



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Recherche Droit Privé Général

Dirigé par M. le Professeur Laurent LEVENEUR

Promotion 2019-2020

**LA DÉTERMINATION DU PRIX
DANS LES CONTRATS DE CONSOMMATION**

Alexandre LE PAPE-GARDEUX

Sous la direction de

M. le Professeur Thomas GENICON

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

En raison des mesures de confinement prises pour lutter contre l'épidémie de covid-19, certains ouvrages n'ont pas pu être consultés.

Les références aux ouvrages qui n'ont pas été consultés sont précédées d'un astérisque. L'ouvrage dont la référence est reprise est mentionné. Ces références sont toutefois indiquées car elles sont pertinentes pour le lecteur qui souhaiterait approfondir certaines questions.

Lorsque la dernière édition d'un ouvrage n'a pas pu être consultée, la nouvelle édition est indiquée entre parenthèses à la suite de l'édition effectivement consultée.

Enfin, lorsque le numéro exact de la page ou du paragraphe d'une référence n'a pas pu être vérifié, le numéro approximatif indiqué est précédé de la mention *circa*.

Remerciements

Je tiens à exprimer toute ma gratitude envers Monsieur le Professeur Thomas Genicon pour ses précieux conseils et la constance de son accompagnement, malgré les circonstances particulières qui ont marqué cette année universitaire. Grâce à sa bienveillance, j'ai mené ce projet de recherche avec beaucoup d'intérêt et de plaisir.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Laurent Leveneur qui m'a octroyé l'heureuse opportunité de suivre les cours de son Master 2, ainsi qu'à toute l'équipe professorale du Master 2, dont les enseignements ont nourri mes réflexions.

Je remercie enfin l'ensemble des personnels, enseignants-chercheurs et administratifs, de l'Université Paris II Panthéon-Assas. Grâce à eux, j'ai beaucoup appris, tant intellectuellement qu'humainement, durant ces cinq dernières années.

Sommaire

Avertissement	II
Remerciements.....	IV
Sommaire	V
Table des abréviations	VI
Introduction	1
Première partie – La prohibition partielle de la détermination unilatérale du prix	16
Titre I – La prohibition affirmée des clauses de détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre	16
Titre II – La prohibition rejetée de la détermination unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service	26
Seconde partie – Le contrôle nécessaire de la détermination unilatérale du prix.....	44
Titre I – La sanction de l’abus procédural dans la fixation du prix	44
Titre II – La sanction de l’abus substantiel dans la fixation du prix	54
Conclusion.....	67
Bibliographie.....	VII
Table des matières.....	XXI

Table des abréviations

N.B. : seules les abréviations non usuelles sont indiquées ici.

AAI	Autorité administrative indépendante
Art. préc.	Article précité
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Allemagne)
<i>BOCCRF</i>	<i>Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation, de la Répression des Fraudes</i>
CRA	Consumer Rights Act (Royaume-Uni)
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et Patrimoine (Lamy)</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de droit européen (Larcier)</i>
Not.	Notamment
OUP	Oxford University Press
PDEC	Principes de droit européen des contrats
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires (Francis Lefebvre)</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
SGA	Sale of Goods Act (Royaume-Uni)
SGSA	Supply of Goods and Services Act (Royaume-Uni)

Introduction

« Ce qui a été jugé là-haut – à hauteur du grand commerce – ne doit être reçu qu’avec un grain de sel quand il faut se placer à un échelon plus modeste. La proposition « Tu me paieras ce que tu voudras », appel oriental à une générosité sans limites, ne fera pas un contrat » – Carbonnier¹.

1. Je paierai ce que tu demanderas – Telle est bien la proposition qu’autorisent les nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil depuis la réforme du 10 février 2016, avec comme seule réserve une notion encore peu discernée : l’abus dans la fixation du prix². Les textes nouveaux sont inspirés de la jurisprudence rendue, « à hauteur du grand commerce », sur les contrats de franchise et de distribution³. Toutefois, ils ont désormais vocation à s’appliquer plus généralement, pour l’un à tous les contrats cadre, notion récemment introduite dans le Code civil et riche de potentialités ; pour l’autre, à tous les contrats de prestation de service, notion qui demeure indéfinie⁴. Ainsi, une jurisprudence bien établie et mieux éprouvée est mise au ban : en cas d’indétermination du prix dans les contrats d’entreprise, et lorsque les parties ne s’entendaient pas à l’issue de l’exécution de la prestation, le prix faisait l’objet d’une fixation judiciaire⁵. La logique de 1995 l’a emporté en 2016 et le créancier reçoit la prérogative unilatérale de déterminer le prix. Est ainsi importée dans le champ civil une logique de coopération propre aux relations d’affaires, qui pourrait, si l’on n’y prenait garde, devenir le moyen pour l’une des parties, désignée par l’expression évocatrice de « maître du prix », d’imposer sa volonté à l’autre⁶. Le droit civil est pourtant guidé par une philosophie qui fait de chacun le juge et le défenseur de ses propres intérêts⁷.

2. « Un échelon plus modeste » – La réflexion sur la détermination du prix est nourrie s’agissant des contrats de distribution, et plus généralement des relations d’affaires⁸.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4 : Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000, n°55.

² V. *infra* n°75 et s.

³ V. *infra* n°6.

⁴ V. *infra* n°8.

⁵ V. *infra* n°86.

⁶ C. Jamin, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d’un abus », *Droit et économie des contrats* (dir. C. Jamin), LGDJ, 2007, p. 93, n°257, p. 112.

⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., Précis Dalloz, 2018, n°371, p. 410.

⁸ V. not. L. Aynès, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l’impasse ? », *D.* 1993, p. 25 ; M.-A. Frison-Roche, « L’indétermination du prix », *RTD Civ.* 1992, p. 269 ; L. Vogel,

Toutefois, dès lors que les articles 1164 et 1165 du Code civil sont intégrés au droit commun des contrats, il convient d'élargir la perspective et de prendre en compte les autres relations contractuelles auxquelles ce droit commun est applicable, notamment les relations entre consommateurs et professionnels. La « *nature inégalitaire de la relation entre professionnel et consommateur* »⁹ s'explique par l'asymétrie d'information, l'asymétrie de compétences, l'inégalité économique ou encore juridique, mais aussi par une certaine situation de dépendance dans laquelle se trouvent tous les consommateurs pour la satisfaction de leurs besoins¹⁰. Les règles protectrices du consommateur, notamment l'obligation précontractuelle d'information et le contrôle des clauses abusives, sont autant de « *grain[s] de sel* » qui conditionnent la réception du droit commun dans les contrats de consommation. L'obligation d'information précontractuelle des consommateurs sur les prix¹¹ peut d'ailleurs paraître, à première vue, incompatible avec une fixation unilatérale et *a posteriori* du prix par le professionnel. Ce constat constitue le point de départ de la réflexion ici entreprise sur la réception en droit de la consommation des nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil.

3. Enjeux autour de la détermination du prix – La notion de prix est bien connue des profanes car elle renvoie à une réalité tangible. Le prix est la somme d'argent que l'on s'engage à payer, en vertu d'un contrat, pour obtenir un bien ou un service. Juridiquement, le prix est la contrepartie monétaire d'une prestation contractuelle¹². Cette définition fait ressortir les deux principaux enjeux qui s'attachent à la détermination du prix. Premièrement, le prix est un élément structurel de tous les contrats à titre onéreux : il en constitue une obligation essentielle. Deuxièmement, en tant que contrepartie, l'institution du prix se trouve au cœur de l'équilibre des prestations : sa détermination est un enjeu de justice contractuelle¹³. Par conséquent, les parties souhaitent faire correspondre le prix à la valeur de

« Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, p. 155.

⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, *Les contrats de consommation – Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018, n°379, p. 389.

¹⁰ J.-P. Chazal, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patr.* 2014, n°240 : « *Nous sommes tous plus ou moins obligés de contracter pour vivre* ». Cette relative dépendance justifie la dimension protectrice du droit de la consommation, comme celle du droit social (le salarié est dépendant de la relation de travail pour obtenir les moyens de sa subsistance).

¹¹ Arts. L.112-1 et s. C. consom.

¹² À l'origine, le terme « prix » est surtout employé dans la vente, mais son emploi s'est étendu à tous les contrats à titre onéreux : G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, Quadrige, 2020, p. 804 ; A. Dorsner-Dolivet, « Structure du contrat – Personnes concernées, groupes de contrats, prestations, modalités, causes », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, fasc. 55, 15 mars 2017, n°108 : « *Le prix s'entend de la contrepartie financière d'une opération contractuelle* ».

¹³ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, t. 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013, *circa* n°115.

la prestation, ce qui peut justifier une détermination *a posteriori* du prix lorsque cette valeur est difficilement estimable au jour de la conclusion du contrat, soit en raison de la nature de la prestation, soit en raison du temps qui s'écoulera avant son exécution. Les parties sont en principe libres de déterminer le prix comme elles le souhaitent¹⁴. Les restrictions ponctuelles de cette liberté n'intègrent pas l'objet de l'étude ici réalisée¹⁵.

4. Notion de contrat de consommation – La notion de contrat de consommation résulte d'un critère personnel objectif. Sont visés tous les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel, au sens de l'article liminaire du Code de la consommation¹⁶. La définition de ces notions présente quelques difficultés dans certains cas marginaux, mais il n'est pas utile de s'y attarder, la question ayant déjà été abondamment traitée¹⁷. Il est seulement nécessaire de noter que la principale disposition consumériste qui nous intéresse, l'obligation d'information sur les prix, s'applique exclusivement aux relations entre professionnels et consommateurs. Les non-professionnels ne peuvent pas l'invoquer¹⁸. Cette restriction est paradoxale car l'obligation d'information sur les prix est publique et s'attache à tous les biens et services proposés au public¹⁹. La deuxième restriction du champ d'application de cette disposition est matérielle : sont seulement visés les contrats de vente et de prestation de service. En principe, conformément au droit européen²⁰, cette expression couvre tous les contrats, mais la Cour de cassation a considéré récemment, dans un autre contexte, qu'elle ne couvrirait pas les contrats de bail²¹.

¹⁴ Depuis l'ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986, art. 1^{er} ; v. J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Dépincé, *Droit de la consommation*, 10^e éd., Précis Dalloz, 2020, n°308, p. 353.

¹⁵ La question est tristement d'actualité ; v. J.-D. Pelletier, « Retour sur le contrôle des prix sur fond de coronavirus : entre Charybde et Scylla », *D.* 2020, p. 546.

¹⁶ « Pour l'application du présent code, on entend par : / - consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; / - non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ; / - professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

¹⁷ G. Raymond, « Contrats de consommation », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 800, 21 avril 2016, n°11-30 ; pour l'application de ces dispositions aux SPIC : CA Reims, 18 octobre 2001, *JurisData* n°2001-177987 ; aux professions libérales : CE, 27 avril 1998, n°184473 et n°184557, publié au *Recueil Lebon* ; Cass. 1^{ère} Civ., 18 juillet 2000, n°97-14.713, *Bull. Civ. I*, n°214 ; *RTD Civ.* 2000, p. 828, note J. Mestre et B. Fages ; mais pas aux professeurs réalisant une consultation juridique ponctuelle : CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2014, n°13/17926 ; *RTD Civ.* 2015, p. 157, note P.-Y. Gautier.

¹⁸ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°426, p. 429 ; au contraire, le contrôle des clauses abusives protège également les non-professionnels (art. L.212-2 C. consom.).

¹⁹ C'est la « double nature » de l'obligation d'information sur les prix : v. *infra* n°10 et s.

²⁰ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°417, p. 423.

²¹ Cass. 1^{ère} Civ., 19 juin 2019, n°18-10.424, *Bull. Civ. I* ; *RDC* 2019, p. 32, note J.-B. Seube.

5. La mise en évidence d'un conflit – Peu d'ouvrages mentionnent conjointement les règles sur la détermination du prix en droit commun des contrats et les règles consuméristes sur l'obligation d'information sur les prix. Les ouvrages de droit de la consommation s'intéressent aux sanctions civiles de cette obligation d'information²², mais sans développer les implications du raisonnement sur la réception du droit commun. Quant aux ouvrages de droit des contrats qui mentionnent les règles consuméristes, ils n'envisagent pas les conséquences d'un éventuel défaut d'information sur le prix²³. Le conflit entre la détermination *a posteriori* du prix par le professionnel et l'information *a priori* du consommateur sur les prix est pourtant bien réel. Il est la conséquence du compartimentage de l'action du législateur : les dispositions protectrices du consommateur ont été introduites, sans que soit réellement pensée une théorie générale des contrats de consommation²⁴ ; quant à la réforme du droit commun des contrats, elle était guidée par un objectif d'attractivité économique du droit²⁵, d'où l'adoption d'une solution orientée vers les contextes d'affaires en matière de détermination du prix. Cette introduction a pour objet de clarifier les points de tension entre les deux ordres, en présentant d'abord les règles relatives à la détermination du prix en droit commun (I), puis les règles relatives à l'information des consommateurs sur les prix (II), avant de préciser les orientations de résolution du conflit (III).

I – La détermination du prix en droit commun

6. La détermination du prix en droit commun avant 2016 – Il n'est pas nécessaire de rappeler ici précisément les rebonds jurisprudentiels autour de l'article 1129 ancien du Code civil²⁶. Dans quatre arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995²⁷, la Cour de cassation

²² La question de la nullité virtuelle est systématiquement mentionnée dans les ouvrages de droit de la consommation : J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°57, p. 69 ; J.-D. Pellier, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Cours Dalloz, 2019, n°35, p. 52 ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Sirey-Université, 2018, n°238, p. 176 ; S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Economica, 2014, *circa* n°70 ; N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°453, p. 448.

²³ V. parmi les ouvrages qui ont le mérite de mentionner les règles consuméristes : D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, Manuels, 2018, n°391-2 ; D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Cours Dalloz, 2018, n°534 ; P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LGDJ, Droit Civil, 2018, n°766, p. 479 et n°210, p. 162 ; un seul ouvrage développe la question : F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2019, n°735, p. 699.

²⁴ N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002, n°558.

²⁵ V. le rapport au président de la République relatif à l'ord. n°2016-131 du 10 février 2016 qui énonce l'objectif de « renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel et économique ».

²⁶ Pour une présentation très complète de la jurisprudence jusqu'aux arrêts de 1995 : H., J., L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 2 : Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n°237 et s. ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°372 et s.

²⁷ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, Bull. A.P., n°7-9 ; *GAJC*, t. 2, n°152-155 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *LPA* 1995, n°155, p. 11,

a considéré que l'article 1129 ne s'applique pas au prix²⁸. Comme le relèvent M. Revet et M. Zenati-Castaing, ce n'est pas l'indétermination définitive du prix qu'autorisait la Cour de cassation, mais la clause de détermination unilatérale du prix²⁹, c'est-à-dire une méthode de détermination subjective du prix³⁰. Cette règle de droit commun avait cependant vocation à ne s'appliquer que résiduellement³¹. Ainsi, dans les contrats d'entreprise et de mandat, la règle était que le prix pouvait être réellement indéterminé au moment de la conclusion du contrat et faire l'objet d'une fixation judiciaire³². À l'opposé, l'indétermination du prix, comme la détermination subjective du prix, demeuraient prohibées dans de nombreux contrats : la vente³³, le bail³⁴, le prêt à intérêt³⁵...

7. La détermination du prix en droit commun après 2016 – C'est dans ce contexte qu'est intervenue la réforme du droit des contrats, laquelle a modifié la règle générale mais aussi certaines règles spéciales. Malgré quelques opinions contraires³⁶, la doctrine considère majoritairement que l'article 1163 du Code civil réintroduit en droit commun l'exigence de détermination ou de déterminabilité objective du prix³⁷. En tant que contrepartie, le prix est

note D. Bureau et N. Molfessis ; *RJDA* 1996, n°1, note M.-A. Frison-Roche ; *JCP G* 1996, n°2, II, 22565, note J. Ghestin ; *CCC* 1996, n°1, p. 1, note L. Leveneur ; *RTD Civ.* 1996, p. 153, note J. Mestre ; sur les doutes sur la portée de cette jurisprudence, v. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, t. 1 : L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey Université, 2014, n°237-1 ; les doutes ont été levés depuis Cass. 1^{ère} Civ., 12 mai 2004, n°03-13.847, inédit ; *RDC* 2004, p. 925, note D. Mazeaud ; v. aussi N. Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000, n°90, p. 41.

²⁸ Mais seulement à la « prestation caractéristique » du contrat : P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 10^e éd., LGDJ, Droit civil, 2018, *circa* n°600.

²⁹ T. Revet et F. Zenati-Castaing, *Cours de droit civil – Contrats*, PUF, Droit fondamental, 2014, *circa* n°14 ; d'autres auteurs ne font que relever l'absurdité qui résulterait de l'admission de l'indétermination du prix au sens propre : F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°375, p. 415.

