionnement exclusif », Note sous arrêt, *D.* 2015 n°3, p. 183 et s.

GRIMALDI, C.,

- note sous Cass. 3^e civ., 24 octobre 2012, n°11-18774, *Déf.* 2012, p. 1288 et s.

HOUTCIEFF, D.,

- « Les incohérences de l’interdépendance... », Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2013 n°184-185, p. 18 et s.
- « Les clauses abusives abusées par la cause », Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/16, p. 25 et s.

HUET, J.,

- Chronique numéro 7 (suite et fin), *Les petites affiches*, 1995 n°80, p. 22 et s.
- Obs., *RTD civ.* 1984, p. 727.

JAMIN, C.,

- « La résolution de la vente d’immeuble entraîne celle du prêt », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, Madame Boléa et autres contre Banque Populaire de la Côte d’Azur (BPCA), *JCP N Semaine juridique (édition notariale et immobilière)*, 03/03/1995, n° 9, p. 384-386.
- « La loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile est-elle applicable à l’acquisition faite par un boulanger dans le but d’étendre le champ de son activité professionnelle ? », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 fév. 1994, *D.* 1994, p. 236 et s.
- Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/14, p. 33 et s.

LAITHIER, Y.-M.,

- « L'appréciation erronée de l'utilité économique de la contrepartie convenue n'est pas, en principe, une cause de nullité du contrat », Note sous arrêt, *RDC* 2012/4, p.1175.
- « Clause abusive et professionnelle d'une autre spécialité », Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/14, p. 33 et s.

LALOT, L.,

- « Clauses abusives et conditions générales de vente », Note sous arrêt, *RLDA* 2013 n°82, p. 44.

LE GAC-PECH, S.,

- « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », Note sous Cass. com. 29 juin 2010, *JCP E.* 2010/50, p. 24 et s.
- « Ecueils et limites de la législation sur les clauses abusives »; Note sous arrêt, *JCP E* 2015 n°43-44, p. 32 et s.

LE GALLO, C.,

- « Clause de garantie abusive : encore les autos ! », *RLDC* 2013 n°104, p. 16 et s.

LEGEAIS, D.,

- « Location financière », Note sous arrêt, *RTD Com.* 2013 n°3, p. 569 et s.
- Note sous arrêt, *RTD Com.* 2004 n°1, p. 136 et s.

LE MESLE, L.,

- « L'interdépendance des contrats » ; Note sous arrêt, *RDC* 2013/3, p. 849 et s.

LEVENEUR, L.,

- Note sous arrêt, *JCP E* 1996 n° 25, p. 149 et s.
- Note sous arrêt, *CCC.* 2006 n°1, p. 11 et s.
- Note sous arrêt, *RDC* 2006/2, p. 359 et s.
- Note sous arrêt, *CCC.* 2004 n°5, p. 19 et s.

LOIR, R.,

- « Clauses abusives », Note sous arrêt, *JCP E* 2013 n°31-34, p. 41.

LOISEAU, G.,

- « Note sous arrêt », *JCP G* 2001 n°4, p. 195 et s.

LUBY, M.,

- Note sous arrêt, *RTD Com.* 2003 n°1, p. 196 et s.
- Note sous arrêt, *RTD Com.* 2004 n°4, p. 838 et s.

MACORIG-VENIER, F.,

- « Application du Code de la consommation aux personnes morales : la question reste délicate » Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2011, n°10-30645 et Cass. Com. 6 septembre 2011, n°10-21-583, *Droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2011 n° 11, p. 848 et s

MARTIN, R.,

- Note sous Cass. com. 22 octobre 1996, *Gaz. Pal.* 22/08/1997 n°234, p. 12-13.

MAZEAUD, D.,

- « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglia... », Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/12, p. 20 et s
- Note sous arrêt, *RJDA* 2016/4, p. 316 et s.
- Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/16, p. 25 et s. « Clause abusive dans le contrat entre un contrôle technique et une SCI », *Responsabilité civile et assurances*, 2016/5, p. 23 et s.
- Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/16, p. 25 et s. « Clause abusive dans le contrat entre un contrôle technique et une SCI », *Responsabilité civile et assurances*, 2016/5, p. 23 et s.
- « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglia... » ; Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2016/12, p. 20 et s.
- Obs., *RDC* 2007. 707.
- Observations sous Cass. Com. 10 mai 1994, *D.* 1995. Somm. 89.

- Note sous arrêt, *RJDA* 2016/4, p. 316 et s.

MESTRE, J., FAGES, B.,

- Note sous arrêt, *RTD Civ.* 2003 n°1, p. 90 et s.
- Note sous arrêt, *RTD Civ.* 2004 n°2, p. 290 et s.