³⁰ Là où l'application de l'art. 1129 ancien C. civ. supposait que la détermination soit objective : J. Carbonnier, *op. cit.*, n°55 ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°373, p. 412.

³¹ Pour une présentation synthétique des règles spéciales : F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°376, p. 416 ; L. Leveneur, « La détermination du prix dans les contrats : une double approche », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057, n°20.

³² V. *infra* n°86.

³³ Art. 1591 C. civ. ; Cass. Req., 7 janvier 1925 ; *GAJC*, t. 2, n°262 ; Cass. Com., 29 septembre 2015, n°14-15.040, inédit ; *D.* 2016, p. 406, note J. Moury et B. François.

³⁴ Art. 1709 C. civ. ; Cass. 3^e Civ., 27 juin 1973, n°72-12.321, Bull. Civ. III, n°446 ; Cass. 3^e Civ., 8 février 2006, n°05-10.724, Bull. Civ. III, n°25 ; *Deffrénois* 2006, n°15, p. 1236, note R. Libchaber.

³⁵ Art. 1907 C. civ.

³⁶ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n°24.43, p. 137 ; C. Grimaldi, « La fixation du prix », *RDC* 2017, p. 558, n°6 ; J. Moury, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013 ; J. Moury, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil », *D.* 2017, p. 1209.

³⁷ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18^e éd., LGDJ, Précis Domat, 2019, *circa* n°162 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 16^e éd., Sirey Université, 2018, n°1312 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 13^e éd., Cours Dalloz, 2018, n°83 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n°410, p. 355 ; A.-S. Choné-Grimaldi, *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article* (dir. T. Douville), 2^e éd., Gualino, 2018, art. 1163 ; O. Deshayes, T. Genicon et

une contre-prestation soumise aux mêmes exigences que les autres prestations³⁸. Surtout, le champ d'application restreint des articles 1164 et 1165 conduit à les interpréter comme des exceptions. La clause de détermination unilatérale du prix autorisée à l'article 1164 pour les contrats cadre, et l'indétermination du prix autorisée à l'article 1165 pour les contrats de prestation de service, ne sont donc pas admises en règle générale. Les deux dispositions spéciales diffèrent. L'article 1164 exige la stipulation d'une clause de détermination unilatérale du prix pour la validité du contrat³⁹. L'article 1165 prévoit la détermination unilatérale par le créancier du prix laissé indéterminé lors de la conclusion du contrat⁴⁰. Les mêmes mécanismes de contrôle sont prévus dans les deux situations : l'exigence d'une motivation du prix en cas de contestation et le contrôle de l'abus dans la fixation du prix.

8. Les difficultés de qualification des contrats – Le nouveau système « *[fait] de la qualification du contrat un enjeu fondamental* »⁴¹. La notion de contrat cadre est définie à l'article 1111 du Code civil⁴² de façon suffisamment large pour correspondre à nombre de contrats s'inscrivant dans la durée. Plusieurs auteurs envisagent ainsi l'existence de contrats cadre de consommation⁴³, alors même que la *ratio legis* de l'article 1164 est clairement liée aux relations d'affaires. Quant aux contrats de prestation de service visés à l'article 1165, ils ne sont pas définis. Certains auteurs se réfèrent à la notion de contrat de prestation de service du droit européen, présente dans le Code de la consommation. La notion pourrait ainsi couvrir l'entreprise, le mandat, le bail, le crédit-bail, le prêt et le dépôt⁴⁴. Cependant, le rapport au

Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 306 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, Manuel, 2019, n°177 ; D. Houtcieff, *op. cit.*, *circa* n°390 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 15^e éd., LexisNexis, Manuels, 2019, *circa* n°271 ; S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^e année – Les obligations*, 12^e éd., Hypercours Dalloz, 2019, n°236 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 3^e éd., PUF, Droit fondamental, 2018, n°40 ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°377, p. 419 ; É. Mouial Bassilana et J.-B. Racine, « Contrat – Contenu du contrat : objet du contrat », *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, 31 août 2019, n°66 ; J.-S. Borghetti, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, p. 25, n°22 ; L. Leveneur, art. préc., *Mélanges Teyslié*, n°5.

³⁸ *Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*.

³⁹ O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 311 ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°386, p. 427 ; c'est un retour à la jurisprudence *Alcatel* : Cass. 1^{ère} Civ., 29 novembre 1994 (2 arrêts), n°91-21.009 et n°92-16.267, Bull Civ. I, n°348 ; D. 1995, p. 122, note L. Aynès ; *JCP G* 1995, n°5, II, 22371, note J. Ghestin.

⁴⁰ F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°392 p. 434 ; l'ancienne jurisprudence sur la fixation judiciaire du prix est ainsi remise en cause : P. Malaurie et *al.*, *Les obligations, op. cit.*, *circa* n°600 ; S. Porchy-Simon, *op. cit.*, n°237 ; P. Puig, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Hypercours Dalloz, 2019, n°841, p. 707 ; C. Grimaldi, art. préc., *RDC* 2017, p. 558, n°12 ; mais v. B. Boubli, « Contrat d'entreprise », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2016, n°49.

⁴¹ G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n°418, p. 362.

⁴² « *Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution* ».

⁴³ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°311, p. 360 : mentionnant les « *conventions qui prévoient un service après-vente pour des chaudières, des ordinateurs ou des systèmes d'alarme* » ; O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 312 ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°385, p. 426.

⁴⁴ P. Malinvaud et *al.*, *op. cit.*, *circa* n°278 ; v. aussi L. Leveneur, art. préc., *Mélanges Teyslié*, n°16.

président de la République sur l'ordonnance du 10 février 2016 ne mentionne, à titre d'illustration, que le contrat d'entreprise. Il affirme, en outre, que la nouvelle solution consacre une jurisprudence de la Cour de cassation : certains auteurs préfèrent donc, à raison, cantonner le champ d'application de l'article 1165 aux contrats dans lesquels l'indétermination du prix est traditionnellement admise, *i.e.* dans les diverses formes de contrat d'entreprise, de mandat et de représentation⁴⁵. Ces questionnements sur la qualification des contrats confirment nettement la nécessité d'identifier les mécanismes protecteurs du consommateur.

9. Point d'aboutissement ou prémices d'un nouveau débat – L'apparition immédiate de divergences d'interprétation en doctrine suggère que la réforme a ravivé le débat sur l'indétermination du prix. En effet, tels qu'interprétés par la doctrine majoritaire, les nouveaux textes ne prévoient pas de sanctions effectives de l'abus dans la fixation du prix. L'affaiblissement de la protection du client constitue une des principales critiques encourues par les nouveaux articles⁴⁶. En ce sens, l'exigence de motivation du prix paraît illusoire dès lors qu'elle n'est assortie d'aucune sanction et n'est considérée que comme un procédé de facilitation de la preuve de l'abus⁴⁷, ce qui suppose une action en justice individuelle. Surtout, la marge de manœuvre du juge dans la caractérisation et l'indemnisation de l'abus apparaît assez limitée⁴⁸ – d'autant que les critères jusque-là déployés par la jurisprudence et la doctrine correspondent principalement au contexte des contrats cadre, et ne sont que difficilement adaptables aux contrats de prestation de service⁴⁹. L'étude ici réalisée doit être lue comme une contribution à ce nouveau débat dans le contexte des contrats déséquilibrés, en particulier des contrats de consommation. Les règles relatives à l'information du consommateur sur les prix ne conduisent pas, en effet, à écarter le droit commun de la détermination du prix.

⁴⁵ O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 318 (mentionnant aussi le contrat de dépôt) ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°392, p. 434 ; J.-S. Borghetti, art. préc., *RDC* 2018, p. 25, n°45 ; G. Hilger, « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 2018, n°3, p. 5 ; G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016, p. 1659 ; L. Leveneur, *ibid.*, n°21.

⁴⁶ P. Puig, *op. cit.*, n°841, p. 708 : « *Les règles nouvelles abaissent donc très nettement la protection des clients des prestataires par rapport à celle que la jurisprudence avait su patiemment construire et conduisent à faire du contrat d'entreprise sans accord préalable sur le prix un contrat structurellement déséquilibré* » ; v. aussi G. Lardeux, *ibid.*, qui dénonce un paradoxe.

⁴⁷ V. *infra* n°71.

⁴⁸ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., Dalloz Référence, 2018, n°123.231, p. 69 ; J. Ghestin et *al.*, *La formation du contrat*, t. 2, *op. cit.*, circa n°115-242 : « *La Cour de cassation n'a laissé jusqu'à présent que de rares ouvertures à un réel contrôle de l'abus dans la fixation unilatérale du prix* » ; C. Jamin, art. préc., *Droit et économie des contrats*, n°259 ; É. Mouial Bassilana et J.-B. Racine, art. préc., *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, n°54.

⁴⁹ V. *infra* n°75.

II – L’information des consommateurs sur les prix

10. Historique et finalités de l’obligation d’information sur les prix – La publicité des prix remonte à l’ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix⁵⁰, et a été reprise par l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁵¹. L’obligation d’information du consommateur sur les prix émane donc d’une législation marquée par le dirigisme économique. Par le truchement de la loi du 17 mars 2014, transposant la directive du 25 octobre 2011, l’information sur les prix a été rattachée à l’obligation générale d’information précontractuelle, et lui a emprunté sa finalité de protection du consommateur⁵². Cependant, l’information sur les prix continue, par ses modalités, de répondre à un objectif de « *transparence du marché* »⁵³, alors que l’obligation générale d’information précontractuelle vise la protection individuelle de chaque consommateur. Le rattachement au droit européen⁵⁴ ne modifie pas ce constat. En effet, l’action de l’Union Européenne est limitée, en cette matière, à des mesures adoptées « *dans le cadre de la réalisation du marché intérieur* », ou qui « *appuient et complètent la politique menée par les Etats membres* »⁵⁵. Le premier de ces objectifs, poursuivi explicitement par la directive du 25 octobre 2011⁵⁶, s’inscrit dans la logique dirigiste à l’origine de la publicité des prix.

11. Le régime de l’obligation d’information sur les prix – L’obligation d’information sur les prix présente les mêmes caractéristiques que l’obligation générale d’information précontractuelle. Elle est d’ordre public⁵⁷. Elle est soumise à des exigences de lisibilité et de

⁵⁰ Ord. n°45-1483, art. 33, al. 1^{er} : « *La publicité des prix est assurée à l’égard du consommateur par voie de marquage, d’étiquetage, d’affichage ou par tout autre procédé approprié* ».

⁵¹ Ord. n°86-1243, art. 28 : « *Tout vendeur de produit ou tout prestataire de service doit par voie de marquage, d’étiquetage, d’affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix* ».

⁵² V. déjà circ. 19 juillet 1988, I., b. : l’information sur les prix vise « *à mettre le consommateur à l’abri de toute surprise quant au montant de la dépense totale qu’il aura à supporter* ».

⁵³ G. Raymond, *Droit de la consommation*, 4^e éd., LexisNexis, 2017 (5^e éd., LexisNexis, 2019), n°602 ; N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°399, p. 406 ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Information des consommateurs – Règles communes à l’obligation d’information précontractuelle et à l’information sur les prix », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, 1^{er} février 2017, n°3.

⁵⁴ Dir. 2011/83, art. 5, §1, c) : « *Le prix total du bien ou du service toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l’avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul du prix et, s’il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d’affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l’avance, la mention que ces frais peuvent être exigibles* ».

⁵⁵ Art. 169, §2, TFUE.

⁵⁶ Considérant 7 : « *Cette harmonisation devrait avoir pour effet d’éliminer les barrières créées par la fragmentation de la réglementation et d’achever le marché intérieur dans ce domaine* » ; v. aussi V. Christianos et F. Picod, « Consommateur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2003, n°142.

⁵⁷ Art. L.111-8 C. consom. L’obligation d’information sur les prix se rattache à un ordre public de direction plutôt qu’à un ordre public de protection, en raison de ses finalités identifiées *supra* n°10.

compréhensibilité⁵⁸. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation pèse sur le professionnel⁵⁹. L'information sur les prix est due avant la conclusion d'un contrat individuel, mais aussi de manière plus générale à la communauté des consommateurs : l'obligation d'information sur les prix est, en effet, une obligation de publicité, qui existe indépendamment de tout contrat⁶⁰. Ceci explique les modalités spécifiques retenues depuis 1945 pour son exécution : marquage, étiquetage, affichage... Ces modalités sont précisées par l'arrêté général du 3 décembre 1987⁶¹, mais il existe de nombreuses dispositions réglementaires spéciales⁶². Son caractère public explique que l'information exigée soit purement brute et objective⁶³ – les exigences de transparence n'étant pas étendues en matière d'information précontractuelle⁶⁴. Le rattachement de l'information sur les prix à l'ordre public économique se manifeste enfin par sa sanction – une amende administrative⁶⁵ – et par la possibilité pour le professionnel de saisir l'Administration d'une demande de rescrit⁶⁶.

12. Le contenu de l'obligation d'information sur les prix – C'est par son contenu que l'obligation d'information sur les prix peut paraître incompatible avec la détermination *a posteriori* du prix⁶⁷. En effet, l'information doit porter sur un prix déterminé : le législateur n'emploie pas directement cette expression, mais l'arrêté du 3 décembre 1987 prévoit que l'information sur les prix s'entend de la communication de « *la somme totale toutes taxes comprises qui devra être effectivement payée par le consommateur, exprimée en euros* »⁶⁸.

⁵⁸ Art. L.111-1 C. consom.

⁵⁹ Art. L.111-5 C. consom. Conformément au droit commun : Cass. 1^{ère} Civ., 25 février 1997, n°94-19.685, Bull. Civ. I, n°75 ; *GAJC*, t. 1, n°17.

⁶⁰ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°57, p. 68 ; J. Calais-Auloy, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et les consommateurs », *D.* 1987, p. 137.

⁶¹ V. not. art. 13, al. 1^{er} : « *Le prix de toute prestation de services doit faire l'objet d'un affichage dans les lieux où la prestation est proposée au public* ». L'arrêté est complété par une circulaire du 19 juillet 1988.

⁶² V. par ex., l'arrêté du 17 mars 2015 relatif à l'information précontractuelle des consommateurs et à la publicité des prix des prestations de location de véhicules, l'arrêté du 17 mars 2015 relatif à l'information préalable du consommateur sur les prestations de service à la personne, ou encore l'arrêté du 24 janvier 2017 relatif à la publicité des prix des prestations de dépannage, de réparation et d'entretien dans le secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison. V. pour une liste non exhaustive : J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°326, p. 374.

⁶³ J. Julien, *Droit de la consommation*, 2^e éd., LGDJ, Domat Droit Privé, 2017 (3^e éd., LGDJ, 2019), *circa* n°72.

⁶⁴ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°432, p. 435 et s.

⁶⁵ Arts. L.131-5 et 6 C. consom. Le montant de l'amende est limité à 3 000 € pour les personnes physiques, à 15 000 € pour les personnes morales.

⁶⁶ Arts. L.112-5 et 6 C. consom.

⁶⁷ S'agissant des contrats de prestation de service, la question se posait déjà avant la réforme de 2016, puisque le prix pouvait être indéterminé et faire l'objet d'une fixation judiciaire.

⁶⁸ Art. 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987, qui précise dans son al. 2nd que les sommes correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles doivent faire « *l'objet d'un accord préalable* ». Le professionnel doit aussi mentionner les frais de livraison s'ils ne sont pas inclus dans le prix de vente (art. 2). Il doit indiquer si le prix ne comprend pas un élément ou un service indispensable à l'utilité du produit ou du service proposés (art. 3). *N.B.* : le professionnel doit seulement communiquer le prix global du produit et non le prix de chacun

Certains auteurs en déduisent que « *le droit de la consommation semble fortement déroger au droit commun des contrats* » en matière de prestation de service⁶⁹. Toutefois, depuis la loi du 17 mars 2014 et conformément à la directive du 25 octobre 2011, l'information peut porter uniquement sur le « *mode de calcul du prix* »⁷⁰. Pour les frais supplémentaires, il suffit de mentionner qu'ils peuvent être exigibles. En droit commun, l'exigence de motivation du prix, en cas de détermination unilatérale, indique que le créancier du prix doit communiquer les paramètres ayant permis le calcul du prix. Le droit de la consommation ne fait qu'exiger une communication *a priori* de ces paramètres, ce qui ne rend pas nécessairement le prix déterminable dès lors que certaines variables ne peuvent parfois être mesurées que par le professionnel⁷¹. L'information précontractuelle ne vise donc qu'à encadrer la prérogative de détermination unilatérale du prix, sans pour autant la remettre en cause.