NENERT, J.,

- Note sous un arrêt de la Cour de cassation, *CJEG*, 1995, n°512, p.270-274.
- Note sous arrêt, *CJEG* 1995 512, p. 270 et s.

PAISANT, G.,

- « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif » ; Note sous arrêt, *JCP E* 2001 n°49, p. 1958 et s
- « Une nouvelle définition du consommateur protégé contre les clauses abusives ; Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 janvier 1995 », *D.* 1995, p. 327 et s.

PIEDELIEVRE, S.,

- « Clause abusive et déséquilibre significatif », note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2014/169-170, p. 21.
- Note sous arrêt, *Gaz. Pal.* 2004 n° 144, p. 19 et s.

PILLET, G.,

- Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n°07-11721 : Note, *JCP G* 2008, II, 10147.

POISSONNIER, G.,

- Note sous CJCE, *Petites affiches* 2009 n° 132, p.10 et s.

RAYMOND, G.,

- « Clause abusive d'un contrat d'enseignement », *CCC* 2011/10, p. 38.
- « Les vicissitudes de la notion d'obtention de prêt dans la loi du 13 juillet 1979 », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 1992.
- Note sous arrêts, *CCC* 2005 n°5, p. 31-33.
- Note sous arrêts, *RDC* 2015/2, p. 331 et s.

- Note sous arrêt, CCC 2003 n°3, p. 36 et s.
- Note sous arrêt, CCC. 2004 n°6, p. 36 et s.

ROBERT. J.-A.,

- Note sous arrêt Cass. com., 29 juin 2010.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N.,

- *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, Fasc. 850, 2008, n° 34

SECNAZI, R.,

- Note sous arrêt, *JCP E* 2001 n° 13, p. 571 et s.
- Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 24 janvier 1995 », *D.* 1995, p. 327 et s.

SIZAIRE, C.,

- « Le promoteur immobilier, exerçant sous forme de société immobilière, est un non-professionnel au sens de la législation sur les clauses abusives », *Construction-Urbanisme*, 2016/3, p. 37 et s

STOFFEL-MUNCK, Ph.,

- « L'abus dans la fixation unilatérale du prix » ; Note sous arrêt, *RDC* 2015/2, p. 233 et s.
- *Droit et patrimoine*, 01/02/2011 n°200, p. 69 et s.
- Obs., *JCP G* 2007. I., 185, n° 10.

STORCK, M.,

- Note sous arrêt, *JCP N* 2016, p. 28 et s.

VI- Rapports

Ass. Nat., rapport Burkel, 1^{ère} session 1977-1978, n°3123, p.15.

Association Henri Capitant, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, G. Wicker, J.-P. Racine, L. Sauton-Laguionie, F. Bujoli, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris : 2008.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

-A-

Abus de droit : 144-145
Acquéreur non professionnel : 191 - 209
Autonomie de la volonté : 7 – 9, 417, 468, 535, 560
Assuré : 312, 319, 320, 323, 324, 366, 431, 442, 457, 534

-C-

Clauses abusives
- droit de la consommation : 372- 456
- Commission clauses abusives : 407 - 410
 - liste grise : 396 - 403
 - liste noire : 390- 395
 - Pouvoir règlementaire : 406
- droit commun : 460- 467
- droit de la concurrence : 495- 510
Chronopost : 461 - 464
Clause de non-garantie : 137
 - vices cachés : 135, 137
Clauses standardisées : 164 -168
Consommateur : 15, 57- 61
- compétence professionnel : 45- 48
- rapport direct : 49 - 53
Contrat d'adhésion : 156- 163
Crédit à la consommation : 36
Cybercontractant : 238- 241

-D-

Démarchage : 32 -33
Devoir d'information
- droit de la consommation : 332- 354
- droit commun : 355- 361
Déséquilibre significatif : 411- 454, 458, 495 - 510
Droit de la concurrence
- abus de dépendance 492- 494
- abus de dépendance civile : 495- 510
 - dépendance économique : 168 - 177
 - détresse économique : 178 - 181
- abus de position dominante : 524- 532
- entente : 512- 523
Droits étrangers
- droit anglais : 92- 98,
- droit allemand : 99- 103
- Droit espagnol : 104- 108

-E-

Équité : 2- 8

-F-

Faiblesse économique : 153- 182

Faiblesse juridique : 184- 190

Faiblesse technique : 235- 245

Faurecia I et II : 465

-I-

Information : 305 - 368

Interprétation des contrats : 317 - 322

-L-

Lésion qualifiée : 479- 489

Loi Hamon : 109 -113

-M-

Marché unique numérique : 137- 142

-N-

Non-avertis : 210 -234

Non-professionnel

- définition : 29- 31, 38 – 42, 63 -68, 71 - 79

- protection : 411 - 458

-O-

Obligation essentielle : 460 - 467

-P-

Petit professionnel

- définition : 82- 90, 119- 143

- protection : 460- 532

Présentation des contrats : 306- 316

Protection :

- circonstanciée : 275 -287

- par détermination de la loi : 256- 274

- absence de standardisation : 289- 302

-R-

Révision du contrat : 5, 468- 478

-T-

Tacite reconduction : 69- 70, 324 -366

INDEX DES PRINCIPAUX TEXTES CITÉS

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

Articles du Code des assurances

L. 511 : 340,
L. 113-12 : 324, 366
L. 113-15-2 : 324,
L. 113-12 al. 2 : 324,

Articles du Code civil

1103 : 343
1104 : 74, 385
1110 : 158, 500
1112-1 : 74, 184, 210, 250, 253, 255, 257, 261,
284, 547
1137 : 361
1143 : 141, 388, 492

1164 : 437

1170 : 74, 157, 382, 461, 462, 466
1171 : 74, 115, 157, 162, 237, 287, 300, 374,
382, 420, 448, 475
1195 : 467, 471, 475, 476

1736 : 324

1738 : 324

2288 : 217

Articles du Code de commerce

L.441-6 : 110, 165
L. 420-1 : 511, 512, 524,

L.420-2, al. 2 : 492, 594, 511, 522

L.420-4 : 522

L. 442-6, I, 2° : 74, 162, 296, 485, 486, 488, 497,
498, 499-508
L. 442-6-III : 486

Articles Code de l'urbanisme

L. 316-3-1 : 195

Articles Code de la construction et de l'habitation

L. 271-1 : 193-207

Anciens articles du Code de la consommation

L. 121-1 : 44

L. 121-16-1 : 110

L. 133-2 : 316, 318, 321

L. 136-1 : 77, 271, 324, 325, 344, 351

L. 141-4 : 421

L. 421-1 : 446

Nouveaux articles du Code de la consommation

Liminaire : 22, 27, 70, 76, 207, 208, 228

L.311-1, °2 : 34

L. 111-1 : 311, 339

L. 111-2 : 341

L. 111-7 : 341

L. 211-1 : 306, 307, 310, 317, 320, 322

L. 211-4 : 306

L. 311-3 : 36

L. 212-1 (ancien article L. 132-1) : 37, 124, 295, 373, 376, 393, 398, 419, 421, 448-452, 488, 497

L. 212-2 : 162, 545

L. 221-3 (ancien article L. 121-16) : 83, 110, 128, 129

L. 215-1 (ancien article L136-1) : 331-354,

L. 313-2 : 202

L. 343-5 : 210

L. 341-1 : 210

L. 141-1, II, 5° : 363

R. 212-1, 1° : 394

R. 212-2 : 402

I. TEXTES CODIFIÉS
II. TEXTES EUROPÉENS

Articles du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

Article 101 TFUE : 511 et s.

Article 102 TFUE : 511 et s.

Convention européenne

Convention de vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise : 144

Directives européennes

Directive n° 85/577/CE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux : 121 et s.

Directive n°93/13/CE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusive dans les contrats conclus avec les consommateurs : 60,61, 114, 115, 315, 374, 375, 384, 389, 409, 412, 443, 452

Directive n°99/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : 115, 135

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relatif aux droits des consommateurs : 79, 82, 83, 84, 89, 96, 103, 107, 109,115- 139, 402, 541.

Propositions de textes européens

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV) : 133 et s.

Proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs : 372 et s.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique : 90 et s.

*Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015
concernant certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance :*
90 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Principales abréviations	VI
Sommaire	X
Introduction	1
Première Partie La consécration de la qualité de contractants faibles du non-professionnel et du petit professionnel	19
Titre I Une reconnaissance de la qualité de contractant faible	21
Chapitre I L'émergence de la notion distincte de non-professionnel	21
Section 1 : Les origines de la notion de non-professionnel.....	21
§ 1. Les premiers textes relatifs à la notion de non-professionnel en droit français.....	23
§ 2. Les mutations de la notion de non-professionnel.....	36
A- Le critère de la compétence professionnelle.....	37
B- Le critère du rapport direct.....	40
Section 2 : L'acceptation d'une protection autonome du non-professionnel et du petit professionnel	45
§ 1. La consécration de la notion de non-professionnel par les tribunaux français.....	45
A. Le sens de l'arrêt <i>Cape</i>	46
B. Conséquence de l'arrêt <i>Cape</i> : une consécration jurisprudentielle de la notion de non-professionnel.....	50
§ 2. § 2. La consécration de la notion de non-professionnel par le législateur français.....	55
A. Les lois sur la tacite reconduction des contrats dites lois Châtel.....	55
B. La définition légale du non-professionnel.....	56
Chapitre II. Une dilution de la notion de petit professionnel dans la conception large de professionnel faible	65
Section 1. La notion de petit professionnel.....	65
§ 1. La définition du petit professionnel.....	66