13. Un dispositif plus exigeant que le droit commun – Les dispositions consuméristes sont compatibles avec le droit commun s'agissant des contrats qui relèvent de l'article 1163 du Code civil. En effet, l'information *a priori* sur les prix est aisément réalisée lorsque le prix est déterminé, ou objectivement déterminable⁷². L'objectif de l'information du consommateur sur les prix est de protéger le consommateur contre une éventuelle surprise⁷³. Concrètement, le droit de la consommation exige que le prix soit fixé objectivement et non arbitrairement. L'article R.111-3 du Code de la consommation précise ainsi que le prestataire de service doit indiquer « *la méthode de calcul permettant au destinataire de vérifier [le prix], ou un devis suffisamment détaillé* ». Il ne faut cependant pas y voir l'exigence d'une formule de calcul au

des éléments : CJUE, 7 septembre 2016, C-310/15, *Deroo-Blanquart*, n°46-52, rendu toutefois sur le fondement de la dir. 2005/29 (pratiques commerciales trompeuses).

⁶⁹ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°482, p. 472.

⁷⁰ Art. L.112-3 C. consom. La circ. du 19 juillet 1988 prévoyait déjà l'information sur les différents paramètres et forfaits composant le prix d'une prestation de service à caractère variable (VI. b.). V., par ex., Cass. Crim., 4 juin 2013, n°12-85.688, Bull. Crim., n°127 ; CCC 2013, n°11, comm. 254, G. Raymond.

⁷¹ Lorsqu'il y a une formule de calcul, le caractère déterminable du prix dépend du caractère déterminable des inconnues. L'indication du mode de calcul du prix ne permet donc pas toujours de déduire le prix du contrat (art. 1163 C. civ.). Généralement, c'est le créancier du prix qui peut mesurer les variables, par ex. le luthier fabriquant un instrument sur commande spéciale, ou l'avocat assurant la défense d'un client, seront les seuls à pouvoir mesurer le temps consacré à l'exécution de la prestation ; de même, le couvreur comptera le nombre de tuiles ou de poutres effectivement remplacées. À l'inverse, l'indication du prix au m² rend le prix de la vente déterminable puisque chacun est en mesure de faire procéder au mesurage de la surface vendue. Le plus important est que le consommateur puisse ensuite « *vérifier le prix* » : N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°486, p. 477.

⁷² La référence aux usages n'est pas pertinente dans les rapports de consommation, car il est impossible de retenir que les parties évoluent dans le même milieu professionnel ou secteur d'activité. Quant aux relations antérieures des parties, elles peuvent être pertinentes, par ex. pour les prestations facturées à l'heure par des professionnels intervenant régulièrement chez un même consommateur (cours particuliers, ménage, accordage de piano, jardinage). Tant qu'il n'aura pas informé le consommateur de l'évolution de son tarif horaire, le professionnel ne pourra pas réclamer un prix plus élevé (v. *infra* note n°77). Cela ne le dispense pas de respecter les règles sur la publicité des prix si ces prestations sont proposées au public.

⁷³ V. *supra* note n°52.

sens propre, mais plutôt l'exigence d'une identification préalable des paramètres objectifs en fonction desquels le prix sera déterminé. En principe, la clause de détermination du prix par un tiers peut donc être admise, dès lors que les conditions d'indépendance du tiers sont respectées⁷⁴, et sous réserve de l'erreur grossière⁷⁵. Ces règles garantissent la fixation objective du prix par le tiers, et il n'y a pas lieu de traiter cette clause différemment d'une clause d'indexation sur une cotation officielle du marché⁷⁶. Mais, si le bien ou le service a fait l'objet d'une publicité mentionnant un prix, celui-ci doit être garanti par le professionnel⁷⁷. En exigeant une information précontractuelle sur le « *mode de calcul du prix* », le dispositif consommériste est, en revanche, plus exigeant que les articles 1164 et 1165 du Code civil qui n'exigent qu'une motivation *a posteriori* du prix. Il exclut la détermination subjective du prix. Le professionnel peut avoir la prérogative de fixer le prix définitif, mais seulement en fonction de critères indiqués préalablement à la conclusion du contrat⁷⁸. La portée de l'information sur le mode de calcul du prix est, en outre, incertaine. En application de l'article L.112-3, le professionnel n'est dispensé de l'indication d'un prix déterminé que dans les cas où « *le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance* ». Cette condition répond à la *ratio legis* de la détermination *a posteriori* du prix en droit commun⁷⁹. La formulation consommériste invite cependant à une appréciation au cas par cas, ce qui pourrait conduire à rejeter la détermination unilatérale du prix dans certains contrats cadre ou contrats de prestation de service⁸⁰. Cependant, il est permis de douter que ce soit une véritable exigence de fond : il n'a jamais été reproché au professionnel, en jurisprudence, de n'indiquer que le mode de calcul du prix, alors que le prix aurait pu raisonnablement être déterminé à l'avance.

⁷⁴ Art. 1592 C. civ. ; Cass. Com., 5 novembre 1971, n°70-11.583, Bull. Civ. IV, n°263 ; Cass. 1^{ère} Civ., 2 décembre 1997 (2 arrêts), n°95-19.791 et n°95-16.720, Bull. Civ. I, n°334 et n°340 ; *RTD Civ.* 1998, p. 396, note P.-Y. Gautier, p. 898, note J. Mestre ; *JCP G* 1998, n°16, doct. 129, C. Jamin. Le débat sur ces clauses se focalise sur l'indépendance du tiers, car elle est une garantie contre la détermination arbitraire du prix.

⁷⁵ Cass. Com., 9 avril 1991, n°89-21.611, Bull. Civ. IV, n°139 ; Cass. Com., 6 juin 2001, n°98-18.503, inédit ; Cass. 1^{ère} Civ., 25 novembre 2003, n°00-22.089, Bull. Civ. I, n°243 ; *RTD Civ.* 2004, p. 308, note P.-Y. Gautier. *N.B.* : mais le tiers peut être responsable envers l'un des contractants dès lors qu'il fixe un prix excessif, sans commettre une erreur grossière – ce qui fait bien de la clause de détermination du prix par un tiers une méthode de détermination objective du prix : Cass. Com., 4 février 2004, n°01-13.516, Bull. Civ. IV, n°23 ; *RTD Civ.* 2004, p. 310, note P.-Y. Gautier, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2004, n°4, comm. 56, L. Leveneur ; O. Barret et P. Brun, « Vente : formation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, octobre 2019, n°461.

⁷⁶ V. P. Puig, *op. cit.*, n°271, p. 284, qui classe ensemble la clause à dire de tiers, la clause d'offre concurrente et la clause de prix de marché.

⁷⁷ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°328, p. 376. Depuis l'adoption de l'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, le professionnel ne peut plus être sanctionné qu'au titre des pratiques commerciales déloyales ; v. aussi les règles spéciales posées par l'arrêté du 28 juin 2000 relatif à l'information des consommateurs et à la publicité des prix des véhicules automobiles (arts. 2 et 4).

⁷⁸ V. *infra* n°70 pour le lien entre information précontractuelle et motivation du prix.

⁷⁹ V. *supra* n°3. V. N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°486, p. 476 : « *Le droit des contrats de consommation rejoint ici le droit commun des contrats où la règle est admise depuis longtemps* ».

⁸⁰ V. *infra* n°21 et s. pour les contrats cadre, et *supra* n°8 pour les contrats de prestation de service (il serait adéquat de limiter la portée de l'art. 1165 aux contrats où l'indétermination du prix se justifie concrètement).

14. La conformité du dispositif au droit commun des conditions de validité du contrat – Il importe d’identifier avec précision les conséquences de l’exigence accrue du droit de la consommation. Sans entrer dans les difficultés de mise en œuvre de l’adage *specialia generalibus derogant*⁸¹, il est possible d’en écarter l’application en constatant simplement que l’obligation d’information sur les prix ne relève pas des conditions de validité du contrat, mais de l’encadrement de la liberté du professionnel dans la fixation des prix⁸². Rien ne s’oppose théoriquement au maintien de la validité du contrat, malgré le manquement à une obligation d’information précontractuelle⁸³. En outre, l’obligation d’information sur les prix est une obligation de publicité des prix, orientée vers la transparence du marché et la protection de la communauté des consommateurs⁸⁴. Elle n’a pas vocation à affecter la relation contractuelle entre le consommateur et le professionnel⁸⁵. En effet, l’intention du législateur européen n’a pas été d’édicter des règles spéciales de validité du contrat, comme en témoigne le quatorzième considérant de la directive de 2011 : « *la présente directive devrait [...] s’entendre sans préjudice du droit national réglementant [...] la validité d’un contrat* ». L’obligation d’information sur les prix n’entre donc pas formellement en concurrence avec les articles 1164 et 1165 du Code civil, mais les complète en obligeant le professionnel à informer à l’avance le consommateur sur les modalités de la fixation unilatérale du prix⁸⁶.

15. Les dangers de l’unilatéralisme en droit de la consommation – Il demeure cependant un risque à « *être engagé dans un contrat dont le prix sera unilatéralement fixé par le contractant le plus puissant* »⁸⁷. Les dispositions du droit commun n’offrent pas une protection suffisante⁸⁸, d’autant plus dans les rapports de consommation où l’effectivité des

⁸¹ Il faut d’abord déterminer quelle est la règle spéciale : la règle consumériste ou la règle relative aux contrats de prestation de service ? Sans doute, l’argument formel de la place des textes, les uns dans le C. consom., les autres dans le C. civ., conduit à considérer que les arts. 1164 et 1165 sont des règles générales (ils sont incidemment qualifiés ainsi par l’art. 1105 C. civ., al 1^{er}). Il faut ensuite déterminer si les règles sont incompatibles, or l’obligation d’information sur les prix impose seulement une communication *a priori* des paramètres objectifs sur lesquels reposera la détermination *a posteriori* du prix par le professionnel (v. *supra* n°12). En outre, la « *consistance juridique* » de l’adage n’est pas certaine ; C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *Revue de droit d’Assas* 2013, n°7, p. 29 ; v. aussi N. Balat, *Essai sur le droit commun*, th. Paris II, 2014, n°168-170 ; N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, th. Paris II, 2011, n°288 et s. ; *C. Goldie-Genicon, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

⁸² Autrement dit, le manquement à l’obligation d’information sur les prix ne relève pas de l’indétermination du prix, mais de l’abus dans la fixation unilatérale du prix.

⁸³ V. art. 1112-1 C. civ.

⁸⁴ V. *supra* n°10.

⁸⁵ V. *infra* n°37 et s.

⁸⁶ V. B. Boubli, art. préc., *Répertoire de droit civil*, n°46 : « *Ces règles doivent être tempérées par les dispositions protectrices du consommateur* » ; mais v. affirmant que les contrats de consommation n’entrent pas dans le champ de l’article 1165 C. civ. : L. Leveneur, art. préc., *Mélanges Teyssie*, n°19.

⁸⁷ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°311, p. 358.

⁸⁸ V. *supra* n°9.

recours en justice est moindre⁸⁹. Le droit de la consommation contient certaines dispositions de nature à tempérer ce risque, puisqu'il promeut la transparence contractuelle et lutte contre l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat. Néanmoins, les sanctions prévues en droit positif se révèlent insuffisantes : tant l'interprétation *in favorem*, que le contrôle des clauses abusives, sont inaptes à écarter les dangers liés à l'indétermination du prix dans les contrats de prestation de service⁹⁰. Quant à l'obligation d'information sur les prix, la sanction administrative est de nature à garantir une certaine effectivité de la règle⁹¹, mais elle est inadaptée à la protection des intérêts du consommateur dans un litige civil⁹². Ce constat doit conduire à rechercher les moyens d'une protection plus efficace du consommateur. La méthode privilégiée sera l'interprétation constructive du droit spécial⁹³, comme du droit commun⁹⁴. Cependant, une réforme législative pourrait se révéler nécessaire pour garantir la cohérence et la lisibilité du droit⁹⁵. Avant d'exposer en détails les résultats de cette recherche, il convient d'en présenter les principales orientations.

*III – Les orientations de résolution du conflit*⁹⁶

16. La recherche d'un « juste prix » – En droit civil classique, la justice contractuelle est assurée par l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. Cette conception traditionnelle, selon laquelle *qui dit contractuel dit juste*, est fondée sur l'idée que chacun est le meilleur juge de ses intérêts : le « *libre accord des volontés individuelles* » permet en théorie la fixation conventionnelle d'un « *juste prix* »⁹⁷. Par ailleurs, les théories économiques libérales affirment que le bon fonctionnement de la concurrence doit permettre que le marché se stabilise autour du juste prix des biens et services. L'obligation d'information sur les prix est née dans cette logique concurrentielle : pour garantir le bon fonctionnement du marché et,

⁸⁹ J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°311, p. 360 : « *Il reste que le recours aux tribunaux, en cas d'abus dans la fixation du prix, est généralement, pour le consommateur, hors de proportion avec l'intérêt en jeu, et que le résultat est toujours aléatoire* ». La même critique est encourue par la fixation judiciaire du prix (*ibid.*, p. 359).

⁹⁰ V. *infra* n°26.

⁹¹ Sur ces sanctions plus généralement, v. N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC* 2014, p. 471, n°34 et s.

⁹² S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, « Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation », *RDC* 2018, p. 122, n°13 : « *À une sanction objective dévolue à l'Administration, assujettie à la défense du seul intérêt général, doit se juxtaposer une sanction subjective, initiée par le consommateur, participant de la protection de son intérêt individuel et autorisant une appréciation plus fine de l'impact de la violation de la règle de protection* ».

⁹³ V. *infra* n°20 et s.

⁹⁴ V. *infra* n°67 et s.

⁹⁵ V. *infra* n°91 et 92.

⁹⁶ Ne seront plus évoqués que les contrats cadre et les contrats de prestation de service, qui sont ceux où se posent les problématiques d'unilatéralisme et de compatibilité du droit commun et du droit de la consommation.

⁹⁷ F. Terré et al., *op. cit.*, n°371, p. 410.

notamment, la possibilité de comparer les prix. En cas de détermination unilatérale du prix, le mécanisme civiliste ne garantit plus le juste prix⁹⁸. Le respect de l'obligation d'information sur les prix devient donc essentiel non plus seulement à l'échelle macro-économique pour la promotion d'une saine concurrence, mais également à l'échelle micro-économique, pour garantir le « *juste prix* » dans les contrats individuels. Cela montre bien que le droit de la consommation est à la frontière du droit économique et du droit civil⁹⁹.

17. Une solution inspirée par la justice procédurale – La fonction sociale du contrat conduit à admettre une certaine flexibilité : lorsque les contours exacts de la prestation ne peuvent pas être discernés au jour de la conclusion du contrat, les parties sont légitimes à retarder la détermination du prix. Retenir, au nom d'une « *fiction consensualiste* »¹⁰⁰, la nullité de ces contrats pour indétermination du prix serait donc inapproprié. Cependant, la philosophie libérale et volontariste doit conduire à protéger la liberté contractuelle de la partie qui subit le prix, afin de restaurer un certain équilibre dans le contrat. La justice contractuelle sera effectivement garantie si la partie faible est mise en mesure de défendre ses intérêts. La détermination unilatérale du prix ne saurait ainsi devenir une prérogative arbitraire : elle est conditionnée dans les rapports de consommation à une information préalable sur ses modalités et à une motivation objective du prix fixé¹⁰¹. Lorsque ces garanties procédurales de l'objectivité du prix et du consentement du consommateur ne sont pas respectées, il n'est pas pour autant judicieux de mettre un terme au contrat¹⁰². La protection du consommateur ne doit pas, en effet, consister à le priver de l'utilité du contrat, qui peut être adéquatement préservée par un mode objectif de détermination *a posteriori* du prix¹⁰³. Une telle orientation s'inscrit pleinement dans les fonctions préventives et réparatrices du droit de la consommation¹⁰⁴.

⁹⁸ Sociologiquement, cette hypothèse correspond au « *système moderne d'économie de marché* », que le prix soit prédéterminé ou déterminé *ex post* : J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°307, p. 353 ; v. aussi F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.*, n°137, p. 152 : « *l'essentiel réside d'ailleurs moins dans la détermination du prix que dans l'information donnée à l'acheteur de son montant* ».

⁹⁹ J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°16, p. 19 : le droit de la consommation est « *une adaptation au marché moderne des idéaux civilistes classiques de liberté du consentement et de loyauté et d'équilibre entre les parties* » ; v. aussi S. Bernheim-Desvaux, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *RLDA* 2012, n°69.

¹⁰⁰ P. de Fontbressin, « De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats », *RTD Civ.* 1986, p. 655, not. p. 693.

¹⁰¹ V. *infra* n°61 et s.

¹⁰² V. *infra* n°58 et s. ; M.-A. Frison-Roche, art. préc., *RTD Civ.* 1992, p. 269, n°45 : « *Une réfaction servirait mieux l'exigence de protection, en alliant le maintien du contrat et la fixation d'un prix raisonnable* ».

¹⁰³ V. *infra* n°88 ; *ibid.*, n°48 : « *La modification judiciaire du prix, dans les hypothèses visées par le système de l'indétermination, satisferait à la fois la morale et une saine économie* ».

¹⁰⁴ Il s'agit de prévenir la fixation d'un prix excessif en imposant certaines garanties procédurales, et, dans l'hypothèse où ces garanties n'auraient pas été respectées, de préserver le contrat, mais à un prix raisonnable.

18. La recherche de l'effectivité du droit de la consommation – La dimension collective du droit de la consommation¹⁰⁵, si elle contribue à la protection des consommateurs en général, ne doit pas dispenser la doctrine de la recherche de sanctions civiles efficaces. Les recours classiques du Code civil sont souvent critiqués en ce qu'ils sont « *inaccessibles pour les consommateurs* »¹⁰⁶, mais il est possible d'identifier des recours plus efficaces qui permettront « *que les consommateurs prennent en charge [...] leur propre défense* »¹⁰⁷. La doctrine s'attache, en effet, depuis plusieurs années à la « *découverte de nouvelles sanctions civiles* »¹⁰⁸. Il serait pertinent d'octroyer au consommateur des recours unilatéraux, pour équilibrer sa relation avec un professionnel fixant unilatéralement le prix¹⁰⁹. Afin de donner une coloration plus civiliste à l'obligation d'information sur les prix, il convient donc de prêter attention à l'effectivité des recours individuels proposés, sans négliger la possibilité d'une action collective¹¹⁰. Il faut, en outre, prêter attention à la cohérence générale du système, tant dans ses aspects techniques que philosophiques. L'effectivité du droit de la consommation est en dernier lieu subordonnée à sa clarté et à son accessibilité. L'existence de solutions protectrices en droit positif n'interdit donc pas d'envisager une réforme législative¹¹¹.

19. Annonce de plan – La recherche d'une protection effective du consommateur ne doit pas cependant conduire à l'adoption d'une solution simpliste. Le droit de la consommation est plus restrictif que le droit commun, mais il n'en résulte pas une prohibition systématique de la détermination unilatérale du prix par le professionnel (Première partie). Dans certains contrats, le principe de la détermination unilatérale et *a posteriori* du prix se justifie. Ce principe doit cependant être encadré par des garanties procédurales de fixation d'un « *juste prix* », destinées à assurer, tant dans leur substance que dans leur sanction, une protection efficace du consommateur (Seconde partie).

¹⁰⁵ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°19, p. 23.

¹⁰⁶ *Ibid.*, n°19, p. 22.

¹⁰⁷ *Ibid.*, n°20, p. 23.

¹⁰⁸ Voulue par J. Calais-Auloy, « Les sanctions en droit de la consommation », *Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 75, not. p. 81.

¹⁰⁹ Ces recours sont connus du droit civil : exception d'inexécution, résolution unilatérale ... v. *infra* n°72 et s. V. aussi J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°333, p. 381 : en cas d'inexécution du professionnel, « *la meilleure protection du consommateur résulte de l'exception d'inexécution* ».

¹¹⁰ V. C. Blanchard, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », *RLDA* 2015, n°105 : « *l'effectivité du droit de la consommation est dépendante de l'effectivité de la sanction* ».

¹¹¹ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°23, p. 27 : « *La complexité du droit de la consommation n'est pas acceptable : elle le rend inapplicable à sa fonction* ». Certaines solutions proposées dans les développements qui suivent sont peut-être trop subtiles pour être effectives.

Première partie – La prohibition partielle de la détermination unilatérale du prix

20. De multiples recours dans le droit commun des contrats de consommation – Le droit de la consommation contient certaines règles qui peuvent paraître incompatibles avec la détermination unilatérale du prix : sont visées ici la prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, ainsi que l'obligation précontractuelle d'information du consommateur sur les prix. Dans les contrats cadre, la clause de détermination unilatérale du prix est susceptible d'être qualifiée de clause abusive, ce qui peut conduire à l'annulation du contrat (Titre I). En revanche, dans les contrats de prestation de service, les règles du droit de la consommation ne permettent pas de prononcer la nullité du contrat pour indétermination du prix (Titre II).

Titre I – La prohibition affirmée des clauses de détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre

21. Annonce de plan – Le contrôle des clauses de détermination unilatérale du prix sur le fondement de la théorie des clauses abusives ne va pas de soi : d'une part, le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation est en principe exclu ; et d'autre part ces clauses sont expressément autorisées par la loi (Chapitre 1^{er}). En revanche, dans les contrats cadre, une fois admise l'applicabilité du contrôle des clauses abusives, le caractère abusif de la clause de détermination unilatérale du prix peut aisément être établi, sous certaines réserves¹¹², ce qui conduit en pratique à remettre en question la validité du contrat (Chapitre 2nd).

¹¹² Ces réserves sont importantes, car le raisonnement présenté dans cette section peut largement être étendu au contrôle des clauses abusives sur le fondement de l'art. 1171 nouveau C. civ.

Chapitre 1^{er} – L'applicabilité de la théorie des clauses abusives

22. La portée limitée du recours à la théorie des clauses abusives – Le contrôle des clauses abusives peut efficacement assurer la protection du consommateur dans les contrats cadre, car il n'épargne pas la clause de détermination unilatérale du prix (Section 1). En revanche, ce recours n'est d'aucune utilité au consommateur dans les contrats de prestation de service, car la détermination unilatérale du prix résulte alors de l'application à titre supplétif de l'article 1165 du Code civil (Section 2).

Section 1 – La possibilité d'un contrôle des clauses de détermination du prix

23. L'exclusion d'un contrôle portant sur l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation – L'article L.212-1 du Code de la consommation dispose dans son troisième alinéa que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». Il reprend ainsi les termes de l'article 4, §2, de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La théorie des clauses abusives n'a, en effet, pas pour rôle d'assurer un équilibre substantiel du contrat (*i.e.* l'équivalence des prestations), mais seulement un équilibre entre les droits et obligations des parties. Elle garantit l'équilibre juridique du contrat plutôt que son équilibre économique¹¹³. Cette caractéristique conditionne d'ailleurs la compatibilité du contrôle des clauses abusives avec la théorie générale des contrats, qui repose sur la liberté contractuelle¹¹⁴ et n'admet pas le contrôle de la lésion. Néanmoins, la réserve de l'exigence de transparence des clauses conduit à admettre ponctuellement un contrôle de l'adéquation du prix à la prestation. En outre, la clause de détermination unilatérale du prix est bien à l'origine d'un déséquilibre juridique entre les droits et obligations des parties¹¹⁵, ce qui justifie qu'elle fasse l'objet d'un contrôle.

¹¹³ J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°174, p. 192 : « *Le système issu de la directive, [...], 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* » ; v. aussi N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°919, p. 857.

¹¹⁴ La réserve de la transparence des clauses le confirme, son objectif étant de « *parvenir à l'obtention du consentement éclairé du consommateur* » ; N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°924, p. 862.

¹¹⁵ V. *infra* n°29 et s. La circonstance que le professionnel décide de fixer un prix raisonnable ou excessif, en application de la clause, est indifférente.

24. La possibilité d'un contrôle en cas de manquement à l'exigence de transparence du contenu contractuel – L'exigence de transparence des clauses portant sur l'objet principal du contrat provient du droit européen et n'a été reprise en droit français qu'à compter de l'ordonnance du 23 août 2001. Elle a fait l'objet d'une interprétation particulièrement extensive par la Cour de Justice de l'UE, qui lui a donné une dimension matérielle. Le consommateur doit avoir été mis en mesure d'évaluer les conséquences économiques du contrat sur sa situation, à partir de critères précis et intelligibles¹¹⁶. Cette exigence est particulièrement intéressante dans le contexte de la détermination du prix, car elle peut être mise en relation avec l'obligation d'information sur les prix¹¹⁷. Sans doute faut-il considérer que si le consommateur n'a pas été informé de manière suffisamment transparente sur les modalités de fixation unilatérale du prix, *i.e.* sur les conséquences économiques du contrat sur sa situation, la clause de détermination unilatérale du prix peut faire l'objet du contrôle des clauses abusives. Ce n'est cependant pas nécessaire puisque la clause de détermination unilatérale du prix peut faire l'objet, en toutes circonstances, de ce contrôle.

25. La distinction entre adéquation du prix et modalités de détermination du prix – Le troisième alinéa de l'article L.212-1 n'interdit qu'un contrôle de l'adéquation du prix à la prestation. Or, le contrôle du caractère abusif de la clause de détermination unilatérale du prix ne nécessite pas que le juge émette un jugement sur le caractère raisonnable ou excessif du prix réclamé par le professionnel. Il n'émet qu'un jugement sur le caractère abusif d'un procédé de fixation du prix. Le texte original de la loi du 10 janvier 1978 prévoyait expressément ce contrôle en visant « *les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix* ». À cela s'ajoute que l'exclusion du contrôle est l'exception, dont le champ est nécessairement d'interprétation stricte¹¹⁸. Or l'exclusion vise l'adéquation entre le prix et la prestation¹¹⁹, et non les modalités de fixation du prix. Ainsi, ne sont pas concernées par l'exception une clause de modification de frais de service¹²⁰, une clause de remboursement indexée sur une monnaie étrangère dès lors qu'il n'y a pas d'opération réelle

¹¹⁶ CJUE, 30 avril 2014, C-26/13, *Kasler*, n°73 ; *RTD Eur.* 2014, p. 715, note C. Aubert de Vincelles ; *JDE* 2014, n°211, p. 297, note É. Poillot ; *CCC* 2014, n°8, comm. 202, G. Raymond ; CJUE, 23 avril 2015, C-96/14, *Van Hove*, n°41.

¹¹⁷ Même si la dimension matérielle de l'exigence de transparence n'est pas reprise dans le contexte de l'obligation d'information : v. N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°432 et s., pp. 435-436.

¹¹⁸ Selon l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* ; v. CJUE, 30 avril 2014, C-26/13, préc. n°42.

¹¹⁹ *Ibid.*, n°54.

¹²⁰ *Ibid.*, n°56, renvoyant à CJUE, 26 avril 2012, C-472/10, *Nemzeti*.

de change¹²¹, ou une clause de modification unilatérale d'un taux d'intérêt¹²². Cette jurisprudence, qui s'ajoute aux arguments d'interprétation législative, semble bien aller dans le sens de l'admission du contrôle des clauses portant sur les modalités de détermination du prix. Cependant, la portée du contrôle sera limitée aux contrats cadre, puisque dans les contrats de prestation de service, la détermination unilatérale du prix ne résulte pas d'une clause contractuelle mais de l'application à titre supplétif de la loi.

Section 2 – L'impossibilité d'un contrôle des clauses conformes à une disposition législative supplétive

26. Le contrôle interdit d'une clause conforme à une règle légale supplétive – Le contrôle des clauses abusives ne saurait dégénérer en contrôle judiciaire de la loi en matière contractuelle. Ainsi, les clauses conformes à un texte législatif ne peuvent pas faire l'objet du contrôle. La portée exacte de cette interdiction n'est cependant pas évidente. La directive du 5 avril 1993 énonce les orientations de la législation européenne en affirmant dans son treizième considérant qu' « *il ne s'avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives* », orientation reprise à l'article 1^{er}, §2, de la directive. Selon le considérant précité, l'exclusion du contrôle couvre également « *les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu* ». Le contrôle ne saurait donc porter sur des clauses qui reprennent une règle légale impérative ou supplétive. Il en résulte clairement que le contrôle des clauses abusives ne sera d'aucun secours à un consommateur qui voudrait faire échec à l'application, à titre supplétif, de la détermination unilatérale du prix, prévue par l'article 1165 du Code civil. Cette solution ne s'étend pas à l'article 1164, qui exige qu'une clause soit stipulée dans le contrat pour que soit admise la détermination unilatérale du prix.

¹²¹ *Ibid.*, n°58 ; mais pour une clause de remboursement libellée en devise étrangère : CJUE, 20 septembre 2017, C-186/16, *Andriuc* ; CCC 2017, n°12, comm. 258, S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2017, p. 2401, note J. Lasserre-Capdeville ; *Gaz. Pal.* 2017, n°42, p. 34, note S. Piédelièvre ; *JCP G* 2017, n°48, doct. 1269, N. Sauphanor-Brouillaud. La question des emprunts en devise étrangère a suscité un contentieux très important suite à la crise financière de 2008, qui reflète bien l'importance de l'information précontractuelle : Cass. 1^{ère} Civ., 29 mars 2017 (2 arrêts), n°16-13.050 et n°15-27.231, Bull. Civ. I, n°77-78 ; *RTD Civ.* 2017, p. 383, note H. Barbier ; CCC 2017, n°6, comm. 136, S. Bernheim-Desvaux ; Cass. 1^{ère} Civ., 3 mai 2018, n°17-13.593, Bull. Civ. I ; CCC 2018, n°7, comm. 142, S. Bernheim-Desvaux ; Cass. 1^{ère} Civ., 16 mai 2018, n°17-11.337, Bull. Civ. I ; *Gaz. Pal.* 2018, n°30, p. 36, note S. Piédelièvre ; Cass. 1^{ère} Civ., 20 février 2019 (2 arrêts), n°17-31.065 et n°17-31.067, Bull. Civ. I ; CCC 2019, n°4, comm. 76, S. Bernheim-Desvaux ; Cass. 1^{ère} Civ., 22 mai 2019, n°17-23.663, Bull. Civ. I ; *Gaz. Pal.* 2019, n°30, p. 32, note S. Piédelièvre ; Cass. 1^{ère} Civ., 24 octobre 2019, n°18-12.255, Bull. Civ. I ; *D.* 2020, p. 135, note J. Lasserre-Capdeville.

¹²² CJUE, 26 février 2015, C-143/13, *Matei*.

27. Le contrôle autorisé d'une clause dérogeant à une règle légale supplétive –

S'agissant des contrats cadre, le principe, en l'absence de clause, est que la déterminabilité objective du prix, lors de la conclusion du contrat, est requise *ad validitatem*¹²³. La clause de détermination unilatérale du prix est donc autorisée par l'article 1164 du Code civil, mais elle n'est pas, à proprement parler, une clause « conforme » à la règle supplétive. La conformité suppose, en effet, de reprendre à l'identique la règle légale supplétive¹²⁴. Au contraire, la clause de détermination unilatérale du prix déroge à la règle supplétive dans les contrats cadre. Un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 2005¹²⁵ applique le principe de manière légèrement ambiguë : une clause conforme à un texte légal, selon lequel certains frais « peuvent être imputés au copropriétaire défaillant »¹²⁶, ne peut être qualifiée d'abusive. La lecture du texte en cause révèle que ces frais « sont imputables à ce seul copropriétaire »¹²⁷, ce dont il résulte que la clause en question n'était pas seulement autorisée par le texte, mais était bien une application « conforme » de la règle légale. Cet arrêt confirme donc incidemment que la clause de détermination unilatérale du prix, stipulée dans un contrat cadre, peut faire l'objet du contrôle des clauses abusives¹²⁸. Toutefois, la validation expresse de ces clauses par le Code civil doit être prise en compte au stade de la caractérisation de l'abus, ce qui conduit désormais à traiter de la mise en œuvre de la théorie des clauses abusives.

¹²³ V. *supra* n°7.

¹²⁴ V. pour s'en convaincre le *Dictionnaire de la langue française*, Larousse, 1989, qui définit la « conformité » comme l'« état de ce qui présente un accord complet, une adaptation totale ».

¹²⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} février 2005, n°03-19.692, Bull Civ. I, n°64.

¹²⁶ Pour la formule complète : « *Qu'en statuant ainsi, après l'entrée en vigueur du second des textes susvisés duquel il résulte que les frais nécessaires exposés par le syndicat à compter de la mise en demeure peuvent être imputés au copropriétaire défaillant, en sorte que la clause stipulée en conformité de ce texte ne peut revêtir un caractère abusif, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹²⁷ L'art. 10-1 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

¹²⁸ Les clauses d'un contrat qui reprennent une règle légale applicable à une autre catégorie de contrat peuvent, également, faire l'objet d'un contrôle sur le fondement de la prohibition des clauses abusives : CJUE, 21 mars 2013, C-92/11 *RWE Vertrieb*, n°29 ; *RTD Eur.* 2013, p. 559, note C. Aubert de Vincelles ; plus généralement, « l'intérêt du droit des clauses abusives réside dans la possibilité de remettre en cause l'efficacité d'une cause licite », N. Mathey, « Les clauses abusives », *Le Lamy droit économique* (dir. M. Chagny), n°5659.

Chapitre 2nd – La mise en œuvre de la théorie des clauses abusives

28. Annonce de plan – L'identification du caractère potentiellement abusif de la clause de détermination unilatérale du prix ne présente pas de difficultés (Section 1). En revanche, les conséquences de la qualification de clause abusive sont relativement incertaines puisque le principe du maintien du contrat doit être confronté à l'exigence de détermination du prix, issue de l'application à titre supplétif de l'article 1163 du Code civil (Section 2).