§ 2. Les variantes de la notion de petit professionnel dans certains États européens	73
A. La protection du professionnel faible dans certains pays européens	73
B. Notion de petit professionnel en droit français	85
Section 2. L'acceptation d'une protection autonome du petit professionnel en droit interne et européen	94
§ 1. Le dispositif de protection du petit professionnel dans la directive n°2011/83/UE	95
A. L'extension de la protection du droit européen au professionnel en situation de faiblesse : le petit professionnel dans la directive n° 2011/83/UE	96
B. La protection du professionnel « faible » dans les actes mixtes de consommation	101
§ 2. Le petit professionnel dans les directives relatives au droit commun de la vente numérique et en droit de la concurrence	104
A. Les directives sur le droit commun de la vente numérique	104
B. Les fondements de la protection du petit professionnel	113
Titre II Des raisons légitimes nécessitant une protection spécifique du non-professionnel et du petit professionnel	118
Chapitre I. Une situation de faiblesse économique avérée face à un professionnel dominant	120
Section 1. Le non-professionnel et le petit professionnel dans les contrats d'adhésion	121
§ 1. Absence de négociation du contrat	124
§ 2. La faiblesse économique dans les contrats contenant des clauses standardisées	129
Section 2. Le contractant faible dans les contrats de dépendance	132
§ 1. La situation de dépendance économique du contractant faible	133
§ 2. La détresse économique du petit professionnel	139
Chapitre II. Une vulnérabilité technique ou intellectuelle relative	143

Section I. L'infériorité intellectuelle ou la faiblesse juridique	143
§1. Le rapprochement avec l'information de l'acquéreur non-professionnel	148
A. Le délai de réflexion de l'acquéreur non-professionnel	149
B. La réalité de la protection du petit professionnel faible	153
§2. Le rapprochement avec l'information du contractant non-averti	161
A. La protection du non-averti	162
B. Le rapprochement entre la protection du non-averti et celle du non-professionnel ou du petit professionnel	172
Section II. L'infériorité technique du non-professionnel et du petit professionnel	177
§1. L'identification de la technique contractuelle source de faiblesse	178
§2. Une situation de faiblesse due à la non-maîtrise du support contractuel	184
Deuxième partie Les moyens de protection adéquats du non-professionnel et du petit professionnel	189
Titre I Une protection spécifique passant avant tout par l'information du contractant faible	191
Chapitre I Chapitre I Les spécificités de la protection	192
Section 1. Une protection par détermination de la loi	193
§ 1. L'identification du contractant faible non-professionnel ou petit professionnel	194
A. La qualité de non-professionnel : un préalable pour la protection par le droit de la consommation	196
B. La qualification du contractant faible en non-professionnel par le droit de la consommation	201
§ 2. Une protection nécessairement circonstanciée	204
A. Le caractère indispensable de l'objet du contrat à l'activité professionnelle	204

B. Le caractère accessoire du contrat pour l'activité du professionnel	207
Section 2. Une absence de standardisation dans la protection	213
§ 1. Le refus d'une protection standardisée	213
A. Une exigence de nécessité pour appliquer la protection	214
B. Les exigences de la protection du petit professionnel en dehors du droit de la consommation	215
§ 2. Une protection circonstanciée variable selon le dispositif de protection	220
Chapitre II. Les mécanismes d'information du contractant faible	222
Section 1. Une protection par la présentation de l'écrit	222
§ 1. La présentation des contrats	224
A. La lisibilité des clauses contractuelles	225
B. L'intelligibilité des clauses contractuelles	228
§ 2. L'interprétation des contrats	231
Section 2. Une protection contre la tacite reconduction des contrats	235
§ 1. Le fondement de la protection du non-professionnel contre la tacite reconduction du contrat	239
A. Le mécanisme de l'information prévu par le Code de la consommation	241
B. Le système de l'information du contractant faible dans le Code civil	256
§ 2. La sanction : La résiliation unilatérale du contrat par le contractant faible	261
Titre I La protection par la lutte contre les abus dans le contrat	266
Chapitre I La protection du non-professionnel contre les clauses abusives dans le contrat	268
Section 1. La détermination du caractère abusif de la clause	269
§ 1. La définition de la clause abusive	271