Section 1 – L'identification de l'abus

29. La caractérisation de l'abus par le pouvoir réglementaire – L'article L.212-1, premier alinéa, du Code de la consommation dispose que « *sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Il convient en principe de procéder à une analyse contextuelle du contrat au moment de sa conclusion¹²⁹, ce qui signifie qu'il n'est pas possible d'identifier *a priori* certaines clauses comme systématiquement abusives. Toutefois, des listes réglementaires permettent de présumer, irréfragablement ou non, le caractère abusif de certaines clauses. Si la clause de détermination unilatérale du prix ne figure pas elle-même dans une telle liste, la « liste noire » mentionne les clauses réservant « *au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives [...] au prix du bien à livrer ou du service à rendre* »¹³⁰. Le raisonnement par analogie conduit à présumer, au moins simplement, le caractère abusif de la clause de détermination unilatérale du prix. La Commission des clauses abusives recommande, en ce sens, que soit présumée abusive une clause ayant pour objet ou pour effet de « *faire varier le prix en fonction d'éléments dépendant directement ou indirectement de la volonté arbitraire du professionnel contractant* »¹³¹. Cependant, la clause de modification unilatérale du prix est admise, dans les contrats à durée indéterminée, lorsque le consommateur peut librement résilier le contrat dans un délai raisonnable précédant l'entrée en vigueur de la modification¹³². L'analyse des critères jurisprudentiels et doctrinaux du déséquilibre significatif confirme, avec les mêmes réserves, cette qualification.

¹²⁹ Art. L.212-1, al. 2, C. consom. Cependant, dans le cadre de l'action des associations de consommateur contre un modèle de contrat, l'abus est caractérisé *in abstracto* : N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°894, p. 836.

¹³⁰ Art. R.212-1, 3°, C. consom.

¹³¹ Recommandation de synthèse n°91-02, *BOCCRF* du 6 septembre 1991, n°2.

¹³² Art. R.212-4, al. 3, C. consom.

30. La caractérisation de l'abus par la jurisprudence – Selon les juges européens, la caractérisation du déséquilibre significatif repose sur une « *analyse comparative* » entre les droits et obligations des parties, tels qu'ils découlent du contrat et tels qu'ils auraient résulté de l'application du droit national supplétif¹³³. Or la clause de détermination unilatérale du prix réduit bien les droits du consommateur puisqu'elle permet au professionnel de déterminer unilatéralement le prix, sans que le consommateur ne puisse s'y opposer, alors que le droit supplétif exige que le consommateur ait consenti aux modalités de détermination objective du prix. Le droit européen prévoit cependant un second critère, qui n'est pas repris dans la législation française : la clause doit avoir été stipulée « *en dépit de l'exigence de bonne foi* »¹³⁴. Sur ce fondement, la Cour de Justice de l'UE a décidé que le caractère abusif d'une clause de modification unilatérale de frais de fourniture de gaz dépend notamment de « *l'existence d'un intérêt légitime [du professionnel] de pouvoir modifier les frais de son service* »¹³⁵, de l'information transparente du consommateur sur « *le motif et le mode de variation des frais liés au service à fournir* », et de son « *droit de mettre fin au contrat pour le cas où ces frais seraient effectivement modifiés* »¹³⁶. Ces exigences peuvent être reliées à l'information précontractuelle du consommateur. La Cour de Justice évoque des « *exigences strictes quant à l'information du consommateur* », qui « *répondent à une mise en balance des intérêts des deux parties* »¹³⁷. La transparence du procédé de détermination unilatérale du prix est également prise en compte à l'échelle nationale par la Cour de cassation¹³⁸, tout comme le droit du consommateur de résilier le contrat, dont les juges vérifient l'effectivité¹³⁹.

31. La caractérisation de l'abus par la doctrine – Les travaux de la doctrine sur la notion de « déséquilibre significatif » confirment que la clause de détermination unilatérale du prix peut, avec les mêmes réserves, être qualifiée d'abusive. Ainsi, Mme Péglion-Zika affirme que sont abusives les clauses qui « *manifestent l'unilatéralisme dans le contrat de*

¹³³ CJUE, 14 mars 2013, C-415/11, *Aziz*, n°68 ; *RTD Eur.* 2013, p. 559, note C. Aubert de Vincelles ; *JDE* 2014, n°205, p. 20, note É. Poillot.

¹³⁴ Art. 3, §1, de la dir. n°93/13 du 5 avril 1993.

¹³⁵ CJUE, 21 mars 2013, C-92/11, préc. n°46.

¹³⁶ *Ibid.*, n°49. Cette faculté de résiliation doit être effective (*ibid.*, n°54). V. déjà dans le même sens : CJUE, 26 avril 2012, C-472/10, préc. n°28-31.

¹³⁷ *Ibid.*, n°53 ; le consommateur de crédit doit pouvoir évaluer le coût total de son emprunt : CJUE, 9 juillet 2015, C-348/14, *Bucura*, n°55-56.

¹³⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 12 octobre 2016, n°15-20.060, inédit : une clause est abusive lorsqu'elle place « *le consommateur dans l'impossibilité de connaître et maîtriser son coût* » ; *JCP E* 2017, n°8, 1090, note S. Le Gac-Pech ; Cass. 1^{ère} Civ., 8 janvier 2009, n°06-17.630, inédit ; *CCC* 2009, n°3, comm. 85, G. Raymond.

¹³⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2006 (4 arrêts), v. notamment n°04-15.646 et n°04-17.578, *Bull. Civ. I*, n°488-489 ; *RDC* 2007, n°2, p. 337, note D. Fenouillet ; *RLDC* 2007, n°36, note N. Sauphanor-Brouillaud. Pour un parallèle avec la caractérisation de l'abus dans la fixation du prix : Cass. 1^{ère} Civ., 30 juin 2004, n°01-00.475, *Bull. Civ. I*, n°190 ; *CCC* 2004, n°11, comm. 151, L. Leveneur ; *D.* 2005, p. 1828, note D. Mazeaud.

consommation, en faveur du professionnel »¹⁴⁰. La clause de détermination unilatérale du prix par le professionnel en est un exemple topique. Cependant, si le consommateur est autorisé à résilier unilatéralement le contrat, l'équilibre se trouve restauré par cette contrepartie de la prérogative unilatérale du professionnel¹⁴¹. Mme Pégliion-Zika s'intéresse ensuite aux clauses qui portent atteinte aux droits du consommateur¹⁴². La clause de détermination unilatérale du prix pourrait ainsi être qualifiée d'abusives lorsqu'elle prive le consommateur de son droit à une information précontractuelle sur les prix. Pour être valable, la clause devra donc présenter le « *mode de calcul du prix* » et expliciter quels frais supplémentaires sont éventuellement exigibles. Il faudrait même exiger que le consommateur reçoive une information transparente lui permettant d'évaluer le coût total du contrat¹⁴³. Une majorité d'auteurs raisonnent d'une manière comparable sur l'équilibre juridique du contrat, considérant qu'il est nécessaire de protéger une certaine proportionnalité dans les droits et obligations des parties au contrat de consommation¹⁴⁴. Pour conclure, lorsque la clause de détermination unilatérale du prix n'est pas assortie du droit pour le consommateur de résilier le contrat, ainsi que d'une information transparente sur les critères de fixation du prix par le professionnel, elle peut être qualifiée d'abusives et doit alors faire l'objet d'une sanction.

Section 2 – La sanction de l'abus

32. L'effectivité de la sanction des clauses abusives – À titre liminaire, il faut noter que la sanction des clauses abusives présente certaines garanties d'effectivité. En effet, le juge est tenu de relever d'office le moyen tiré de la prohibition des clauses abusives¹⁴⁵. En outre, les associations de consommateur agréées et l'Administration peuvent intenter des actions en suppression de clauses abusives dans les modèles de contrat¹⁴⁶, ce qui permet de les éliminer dans tous les contrats déjà conclus par le professionnel en cause, ce dernier étant tenu d'en

¹⁴⁰ C.-M. Pégliion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, th. Paris II, 2013, n°395 ; v. aussi N. Mathey, art. préc., *Le Lamy droit économique*, n°5658.

¹⁴¹ *Ibid.*, n°458 ; v. aussi N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* 2008, n°6, étude 7, n°27 : « *Le critère de l'abus réside ici moins dans l'octroi d'une prérogative unilatérale au professionnel que dans l'absence de contreponds à ce pouvoir unilatéral* ». Il a même été proposé d'introduire ce droit de résiliation unilatérale dans le droit commun : C. Jamin, art. préc., *Droit et économie des contrats*, n°250, p. 110 et s.

¹⁴² *Ibid.*, n°465 et s.

¹⁴³ V. *infra* n°81 et s.

¹⁴⁴ Pour un bilan des conceptualisations doctrinales : N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°913, p. 865 et s. V. aussi X. Lagarde, « Qu'est-ce-qu'une clause abusive ? », *JCP G* 2006, n°6, doctr. 110, n°8.

¹⁴⁵ Art. R.632-1 C. consom., al. 2 ; CJUE, 9 juillet 2015, C-348/14, préc. n°40-44.

¹⁴⁶ Arts. L.621-7 et L.524-1 C. consom.

informer ses cocontractants¹⁴⁷. Il faut encore ajouter les pouvoirs d'enquête et de sanctions de l'Administration¹⁴⁸, ainsi que l'efficacité symbolique des recommandations de la Commission des clauses abusives. L'effectivité de la sanction des clauses abusives ne repose donc pas exclusivement sur un recours individuel du consommateur. La législation répond ainsi à l'objectif de prévention du droit de la consommation, mais aussi à sa logique réparatrice puisque le contrat, une fois purgé des clauses abusives, est en principe maintenu.

33. Le principe du maintien du contrat confronté à l'exigence d'un prix déterminé

– Les clauses abusives sont sanctionnées par le réputé non écrit¹⁴⁹. L'article L.241-1 du Code de la consommation précise, dans son deuxième alinéa, que « *le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses* ». Cette disposition est conforme aux analyses doctrinales du réputé non écrit. C'est une sanction essentiellement dissuasive dont l'objectif est de purger le contrat des clauses abusives¹⁵⁰. Le juge national peut donc appliquer une disposition légale supplétive pour permettre la survie du contrat, lorsque celui-ci ne pourrait autrement subsister sans la clause réputée non écrite¹⁵¹. Toutefois, le principe du maintien du contrat connaît deux limites. Premièrement, la Cour de Justice de l'UE considère que la législation d'un Etat membre peut prévoir la nullité du contrat afin d'assurer « *une meilleure protection du consommateur* »¹⁵², même si la directive, d'harmonisation minimale, ne peut être interprétée comme autorisant l'annulation sur le seul fondement de son « *caractère éventuellement avantageux, pour le consommateur* »¹⁵³. Le droit français est conforme à la directive et n'autorise pas cette nullité, qui priverait le consommateur des avantages attendus du contrat. Deuxièmement, ainsi que le prévoit l'article L.241-1, le contrat doit être annulé s'il ne peut plus subsister sans la clause abusive. Or, si la clause de détermination unilatérale du prix est réputée non écrite, le prix du

¹⁴⁷ Arts. L.621-8 et L.524-1 C. consom. ; G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2019, n°104-108.

¹⁴⁸ Arts. L.511-1 et s. C. consom.

¹⁴⁹ Art. L.241-1 C. consom. Noter l'effectivité de cette sanction qui n'est pas prescriptible : Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2019, n°17-23.169, Bull. Civ. I ; *Gaz. Pal.* 2019, n°31, p. 23, note D. Houtcieff ; G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *Répertoire de droit civil*, n°96.

¹⁵⁰ N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°957, p. 895 ; citant *S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, *Economica*, 2006 ; v. CJUE, 30 avril 2014, C-26/13, préc. n°79.

¹⁵¹ CJUE, 30 avril 2014, C-26/13, préc. n°80 et s. ; J. Ghestin et 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 G* 1995, n°25, doctr. 3854, n°16.

¹⁵² CJUE, 15 mars 2012, C-453/10, préc. n°35.

¹⁵³ *Ibid.*, n°33.

contrat cadre devient indéterminé. Le contrat doit alors être annulé, par ricochet, sur le fondement de l'article 1163 du Code civil¹⁵⁴.

34. Des propositions alternatives – La nullité du contrat n'est pas ici opportune. En effet, le consommateur qui souhaiterait obtenir les avantages attendus du contrat pourrait être réticent à saisir le juge, ce dernier ne pouvant pas faire droit à ses prétentions. Certains consommateurs préféreront payer un prix, potentiellement excessif, fixé par le professionnel en application de la clause de détermination unilatérale¹⁵⁵. Plusieurs auteurs envisagent de recourir à l'interprétation *in favorem* d'une clause de prix qui ne serait pas claire et compréhensible¹⁵⁶. Cependant, les clauses de détermination unilatérale du prix peuvent être sanctionnées alors même qu'elles satisferaient cette exigence de transparence¹⁵⁷. L'interprétation *in favorem* n'est donc pas une solution généralisable. Il serait alors préférable d'autoriser systématiquement le juge à faire survivre le contrat en fixant un prix raisonnable¹⁵⁸. M. Lachièze soutient que les dispositions du Code de la consommation autorisent la réfaction judiciaire du contrat¹⁵⁹. Cette solution paraît cependant clairement exclue depuis la réforme de 2016, qui a écarté un pouvoir de fixation judiciaire du prix¹⁶⁰. Il faudrait donc envisager une réforme législative pour réintroduire, dans les contrats de consommation, un tel pouvoir¹⁶¹. Cette solution serait conforme, non seulement au principe du maintien du contrat, mais surtout aux intérêts du consommateur¹⁶². Le même argument d'opportunité conduit à rejeter l'annulation, pour indétermination du prix, du contrat de prestation de service, conclu entre un professionnel et un consommateur. Il faut autoriser la détermination unilatérale du prix dans ces contrats, sous réserve de l'existence de règles assurant une protection efficace du consommateur contre une fixation arbitraire du prix.

¹⁵⁴ V. *supra* n°7.

¹⁵⁵ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, art. préc., *JCP G* 1995, n°25, doctr. 3854, n°16 : « autoriser le professionnel à lier le sort du contrat à celui d'une clause abusive reviendrait à lui permettre de subordonner souvent, en fait, l'obtention des biens ou des services qu'il offre à l'acceptation de telles clauses ».

¹⁵⁶ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°929, p. 867.

¹⁵⁷ V. *supra* n°25 ; sauf à considérer qu'elles ne sont pas abusives si elles renseignent de manière objective et transparente sur les modalités de fixation unilatérale du prix (v. *supra* n°29 et s.), ou qu'elles manquent toujours à l'exigence de transparence (v. *supra* n°24).

¹⁵⁸ V. *infra* n°84 et s.

¹⁵⁹ Ch. Lachièze, « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », *LPA* 2002, n°131, p. 4, n°18.

¹⁶⁰ V. *supra* note n°40.

¹⁶¹ V. *infra* n°92, la proposition d'un nouvel article L.131-7 qui pourrait être appliqué par le juge à titre supplétif pour fonder la fixation d'un prix raisonnable.

¹⁶² J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°182, p. 203 : le maintien du contrat est une « solution conforme à l'intérêt du consommateur, qui entend généralement maintenir le contrat purgé de ses clauses abusives ».

Titre II – La prohibition rejetée de la détermination unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service

35. Technique et opportunité – Aucune règle spéciale du droit de la consommation n'autorise, en droit positif, le juge à prononcer la nullité d'un contrat de prestation de service pour indétermination du prix (Chapitre 1^{er}). Une réforme législative en ce sens ne serait pas opportune (Chapitre 2nd).

Chapitre 1^{er} – Le rejet d'une nullité pour indétermination du prix en droit positif

36. Annonce de plan – Un contrat de prestation de service au prix indéterminé ne peut être annulé sur le seul fondement du manquement aux dispositions d'ordre public intéressant l'information sur les prix (Section 1). Un raisonnement inductif, fondé sur les différentes règles de fond qui caractérisent les contrats de consommation en général, ne conduit pas plus à dégager une nullité pour indétermination du prix dans ces contrats¹⁶³ (Section 2).

Section 1 – Le rejet de la nullité virtuelle pour manquement à l'obligation d'information sur les prix

37. Absence de sanctions civiles textuelles – Aucune sanction civile n'est prévue par la loi en cas de manquement à l'obligation d'information consommériste¹⁶⁴. L'absence de sanctions civiles serait cependant contraire à l'objectif de protection du consommateur. La recherche d'un juste équilibre dans les contrats de consommation repose, en effet, sur l'information précise du consommateur : plus qu'une mesure protectrice de son consentement, c'est une garantie de l'autonomie de sa volonté, laquelle peut seule justifier la force obligatoire du contrat¹⁶⁵. La doctrine et la jurisprudence ont donc mis en évidence les sanctions civiles de l'obligation d'information consommériste. Certaines de ces sanctions affectent le contrat lui-même (la nullité, la résolution¹⁶⁶, la détermination du contenu du

¹⁶³ Ce serait une règle spéciale de validité du contrat, dérogeant à la règle générale de l'art. 1165 C. Civ.

¹⁶⁴ Les arts. L.131-1 à 6 C. consom. n'édicentent que des sanctions administratives d'amende.

¹⁶⁵ V. *supra* n°17.

¹⁶⁶ La résolution ne mérite pas ici un traitement détaillé. La mise en œuvre de cette sanction (Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} octobre 2014, n°13-23.607, inédit) relève du droit commun du devoir de conseil (N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°457, p. 453). Cette sanction est donc inadaptée à l'information sur les prix, qui au contraire de

contrat par référence à un standard objectif¹⁶⁷), tandis que d'autres n'affectent que les relations entre les cocontractants (la responsabilité¹⁶⁸). Dans le cadre d'une démonstration sur la validité de la détermination unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service, ce sont les questionnements autour de la nullité qui sont ici développés.

38. La nullité en droit commun – Le consommateur victime d'un manquement du professionnel à l'obligation d'information consumériste pourra souvent obtenir la nullité du contrat sur le fondement du droit commun. La première voie envisageable est celle des vices du consentement¹⁶⁹, mais elle est inadaptée au manquement à l'obligation d'information sur les prix¹⁷⁰. Les justiciables se tournent donc plutôt vers la nullité pour indétermination du prix¹⁷¹, mais cette argumentation est vouée à l'échec, en droit commun, lorsqu'est en cause un contrat de prestation de service¹⁷². Le consommateur pourrait encore avoir recours à l'inexistence du contrat lorsque la rencontre des volontés n'a pas eu lieu sur tous ses éléments essentiels¹⁷³, et surtout à l'inopposabilité de clauses auxquelles il n'a pu consentir¹⁷⁴, sanction

l'information sur les caractéristiques essentielles, ne peut se développer en devoir de conseil. L'information sur les prix est publique, due à tous les consommateurs, qu'ils décident de contracter ou non. La sanction adéquate relève plutôt de la détermination du contenu du contrat, et de sa validité (v. prononçant la résolution au motif que le professionnel n'avait pas vérifié « l'adéquation entre le mobilier vendu et la cuisine des acquéreurs, en la qualifiant d'« élément déterminant de leur achat » (CA Agen, 13 juin 2018, n°16/00115), ou d'« indétermination partielle de la chose et du prix » (CA Montpellier, 15 janvier 2015, n°12/00197)).

¹⁶⁷ C'est la sanction originale proposée plus loin (v. *infra* n°84 et s.) : tout comme le défaut de transparence permet le contrôle du caractère abusif des clauses portant sur l'objet principal du contrat, il est suggéré que ce défaut de transparence permette un contrôle du caractère lésionnaire du prix réclamé par le professionnel.

¹⁶⁸ Envisagée au stade du contrôle de la détermination unilatérale du prix par le professionnel : v. *infra* n°62 et s.

¹⁶⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 28 octobre 2009, n°08-19.303, inédit ; N. Sauphanor-Brouillaud *et al.*, *op. cit.*, n°449, p. 445.

¹⁷⁰ Si l'erreur et le dol peuvent résulter d'un défaut d'information sur « les caractéristiques essentielles », ce n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un défaut d'information sur le prix. En effet, lorsqu'elles portent sur la valeur, ni l'erreur, ni la réticence dolosive ne sont sanctionnées (arts. 1136 et 1137, al. 3, C. civ.). S'il faut distinguer l'erreur sur le prix de l'erreur sur la valeur (v. A. Lebois, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », CCC 2002, n°10, chron. 19), l'absence d'information sur le prix, lorsque les qualités essentielles de la prestation sont connues du consommateur, ne peut relever que de l'erreur sur la valeur, ou éventuellement de l'erreur-obstacle (N.B. : en principe, le professionnel est tenu de respecter le prix affiché, même en cas d'erreur d'étiquetage, mais l'effectivité de cette règle est douteuse ; v. A. Lebois *ibid.* ; J. Calais-Auloy *et al.*, *op. cit.*, n°330, pp. 378-379).

¹⁷¹ Il n'est pas rare de voir des juridictions du fond viser ensemble les arts. 1583 C. civ. et L.111-1 C. consom. (CA Colmar, 28 juin 2018, n°16/05877 ; 12 février 2020, n°18/03889 ; CA Toulouse, 17 février 2020, n°17/04877).

¹⁷² V. *supra* n°7.

¹⁷³ Néanmoins, cette sanction exceptionnelle fait double emploi avec la nullité pour indétermination de l'objet (v. aussi l'erreur-obstacle). Si la détermination du prix est un élément essentiel du contrat, la sanction naturelle est la nullité. Si le *quantum* du prix n'est pas un élément essentiel, cette sanction est écartée.

¹⁷⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 27 février 1996, n°93-21.845, inédit. V. les exigences de clarté et d'intelligibilité du contrat (Art. L.211-1 C. consom. ; N. Sauphanor-Brouillaud *et al.*, *op. cit.*, n°856, p. 886), qui permettent aux associations de faire constater l'illicéité des conditions générales d'un contrat (CA Paris, 30 mars 2018, n°16/16994).

applicable aux clauses de prix¹⁷⁵. Mais ces sanctions sont dénuées de pertinence dans les contrats de prestation de service, où la détermination unilatérale du prix résulte de l'application de l'article 1165 du Code civil, et non d'une clause ou d'un accord des parties.

39. La nullité textuelle en droit de la consommation – Le consommateur pourra parfois invoquer, conjointement avec le manquement à l'obligation d'information, d'autres dispositions impératives du Code de la consommation. Ainsi, dans les contrats conclus à distance et hors établissement, le consommateur peut obtenir la nullité du contrat pour manquement à l'obligation d'information sur les prix¹⁷⁶. Une sanction similaire pourra parfois être prononcée sur le fondement de la prohibition des pratiques commerciales déloyales¹⁷⁷. Ces règles laissent cependant entière la question de la sanction de cette obligation d'information lorsque le contrat n'est pas conclu à distance ou hors établissement et que le manquement ne s'apparente pas à une pratique commerciale déloyale.

40. Annonce de plan – Ces quelques développements permettent de délimiter la problématique à résoudre : lorsqu'un consommateur a conclu, autrement qu'à distance et hors établissement, un contrat de prestation de service avec un professionnel, sans que celui-ci ne se rende coupable d'une pratique commerciale déloyale, et que ce dernier a manqué à son obligation d'information sur les prix, le juge peut-il prononcer la nullité du contrat, indépendamment de la caractérisation d'une cause de nullité de droit commun ? Tant le texte de la loi que la jurisprudence s'opposent à cette sanction (I). Les analyses doctrinales ne conduisent pas plus à retenir la nullité virtuelle en cas de défaut d'information sur le prix (II).

I – Les arguments légaux et jurisprudentiels opposés à la nullité virtuelle

41. Les arguments d'interprétation textuelle – L'article L.111-1 du Code de la consommation, relatif à l'obligation générale d'information précontractuelle, contient une

¹⁷⁵ Pour l'inopposabilité d'un tarif voyageur qui n'était pas à la disposition du public : CA Reims, 18 octobre 2001, JurisData n°2001-177987 ; de frais de parking d'un véhicule en réparation : Cass. 1^{ère} Civ., 2 novembre 2005, n°03-11.050, inédit ; d'une clause d'indexation : Cass. 1^{ère} Civ., 20 novembre 2001, n°99-13.731, inédit.

¹⁷⁶ Dans les contrats conclus hors établissement, le professionnel doit, à peine de nullité (art. L.242-1 C. consom.), remettre un exemplaire du contrat mentionnant toutes les informations visées à l'art. L.111-1 (Art. L.221-9 ; v. CA Orléans, 4 avril 2019, n°18/00262). Dans les contrats conclus par voie électronique, le professionnel doit, à peine de nullité (Art. L.242-2), fournir ces informations au consommateur (Art. L.221-14).

¹⁷⁷ Art. L.132-10 C. consom. (sur l'absence d'indication du prix de logiciels préinstallés dans un ordinateur : CJUE, 7 septembre 2016, C-310/15, préc. ; Cass. 1^{ère} Civ., 14 décembre 2016, n°14-11.437, Bull. Civ. IV, n°117 ; *Gaz. Pal.* 2017, n°14, p. 18, note S. Piédelièvre ; Cass. 1^{ère} Civ., 29 mars 2017, n°15-13.248, Bull. Civ. I, n°80 ; *CCC* 2017, n°6, comm. 136, S. Bernheim-Desvaux).

formule intéressante : l'information¹⁷⁸ doit être communiquée « *avant que le consommateur ne soit lié par un contrat* ». Cela sous-entend *a contrario*, que le consommateur n'est pas lié par le contrat tant qu'il n'a pas reçu l'information adéquate. Néanmoins, l'argument de texte est largement insuffisant. Les informations visées à l'article L.111-1 sont d'importance très variable, et toutes ne peuvent pas justifier une telle sanction¹⁷⁹. En outre, la structure du Code de la consommation invite à ne pas lire les sanctions dans les textes posant les règles de fond¹⁸⁰. Dans le silence de la loi spéciale, la référence au droit commun de l'obligation d'information est pertinente. Le nouvel article 1112-1 du Code civil précise, en son sixième alinéa, qu'« *outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* », *i.e.* en cas de vice du consentement. L'application par analogie de ce texte interdirait de retenir la nullité du contrat pour manquement à l'obligation d'information consommériste, en l'absence de vices du consentement¹⁸¹.

42. Les arguments d'interprétation finaliste – La majorité des auteurs constatent un « *entrecroisement des finalités* »¹⁸² de l'obligation d'information consommériste : l'information permet autant d'assurer le consentement éclairé du consommateur au contrat, que la saine concurrence¹⁸³. L'obligation d'information sur les prix relève avant tout d'une législation économique et a pour finalité principale la transparence du marché¹⁸⁴. Cette finalité ne justifie pas le prononcé d'une sanction individuelle, comme la nullité virtuelle, qui n'est pas apte à réparer le tort fait à la collectivité en cas de manquement à la publicité des prix¹⁸⁵. En outre, l'objectif de protection du consentement du consommateur ne justifie pas, en l'absence de vices du consentement, de retenir systématiquement la nullité du contrat¹⁸⁶.

¹⁷⁸ Y compris l'information sur le prix du bien ou du service (art. L.111-1, 2°, C. consom.).

¹⁷⁹ Par ex., l'information sur les caractéristiques essentielles, ou le délai d'exécution, sont bien plus importantes que l'information sur la médiation ou les coordonnées du professionnel ; v. N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°453, p. 448 ; N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, n°4.

¹⁸⁰ Chaque livre du Code contient un titre dédié aux sanctions. Or les articles L.131-1 à 6 ne posent que des sanctions administratives. Le contraste est saisissant avec les textes applicables aux contrats conclus à distance et hors établissement qui prévoient expressément des sanctions civiles (v. *supra* n°39, note n°176).

¹⁸¹ N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°391, p. 402. Pour autant, l'argument n'est pas décisif car l'obligation d'information consommériste a été instituée pour pallier les insuffisances du droit commun, concernant en particulier la sanction du devoir d'information : v. J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°53, p. 62.

¹⁸² N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°398, p. 405.

¹⁸³ G. Raymond, *op. cit.*, n°602 ; Y. Picod, *op. cit.*, n°242, p. 178 ; J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°324, p. 372.

¹⁸⁴ V. *supra* n°10.

¹⁸⁵ Les sanctions administratives d'amende sont plus adéquates à la protection de l'intérêt collectif, à condition que les manquements soient effectivement recherchés et sanctionnés ; v. S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *RDC* 2018, p. 122, n°13.

¹⁸⁶ V. *infra* n°45 et s.

43. La jurisprudence de la Cour de cassation – La jurisprudence s’oppose au prononcé de la nullité virtuelle en cas de défaut d’information sur le prix. Dans un arrêt du 15 décembre 1998, la Cour de cassation a décidé que la nullité, qui ne pouvait en l’espèce « être invoquée au titre d’une indétermination du prix ou d’une altération du consentement », ne pouvait pas plus « résulter du seul manquement aux exigences d’information sur les prix formulées par l’article L.113-3 du Code de la consommation »¹⁸⁷. Dans un autre contexte, la Cour de cassation a rendu des décisions qui remettent en question cette solution. Dans un arrêt du 7 décembre 2004¹⁸⁸, la Cour associe des dispositions d’ordre public du Code de la consommation à l’article 6 du Code civil pour sanctionner le manquement à ces dispositions par la nullité. Cette solution ne saurait cependant être généralisée¹⁸⁹. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a censuré des décisions de juges du fond prononçant la nullité du contrat pour manquement à l’obligation d’information consumériste, sans rapporter la preuve d’un vice du consentement¹⁹⁰. Elle a encore affirmé récemment sa solution de 1998¹⁹¹. Trois arrêts d’espèce du 14 novembre 2018 contribuent certes à nourrir une légère incertitude¹⁹², mais aucune décision de principe n’a contredit la jurisprudence du 15 décembre 1998.

¹⁸⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 15 décembre 1998, n°96-19.898, Bull. Civ. I, n°366 ; D. 2000, p. 40, note J.-P. Pizzio.

¹⁸⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, n°01-11.823, Bull. Civ. I, n°303 ; LPA 2005, n°178, p. 16, note É. Bazin ; RTD Civ. 2000, p. 389, note J. Mestre et B. Fages ; CCC 2013, n°11, comm. 254, G. Raymond ; JCP G 2005, n°47, II, 10160, note N. Rzepecki. V. déjà sur le délai de réflexion et le démarchage à domicile : Cass. 1^{ère} Civ., 7 octobre 1998, n°96-17.829, Bull. Civ. I, n°290 ; RTD Civ. 1999, p. 383, note J. Mestre.

¹⁸⁹ V. refusant de prononcer la nullité pour un manquement à l’information sur le délai de livraison ou d’exécution : Cass. 1^{ère} Civ., 28 mai 2009, n°08-16.263, inédit ; CCC 2009, n°10, comm. 256, G. Raymond.

¹⁹⁰ Cass. Com., 11 octobre 2011, n°10-21.698, inédit. Cette jurisprudence est classique en matière d’obligation d’information : Cass. Com., 28 juin 2005, n°03-16.794, Bull. Civ. IV, n°140 ; RTD Civ. 2005, p. 591, note J. Mestre et B. Fages ; Cass. 2^e Civ., 25 juin 2015, n°14-18.486 et n°14-19.786, inédit ; CCC 2015, n°11, comm. 268, G. Raymond. V. censurant les juges du fond qui n’avaient pas recherché un vice du consentement : Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} mars 2017, n°16-14.157, inédit ; RDC 2017, n°3, p. 502, note N. Sauphanor-Brouillaud.

¹⁹¹ Dans un arrêt sur l’information sur le prix des prestations funéraires : Cass. 1^{ère} Civ., 27 juin 2018, n°17-23.264, Bull. Civ. I ; RTD Civ. 2018, p. 647, note H. Barbier ; RDC 2019, n°3, p. 80, note D. Fenouillet ; dans le même sens, notant l’absence de vice du consentement : Cass. 1^{ère} Civ., 11 décembre 2008, n°04-19.033, inédit.

¹⁹² Ces arrêts, inédits, contiennent tous le même attendu : « attendu, ensuite, qu’ayant constaté la violation d’une disposition d’ordre public relative à l’information du consommateur, faute de définition préalable des tarifs, elle a fait ainsi ressortir que le consentement de M. X... sur un élément essentiel du contrat avait nécessairement été vicié », Cass. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2018 (3 arrêts), n°17-21.696, n°17-21.697 et n°17-21.699, inédits ; CCC 2019, n°1, comm. 17, S. Bernheim-Desvaux ; v. L. Leveneur, art. préc., *Mélanges Teysié*, n°19. Faut-il voir dans le terme « nécessairement » un infléchissement de la position de la Cour de cassation qui viendrait reconnaître que tout manquement à l’obligation d’information consumériste « sur un élément essentiel du contrat » peut être sanctionné par la nullité pour vice du consentement, lequel serait irréfragablement présumé ? Il est permis d’en douter car ce sont des arrêts d’espèce non publiés. Dans les trois arrêts, une société, intervenue pour nettoyer la voirie suite à un accident de circulation, fait signer au propriétaire du véhicule accidenté un bon d’intervention lequel « comportait en petits caractères, en bas de page, les termes « vu et accepte les conditions générales reproduites au verso et le tarif qui m’a été communiqué » ». Les sociétés assignaient ensuite les signataires en paiement du prix. Ces circonstances laissent penser que le propriétaire du véhicule accidenté, peut-être en état de choc, n’a pas eu conscience de conclure un contrat et de s’engager à payer un prix. Autrement dit, son consentement « avait nécessairement été vicié » : c’est une présomption de fait, non de droit. Le caractère honteusement abusif de la pratique en cause explique également la sévérité des juges, qui ont systématiquement condamné les sociétés pour abus du droit d’agir en justice, ce en quoi ils sont approuvés par la Cour de cassation.