A. L'exigence d'une clause non négociée	272
B. L'exigence de la bonne foi	276
§ 2. Des listes distinctes de clauses abusives	279
A. L'analyse des listes de clauses abusives	279
B. L'appréciation par le pouvoir réglementaire et la Commission des clauses abusives	291
Section 2. La réalité de la protection du non-professionnel contre le déséquilibre significatif dans le contrat	295
§ 1. La notion de déséquilibre significatif	297
A. Le sens du terme déséquilibre significatif	298
B. L'équilibre contractuel auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif	299
§ 2. L'effectivité de la protection du non-professionnel par le contrôle du déséquilibre significatif par le juge	300
Chapitre II La protection du petit professionnel contre le déséquilibre contractuel	330
Section 1. Une protection du petit professionnel par le contrôle du contenu du contrat	330
§ 1. Le contrôle de l'équilibre relatif à l'objet principal et au stade de l'exécution du contrat	331
A. Le contrôle des clauses portant sur l'obligation essentielle	332
B. Le contrôle de l'équilibre du contrat au stade de son exécution	338
§ 2. La prise en compte de la lésion dans l'appréciation du déséquilibre significatif	348
Section 2. Une protection du petit professionnel contre les abus anticoncurrentiels	356
§ 1. La protection du petit professionnel contre les abus de dépendance économique	357
A. La protection contre l'abus de dépendance économique de l'article 420-2, al. 2 du Code de commerce	357

B. La protection contre l'abus de dépendance	
économique « civil »	359
§ 2. La protection du petit professionnel dans les pratiques anticoncurrentielles	372
A. L'entente	373
B. L'abus de position dominante	382
Conclusion générale.	392

Résumé :

Pendant longtemps, le non-professionnel a été considéré comme un professionnel dont la situation de faiblesse était comparable à celle du consommateur et il était protégé comme tel. Or, le juge européen a défini le consommateur comme « visant exclusivement la personne physique ». Cela a conduit le juge français à nuancer sa position; le non-professionnel est défini comme la personne morale n'exerçant pas d'activité professionnelle. De son côté, la notion de petit professionnel a été consacrée par les textes relatifs au droit de la consommation et au droit de la concurrence. Si ces contractants faibles sont protégés c'est avant tout parce qu'ils peuvent être marqués par une situation de faible économique, technique ou juridique.

En tout état de cause la protection n'est accordée que par détermination de la loi et elle doit rester circonstanciée. Dans tous les cas, la protection de ces contractants est spécifiée par l'absence de standardisation car elle ne peut être calquée sur le modèle de protection du consommateur. Partant, les mécanismes de l'information prévus par le droit de la consommation, le Code civil peuvent être étendus au profit du non-professionnel et du petit professionnel.

Aussi la protection de ces contractants faibles contre les abus contractuels est nécessaire. Ainsi, le non-professionnel est essentiellement protégé contre les clauses abusives par l'appréciation du déséquilibre significatif dans les contrats de consommation. Alors que le petit professionnel est protégé par le contrôle du contenu du contrat et surtout contre toutes sortes d'abus dans les pratiques anticoncurrentielles.

Mots clés. Non-professionnel - petit professionnel - consommateur - professionnel - contractant faible - équilibre contractuel - clauses abusives - déséquilibre significatif - contrat de dépendance - pratique anticoncurrentielle - non-averti - information du contractant faible.

Summary:

For a long time, the non-professional was considered as a professional whose weakness was comparable to that of the consumer and was protect as such. However, the European judge has defined the consumer as « exclusively targeting the natural person ». This led the french judge to qualify his position; the non-professional is defined as the legal person not exercising a professional activity. For his part, the notion of small business has been enshrined in the text relating to consumer and competition law. If these weak contractors are protected it is primarily because they can be marked by a weak economic, technical or legal situation.

In any case, protection is granted only by the determination of the law and must remain detailed. In all cases, the protection of this contractors is specified by the lack of standardization because it cannot be modeled on the model of consumer protection. Also, the information mechanisms provided by consumer law, the civil Code can be extended to the benefit of the non-professional and the small business.

Therefore, the protection of these weak contractors is necessary against contractual abuses. Thus, the non-professional is essentially protected against unfair terms by appreciating the significant imbalance in consumer contracts. While the small business is protected by the control of the content of the contract and especially against all kinds of abuses in anti-competitive practices.

Keywords. Non-professional - small business - consumer - professional - weak contractor - contractual equilibrium - unfair terms - significant imbalance - dependency contract -