44. La jurisprudence des cours d'appel¹⁹³ – Les juges du fond respectent généralement l'interprétation de la Cour de cassation : soit ils refusent de prononcer la nullité pour simple manquement à l'obligation d'information consommériste¹⁹⁴, soit ils fondent la nullité du contrat sur le droit commun, en raison d'un vice du consentement¹⁹⁵, ou d'une indétermination de l'objet¹⁹⁶. Certaines décisions contribuent néanmoins à l'incertitude jurisprudentielle, en fondant explicitement la nullité du contrat sur un manquement à l'article L.111-1 du Code de la consommation¹⁹⁷. La motivation de ces arrêts est perturbante par sa généralité¹⁹⁸. S'il existe des arguments doctrinaux sérieux au soutien de la nullité virtuelle, en particulier dans l'hypothèse du défaut d'information sur les caractéristiques essentielles, cette sanction ne saurait en aucun cas devenir systématique. Elle doit par ailleurs être écartée en cas de manquement à l'obligation d'information sur les prix.

II – Les analyses doctrinales de la nullité virtuelle et l'information sur les prix

45. Le fondement de la nullité virtuelle – D'après le *Vocabulaire juridique* édité par l'Association Henri Capitant, la nullité virtuelle est une « *nullité qu'aucun texte ne prévoit et que l'on déduit par interprétation de l'importance de la disposition transgressée* »¹⁹⁹. La nullité virtuelle est ainsi fondée sur l'impérativité de la norme transgressée, et l'utilité de l'exigence qu'elle contient. Plusieurs auteurs mettent donc en avant le caractère d'ordre public de l'obligation d'information consommériste²⁰⁰. Mme Douche-Doyette affirme que « *la*

¹⁹³ Les décisions citées dans ce paragraphe concernent plus largement l'obligation générale d'information. Les manquements sont généralement divers dans les faits et l'argumentation des juges du fond ne les dissocie pas toujours (ainsi, dans le contentieux de l'achat de cuisines ou de salles de bain aménagées, le défaut d'information sur l'adéquation du mobilier à la cuisine ou la salle d'eau du consommateur est généralement associé à un défaut d'information sur le prix de l'installation). V. pour une étude statistique : N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, « Pratique des sanctions de l'obligation d'information sur les caractéristiques des biens et des services et sur le prix », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 848 et 849, 31 décembre 2016 : la nullité n'est pas retenue en cas de manquement à l'obligation d'information sur les prix (n°26, 28 et 33), mais la situation est plus complexe en matière d'information sur les caractéristiques essentielles (n°26, 27 et 29).

¹⁹⁴ CA Rennes, 17 octobre 2003, n°02/06158 ; CCC 2004, n°5, comm. 85, G. Raymond ; CA Reims, 12 février 2013, n°11/02273 ; CA Montpellier, 14 mai 2013, n°12/01468 ; CA Douai, 16 septembre 2013, n°13/01308 ; CA Angers, 29 octobre 2013, n°12/00987 ; CA Pau, 28 février 2014, n°11/03059 ; CA Amiens, 13 septembre 2018, n°16/04609.

¹⁹⁵ CA Metz, 15 décembre 2011, n°10/03022 ; CA Colmar, 15 décembre 2017, n°16/01368 ; *JCP G* 2018, n°5, 121, note F. Dannenberger ; CA Paris, 16 mai 2019, n°17/20139. Les décisions sont parfois confuses lorsque le raisonnement se fonde à la fois sur l'obligation d'information consommériste et le droit commun.

¹⁹⁶ CA Bordeaux, 18 février 2016, n°12/03011 ; CA Colmar, 28 juin 2018, n°16/05877 ; 12 février 2020, n°18/03889 ; CA Toulouse, 17 février 2020, n°17/04877.

¹⁹⁷ CA Nancy, 5 décembre 2016, n°15/01676 ; CA Orléans, 18 octobre 2018, n°17/02179 (retenant la nullité sur deux fondements : le dol et l'obligation d'information consommériste) ; CA Dijon, 10 janvier 2019, n°16/01765.

¹⁹⁸ La CA d'Orléans, par ex., retient que « *les conventions intervenues en méconnaissance des dispositions d'ordre public de l'article L.111-1 du Code de la consommation précitées sont nulles* ».

¹⁹⁹ G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 682.

²⁰⁰ Art. L.111-8 C. consom.

nullité du contrat de consommation peut être prononcée sur le seul fondement de la violation d'une disposition d'ordre public protectrice du consentement du consommateur »²⁰¹. Cette affirmation est excessive dans sa généralité, notamment dans une matière qui relève aussi de l'ordre public économique²⁰². Elle déroge, en outre, aux principes énoncés à l'article 1112-1 du Code civil, alors même que le devoir d'information de droit commun est lui aussi d'ordre public. En outre, il n'est pas certain que l'article 6 du Code civil fonde une cause autonome de nullité du contrat, indépendamment de l'illicéité de son contenu²⁰³. La doctrine cherche donc des critères pour distinguer, parmi les règles d'ordre public, celles qui doivent être sanctionnées par la nullité virtuelle. Certains auteurs tirent notamment argument de l'existence de sanctions répressives²⁰⁴. M. Calais-Auloy affirme que « *la violation d'une règle pénalement sanctionnée entraîne nécessairement la nullité du contrat* »²⁰⁵. Un raisonnement analogue est envisageable en présence de sanctions administratives répressives²⁰⁶. Néanmoins, l'argument gêne à nouveau par sa généralité²⁰⁷. L'existence d'une sanction répressive démontre l'importance de la règle, mais ne suffit pas à prononcer systématiquement la nullité virtuelle²⁰⁸. Il faut, en effet, éviter l'écueil relevé par M. Raschel qui consisterait à prononcer une nullité par le biais de la sanction pénale en « *méconnaissance* » de la volonté du législateur²⁰⁹. Une protection automatique risquerait autrement d'être « *dévoyée* » par un consommateur de mauvaise foi pour « *échapper à ses engagements à la faveur d'une simple irrégularité matérielle* »²¹⁰. Cet argument justifie

²⁰¹ N. Douche-Doyette, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, th. Université de Lorraine, 2012, n°77 ; v. aussi : J. Calais-Auloy, art. préc., *Mélanges Bouloc*, p. 86 ; Y. Picod, *op. cit.*, n°238, p. 176. *Contra* : *C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°234 (citée par N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°454, p. 449) : le caractère d'ordre public « *ne fait que renseigner sur le domaine de cette disposition et son caractère impératif* » ; *ibid.*, n°230 : le procédé technique est inadapté à la sanction d'un ordre public prescriptif.

²⁰² N. Rzepecki, *op. cit.*, n°620 : « *Il n'est pas certain que la protection de l'ordre public, du moins de l'ordre public économique, commande nécessairement l'annulation du contrat qui y contrevient* ».

²⁰³ V. art. 1162 C. civ. ; E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, 2014, n°283 : « *a priori, le fait qu'une infraction pénale soit constituée en lien avec un contrat, n'a aucune influence sur la licéité de son objet* », mais v. n°290 et s. pour la nullité autonome fondée sur l'art. 6 C. civ, citant (n°291) : *A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, n°174.

²⁰⁴ D'abord pénales (Art. R.113-1 ancien C. consom.) et désormais administratives (Arts. L.131-1 à 6 C. consom.). L'argument est très porteur depuis l'arrêt Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, n°01-11.823, préc.

²⁰⁵ J. Calais-Auloy, art. préc., *Mélanges Bouloc*, p. 84 ; v. aussi F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.*, n°735, p. 699 ; Y. Picod, *op. cit.*, n°238, p. 176 ; S. Piédelièvre, *op. cit.*, circa n°70.

²⁰⁶ N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°455, p. 450.

²⁰⁷ V. *A. Dadoun, *op. cit.*, n°182 (cité par N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°455, p. 450) qui distingue suivant que le contrat est « *l'élément constitutif de l'infraction* » ou seulement « *l'occasion de l'infraction* ».

²⁰⁸ N. Douche-Doyette, *op. cit.*, n°77 ; M. Leroux-Campello, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. Paris II, 2018, n°42 : « *La présence d'une sanction pénale n'est effectivement qu'un éventuel indice de la gravité du comportement reproché et non un critère exclusif* » ; E. Raschel, *op. cit.*, n°293.

²⁰⁹ E. Raschel, *op. cit.*, n°296.

²¹⁰ V. Magnier, « *Les sanctions du formalisme informatif* », JCP G 2004, n°5, doct. n°106, n°25 ; v. aussi F. Maume, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th.

l'application distributive de la nullité virtuelle par la jurisprudence²¹¹, toutes les informations visées à l'article L.111-1 du Code de la consommation ne revêtant pas la même importance²¹². Aucun des critères identifiés par la doctrine ne permet de retenir cette sanction en cas de défaut d'information sur le prix.

46. La recherche du critère de la nullité virtuelle – Un critère tiré de la « *force intérieure* »²¹³ de la règle transgressée ne permet d'identifier que le fondement abstrait de la nullité virtuelle, et non les situations concrètes où la nullité devra effectivement être prononcée. Le critère pertinent doit répondre à la finalité protectrice de l'obligation d'information consommériste. Plusieurs auteurs font ainsi dépendre la nullité virtuelle d'un critère d'efficacité de la sanction²¹⁴. Mme Bernheim-Desvaux et Mme Sauphanor-Brouillaud évoquent une « *nullité facultative* »²¹⁵ qui doit être prononcée lorsqu'elle est la « *sanction la plus efficace de la règle transgressée* »²¹⁶, par exemple lorsqu'un consommateur n'a aucun intérêt à conserver le bien objet du contrat ou d'autres biens acquis concomitamment²¹⁷. L'argument présente un intérêt certain concernant l'information sur les caractéristiques essentielles, mais il n'est d'aucune portée s'agissant de l'information sur les prix²¹⁸. Les contrats translatifs de propriété peuvent être annulés sur le fondement du droit commun pour indétermination du prix²¹⁹. La nullité des contrats de prestation de service ne peut se justifier par l'intérêt de la restitution d'une prestation inutile – notamment lorsque celle-ci a déjà été

Évry-Val d'Essonne, 2015, n°259. En outre, un système de nullité automatique ne serait peut-être pas conforme au droit européen, qui impose que les sanctions soient « *effectives, proportionnées et dissuasives* » (art. 24, §1, dir. 2011/83/UE. V. CJUE, 17 décembre 2009, C-277/08, *Eva Martin Martin* ; RDC 2010, n°2, p. 652, note C. Aubert de Vincelles ; JCP G 2010, n°3, 64, note F. Picod.). Cette exigence est renforcée depuis 2019 et il faut notamment prendre en compte « *la nature, la gravité, l'ampleur et la durée de l'infraction* » (Art. 24, §2, a), dir. 2011/83/UE, telle que révisée par la dir. 2019/2161/UE.).

²¹¹ Y. Picod, *op. cit.*, n°238, p. 177 ; N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°455-456, p. 450 et s. V. *supra* n°43.

²¹² V. *supra* note n°179.

²¹³ J. Mestre, note préc., *RTD Civ.* 1999, p. 383.

²¹⁴ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°454, p. 450.

²¹⁵ S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., RDC 2018, p. 122, n°10 et s.

²¹⁶ *J. Ghestin, G. Loiseau, et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, t. I : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n°2021 ; cités par S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, *ibid.*, n°15.

²¹⁷ V., par ex., *supra* note n°193 pour le contentieux de l'achat de cuisines aménagées.

²¹⁸ N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux proposent d'introduire textuellement une nullité facultative en cas de manquement à l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles, mais cette proposition ne s'étend pas à l'obligation d'information sur les prix. La principale raison semble en être le caractère « *minime* » du contentieux civil en la matière (le contentieux est sans doute cristallisé sur le droit commun, notamment sur la fixation judiciaire du prix – mais cette solution a aujourd'hui disparu (v. *supra* n°7) – et un nouveau contentieux pourrait se développer sur le fondement de l'art. 1165 C. civ. et de l'information sur les prix). V. N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 848, n°32-33 : « *Le juge peut également prononcer la nullité relative du contrat [...] lorsque les conditions prévues aux articles 1130 et suivants du Code civil ne sont pas réunies* ».

²¹⁹ V. *supra* n°38.

réalisée²²⁰. Mme Douche Doyette propose un critère fondé sur l'utilité du contrat pour le consommateur²²¹. Ce critère est à nouveau pertinent relativement à l'information sur les caractéristiques essentielles²²², mais il ne permet pas de retenir la nullité virtuelle en cas de défaut d'information sur le prix. La prestation au prix indéterminé demeure, en effet, utile au consommateur informé sur les caractéristiques essentielles de celle-ci. Considérer que la prestation n'est utile au consommateur qu'à condition d'être facturée à un prix raisonnable reviendrait à introduire un contrôle de la lésion dans les contrats de consommation²²³.

47. La fonction de la nullité virtuelle – Le critère de la nullité virtuelle pourrait enfin être issu de la fonction de cette sanction. Celle-ci a pour principal intérêt de faciliter l'action du consommateur dont le consentement a été vicié. La nullité virtuelle est ainsi davantage un moyen de contourner les règles de preuve du droit commun des vices du consentement²²⁴, qu'un cas de nullité théoriquement autonome. Cette idée se rapproche du critère de l'intérêt protégé par la règle enfreinte, proposé par Mme Leroux-Campello. Il s'agit de prendre en compte « *la gravité du manquement du professionnel* »²²⁵, qui prend en droit de la consommation la forme d'une « *atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs* »²²⁶. La nullité virtuelle viendrait ainsi sanctionner une atteinte potentielle au consentement du consommateur²²⁷, révélatrice à la fois de la gravité du manquement à l'obligation d'information et de l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Ce critère permet à nouveau de prononcer la nullité virtuelle en cas de manquement à l'obligation d'information

²²⁰ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°453, p. 448.

²²¹ N. Douche-Doyette, *op. cit.*, n°144 : « *le champ d'application du régime consumériste de la nullité du contrat de consommation pourrait alors être limité aux seules hypothèses où la faute du professionnel a engendré la conclusion d'un contrat inutile* ».

²²² Ce critère correspond à l'analyse des juges du fond qui prononcent la nullité du contrat : CA Lyon, 30 mai 2012, n°11/01437 ; CA Metz, 24 janvier 2013, n°10/03401 ; CA Aix en Provence, 20 mai 2014, n°13/09884.

²²³ Si une telle solution n'est pas nécessairement injuste (v. *infra* n°84 et s.), il serait excessif de faire exception à la prohibition de la rescision pour lésion sans un texte législatif. V. art. 1168 C. civ. : « *Le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

²²⁴ V. Magnier, art. préc., *JCP G* 2004, n°5, doct. n°106, n°26 ; N. Rzepecki *op. cit.*, n°622. Sur le fondement des vices du consentement, il appartient au consommateur d'apporter la preuve du vice, ce qui n'est pas toujours aisé (N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°453, p. 448). Au contraire, le professionnel a la charge de prouver l'exécution de son obligation d'information (art. L.111-5 C. consom. v. aussi art. 1112-1, al. 4, C. civ.).

²²⁵ M. Leroux-Campello, *op. cit.*, n°42.

²²⁶ M. Leroux-Campello, *ibid.* Cette atteinte à l'intérêt collectif « *est présente dès lors que le comportement du professionnel a la capacité d'entraîner une altération du consentement* » ; v. aussi N. Rzepecki, *op. cit.*, n°622, qui propose « *d'examiner si la transgression des règles obligatoires a pu ou non avoir un impact préjudiciable sur le consentement de la partie protégée* ». La proposition est intéressante en ce qu'elle reflète pleinement la dimension collective du droit de la consommation (v. *supra* n°18).

²²⁷ M. Leroux-Campello, *ibid.* : « *Lorsque les juges ont prononcé la nullité, ce n'est pas parce qu'un vice du consentement était caractérisé, mais parce que les comportements en cause étaient suffisamment graves et contenaient en eux-mêmes la potentialité de l'altération du consentement* ». Ce raisonnement pourrait expliquer les 3 arrêts Cass. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2018, préc.

sur les caractéristiques essentielles, puisqu'il s'agit d'informations *a priori* considérées comme déterminantes du consentement²²⁸. Néanmoins, un tel raisonnement fondé sur la protection du consentement est inadapté à la sanction de l'obligation d'information sur les prix dans les contrats de prestation de service²²⁹. Dans ce contexte, il ne s'agirait plus de remédier aux difficultés de preuve d'une nullité du droit commun, mais d'instaurer une règle spéciale de validité des contrats de consommation. La question s'inscrit alors dans une nouvelle perspective : peut-on induire des règles de fond applicables aux contrats de consommation une condition *ad validitatem* de déterminabilité objective du prix ?

Section 2 – Le rejet de la nullité par induction pour indétermination du prix

48. Le raisonnement inductif – L'induction est le « *procédé selon lequel on tente de dégager du rapprochement d'un certain nombre de règles de droit leur inspiration commune, pour en extraire une règle générale [...] qui n'est pas expressément énoncée* »²³⁰. Le procédé permet de faire émerger « *l'esprit du système* »²³¹, notamment certains principes fondateurs dont on peut ensuite « *[tirer] les conséquences logiques pour en déduire de nouvelles applications* »²³². L'emploi d'un tel procédé systémique d'interprétation de la loi n'est peut-être pas adapté au droit positif de la consommation, qui ne forme pas un tout « *ordonné et interdépendant* »²³³. La découverte par induction d'une nouvelle règle applicable à ces contrats pourrait donc être contraire à l'intention du législateur de ne pas édicter un régime autonome pour ces contrats. Il existe cependant plusieurs règles communes – obligation d'information, interprétation *in favorem*, contrôle des clauses abusives²³⁴ – qui permettent de recourir avec prudence à cette méthode.

²²⁸ L'appréciation du caractère déterminant du consentement est ici objective, et non pas subjective comme dans la doctrine classique des vices du consentement.

²²⁹ Il est impossible de caractériser le potentiel vice du consentement, car le consentement sur le *quantum* du prix n'est pas requis pour la formation du contrat. *N.B.* : tout comme l'erreur sur la valeur n'est pas écartée lorsqu'elle procède d'une erreur sur les qualités essentielles de la prestation (art. 1136 C. civ.), le défaut d'information sur le prix est souvent associé à un défaut d'information sur les caractéristiques essentielles (v. *supra* note n°193).

²³⁰ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2018, n°126, p. 226.

²³¹ *Ibid.*, p. 227.

²³² *Ibid.*, n°84, p. 152.

²³³ *Ibid.*, n°167, p. 283 ; v. N. Rzepecki, *op. cit.*, n°559 : « *un régime légal des contrats de consommation n'existe pas* » ; l'auteur impute cette situation à la codification à droit constant de 1993. La recodification effectuée par l'ord. du 14 mars 2016 n'a pas plus abouti à l'instauration d'un droit commun des contrats de consommation.

²³⁴ N. Rzepecki, *ibid.*, n°542.

49. L'exigence d'un prix déterminé ou déterminable – Plusieurs auteurs emploient les termes du droit commun des contrats relatifs à l'objet pour évoquer l'obligation d'information sur les prix, et mentionnent l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable²³⁵. Pourtant, en l'absence de règles spéciales, le *quantum* du prix n'est pas un élément essentiel des contrats de prestation de service²³⁶. En outre, l'information sur les prix n'est pas classée par le législateur comme une règle de « *formation et exécution des contrats* »²³⁷. Cela n'empêche pas certains auteurs d'affirmer que l'obligation d'information consommériste est « *une condition de formation du contrat de consommation* »²³⁸. Appliquée à l'information sur les prix, cette idée revient à poser en droit de la consommation une exigence *ad validitatem* d'un prix déterminé ou déterminable²³⁹. L'analyse est convaincante au premier abord, car la règle de l'indétermination du prix est effectivement contraire à la logique protectrice du droit de la consommation (I). Néanmoins, elle doit être écartée car le prononcé de la nullité ne correspond pas à la logique réparatrice du droit de la consommation (II).

I – L'inadéquation de l'indétermination du prix à la protection du consommateur

50. Les règles communes aux contrats de consommation – La logique protectrice du droit des contrats de consommation est incarnée par plusieurs règles bien identifiables : l'obligation d'information précontractuelle, les règles de présentation des contrats, et le contrôle des clauses abusives. Au moins deux de ces règles ne s'appliquent pas dans le cadre des contrats de prestation de service, car la détermination unilatérale du prix par le créancier du prix (le professionnel) résulte de l'article 1165 du Code civil. Il n'y a alors ni interprétation du contrat, ni application d'une clause potentiellement abusive, mais application de la loi. Quant au défaut d'information sur le prix, il a été démontré qu'il ne suffit pas à justifier la nullité du contrat²⁴⁰. Toutefois, ces règles montrent que le droit de la consommation est fondé sur un « *impératif de transparence* » contractuelle²⁴¹, dérivé de la transparence du marché, et rejette l'unilatéralisme au stade de l'exécution du contrat.

²³⁵ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°481, p. 471 ; J.-D. Pellier, *op. cit.*, n°26, p. 44.

²³⁶ V. *supra* n°7.

²³⁷ L'intitulé du Livre II du Code de la consommation.

²³⁸ S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *RDC* 2018, p. 122, n°7-9.

²³⁹ Cela signifierait que la détermination du prix est un élément essentiel des contrats de prestation de service conclus entre professionnels et consommateurs.

²⁴⁰ V. *supra*. n°37 et s., not. n°47.

²⁴¹ *É. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, n°287 ; citée par N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°824, p. 758.

51. La promotion de la transparence contractuelle – La transparence est une « exigence transversale » en droit de la consommation²⁴², qui repose tant sur les notions de « lisibilité » et de « compréhensibilité » de l'information précontractuelle, que sur celles de « clarté » et d'« intelligibilité » du contenu du contrat²⁴³. Elle est un des fondements de la justice contractuelle en droit de la consommation²⁴⁴. Comme le consommateur adhère généralement à un contrat rédigé par le professionnel, la transparence est une condition indispensable de l'équilibre de la relation contractuelle : le consommateur doit avoir été adéquatement informé, et doit pouvoir lire et comprendre, sans difficulté, le contrat. La Cour de Justice de l'UE a développé une jurisprudence innovante sur le fondement de cette exigence de transparence du contenu contractuel, en lui octroyant une dimension matérielle²⁴⁵. Le consommateur doit avoir été mis en mesure d'évaluer les conséquences économiques du contrat sur sa situation, à partir de critères précis et intelligibles²⁴⁶. L'information du consommateur sur le mode de calcul du prix s'inscrit dans cette logique. L'indétermination du prix, en cas de manquement à l'obligation d'information sur les prix, est incompatible avec une telle exigence de transparence : elle ne permet pas au consommateur d'évaluer les conséquences économiques du contrat, *i.e.* le montant qu'il s'engage à payer²⁴⁷.

52. Le rejet de l'unilatéralisme dans l'exécution du contrat – La consécration législative de l'unilatéralisme dans la détermination *a posteriori* du prix est encore plus problématique, car elle expose le consommateur à l'arbitraire du professionnel²⁴⁸. Le droit de la consommation rejette, par le contrôle des clauses abusives, un tel unilatéralisme dans l'exécution du contrat²⁴⁹. Les listes réglementaires de clauses présumées abusives mentionnent plusieurs prérogatives unilatérales au professionnel, consenties sans réciprocité : modification unilatérale (notamment du prix), résiliation unilatérale, raccourcissement du délai de préavis de résiliation, indemnisation en cas de renoncement du consommateur au

²⁴² C. Aubert de Vincelles, « Protection des intérêts économiques des consommateurs – Droit des contrats », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2010, 31 décembre 2018, n°47.

²⁴³ V. arts. L.111-1, L.211-1 et L.212-1, al. 3, C. consom.

²⁴⁴ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°823, p. 758.

²⁴⁵ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°832, pp. 765 et s. Le défaut de transparence matérielle est un critère de caractérisation du déséquilibre significatif en matière de clauses abusives : *ibid.*, n°865, p. 796 ; CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation* ; CCC 2017, n°5, chron. 3, C. Aubert de Vincelles.

²⁴⁶ CJUE, 23 avril 2015, C-96/14, préc. n°41.

²⁴⁷ V. pour l'identification des dates de paiement des indemnités de remboursement d'un crédit : CJUE, 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia*, n°50 ; CCC 2017, n°5, chron. 3, C. Aubert de Vincelles.

²⁴⁸ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°311, p. 358.

²⁴⁹ V. *supra* n°31.

contrat²⁵⁰. La doctrine retient également, comme critères de l'abus, l'unilatéralisme et le « défaut de réciprocité entre les droits des contractants »²⁵¹. La détermination unilatérale du prix paraît donc contraire à la logique du contrôle des clauses abusives²⁵². L'information sur les prix n'est peut-être pas suffisante pour résoudre cette incompatibilité : un taux horaire permet certes une détermination objective du prix, mais le professionnel a encore la maîtrise sur le temps consacré à l'exécution de la prestation. Néanmoins, la nullité du contrat n'est pas nécessairement la sanction adaptée pour contrer ce risque lié à l'unilatéralisme.

II – L'inadéquation de la nullité à la logique réparatrice du droit de la consommation

53. Les sanctions réparatrices du droit de la consommation – Qu'il s'agisse de sanctionner une clause abusive ou un défaut de transparence du contenu contractuel, le droit de la consommation retient des sanctions réparatrices. Une clause ambiguë est interprétée dans le sens le plus favorable au consommateur²⁵³. Une clause illisible peut être sanctionnée par l'inopposabilité ou le réputé non-écrit²⁵⁴. Les clauses abusives sont réputées non-écrites sans que cela empêche le contrat de subsister²⁵⁵. Le préjudice causé au consommateur par ces clauses, qui contreviennent aux impératifs de transparence et d'équilibre contractuels, est ainsi réparé, sans que la validité du contrat ne soit mise en cause. Il s'agit ainsi de répondre à la « rupture d'égalité dans la rédaction du contrat de consommation »²⁵⁶ par un rééquilibrage du contrat qui sanctionne le professionnel autant qu'il satisfait le consommateur. Le consommateur bénéficie ainsi de l'utilité attendue du contrat, sans souffrir des inconvénients qui résulteraient du manquement aux dispositions protectrices du Code de la consommation. Ces mécanismes permettent de « placer le contrat sous le signe de la confiance »²⁵⁷, en octroyant une sanction efficace au consommateur lorsque sa confiance est déçue : une sanction qui répond à ses attentes légitimes, plutôt que de détruire un contrat dans lequel il a placé un espoir. Cette vocation réparatrice du droit de la consommation se retrouve dans d'autres domaines : l'information sur le délai de livraison est sanctionnée par le délai supplétif

²⁵⁰ Arts. R.212-1, 3°, 8°, 10° et R.212-2, 2° et 6° C. consom.

²⁵¹ *S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, n°165 ; citée par N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°914, p. 855.

²⁵² V. *supra* n°29 et s.

²⁵³ Art. L.211-1, al. 2, C. consom. *N.B.* : il s'agit d'une règle de fond que le juge doit relever d'office : Cass. 1^{ère} Civ., 22 mai 2008, n°05-21.822, Bull. Civ. I, n°145 ; N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°841, pp. 772-773.

²⁵⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 28 février 1996, n°93-21.845, préc.

²⁵⁵ Art. L.241-1 C. consom.

²⁵⁶ M. Lamoureux, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.* 2006, p. 2848, n°16.

²⁵⁷ L. Grynbaum, « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », *RDC* 2007, n°3, p. 973.

prévu à l'article L.216-1 du Code de la consommation, tandis que le défaut de conformité est en principe sanctionné par la réparation ou le remplacement du bien²⁵⁸. En cas de défaut d'information sur le prix, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui condamnent le professionnel au remboursement de sommes correspondant à une surfacturation²⁵⁹. De cette fonction réparatrice des sanctions en droit de la consommation²⁶⁰ découle un objectif clair de maintien du contrat. La nullité n'est donc pas la sanction la plus adéquate pour réparer le préjudice causé au consommateur par l'indétermination du prix²⁶¹ : le consommateur a choisi d'adhérer au contrat, parce qu'il a intérêt à l'exécution de la prestation. La sanction la plus protectrice de ses intérêts réside donc soit dans la rectification du contrat, soit dans les restrictions de la liberté du professionnel dans la détermination du prix²⁶².

54. Nécessité de légiférer – Il serait enfin assez délicat de fonder sur un impératif de transparence une nullité par induction qui ne ferait qu'obscurcir la loi. Cette solution technique et subtile n'est pas adaptée à un droit dont l'effectivité est conditionnée à sa clarté et à son intelligibilité. En outre, les principales règles caractéristiques des contrats de consommation trouvent désormais des équivalents en droit commun²⁶³, sans interdire l'indétermination du prix dans les contrats de prestation de service : faudrait-il alors raisonner par analogie dans tous les contrats d'adhésion ? Le raisonnement par induction pourrait créer plus d'incertitudes qu'il n'apporte de solutions. Les nouvelles règles de droit commun autorisant – dans les contrats de prestation de service – la détermination unilatérale du prix par le professionnel, doivent être adaptées à la logique protectrice du droit de la consommation. Mais seule l'intervention du législateur peut modifier les conditions de validité des contrats de consommation²⁶⁴. Une telle intervention permettrait de pallier « *l'impression d'un grand désordre et l'existence de nombreuses incertitudes* »²⁶⁵. Elle garantirait une solution claire, et donc accessible au consommateur. Cependant, l'introduction d'une telle condition de validité n'est pas opportune, dès lors que la nullité n'est pas adaptée à la logique réparatrice du droit de la consommation et donc à la protection des intérêts du consommateur.

²⁵⁸ Art. L.217-9 C. consom. Ce n'est que lorsque cette sanction est impossible ou retardée que le consommateur peut obtenir la résolution du contrat ou la réduction du prix.

²⁵⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 20 novembre 2001, n°99-13.731, préc.

²⁶⁰ N. Douche-Doyette, *op. cit.*, n°46 ; M. Leroux-Campello, *op. cit.*, n°378.

²⁶¹ J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°311, p. 359.

²⁶² V. *infra* n°60 et s.

²⁶³ Le devoir général d'information (art. 1112-1 C. civ.), l'interprétation *in favorem* des contrats d'adhésion (art. 1190 C. civ.) et le contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif (art. 1171 C. civ.).

²⁶⁴ V. *infra* n°55 et s.

²⁶⁵ J. Calais-Auloy, art. préc., *Mélanges Bouloc*, p. 87.

Chapitre 2nd – Le rejet d’une nullité pour indétermination du prix
en droit prospectif

55. Les antécédents – Dès 1990, un projet de codification contenait des règles spéciales de validité du contrat de consommation, notamment au sujet de la détermination du prix. L’article L.180 du projet Calais-Auloy proposait, dans son alinéa premier, que « *le prix doit être déterminé ou déterminable lors de la conclusion du contrat entre le professionnel et le consommateur. Il ne peut dépendre ni d’un accord ultérieur des parties, ni de la volonté du professionnel s’exerçant sur les prix, ou sur les éléments destinés à le déterminer* »²⁶⁶. Cette exigence aurait été sanctionnée, à la discrétion du consommateur, par la nullité du contrat ou la fixation judiciaire du prix²⁶⁷. La proposition s’inscrivait dans un projet général de Code de la consommation bien plus ambitieux que celui poursuivi par le législateur, qui a privilégié une simple codification-compilation lors de l’adoption du Code en 1993²⁶⁸, plutôt que de consacrer un droit des contrats de consommation autonome du droit civil. Le droit de la consommation se caractérise ainsi par une « *addition de normes diverses au chapitre desquelles apparaîtraient différents contrats de consommation* »²⁶⁹, ce dont il résulte qu’ « *un régime légal des contrats de consommation n’existe pas* »²⁷⁰. L’introduction d’une condition de validité spécifique à tous les contrats de consommation ne peut donc s’inscrire que dans une réforme globale consacrant un régime autonome des contrats de consommation, qui n’est pas aujourd’hui à l’ordre du jour²⁷¹. L’introduction d’une exigence *ad validitatem* de déterminabilité du prix dans les contrats de consommation n’est donc envisagée qu’avec une

²⁶⁶ J. Calais-Auloy (dir.), *Propositions pour un Code de la consommation*, La Documentation Française, 1990, p. 83. La pertinence d’une règle spéciale pour les rapports de consommation a également été rappelée lors du débat sur la réforme du droit des contrats : D. Houtcieff, « Le contenu du contrat », *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. Terré), Dalloz, 2008, pp. 194-195.

²⁶⁷ *Ibid.*, art. L.180, al. 3. Par ailleurs cette règle figure dans une section I portant sur le « *montant du prix* », précédant une section II qui reprend les règles applicables en matière d’« *information sur les prix* », ce qui confirme que cette deuxième série de règles ne concerne pas la validité du contrat de consommation.

²⁶⁸ En témoigne l’art. 12 de la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 : « *Il sera créé un Code de la consommation. / Il rassemblera les textes législatifs et réglementaires fixant les règles relatives aux relations individuelles ou collectives entre consommateurs et professionnels ...* ».

²⁶⁹ N. Rzepecki, *op. cit.*, n°523.

²⁷⁰ *Ibid.*, n°559, estimant que la codification à droit constant « *découragera tout effort législatif de construction d’un droit de la consommation harmonieux* ».

²⁷¹ La question de l’opportunité d’une telle réforme dépasse naturellement le sujet du présent mémoire. Qu’il soit permis, toutefois, d’exprimer certaines réserves sur une telle perspective. Une rupture consacrant l’autonomie d’un autre droit des contrats nuirait à l’intelligibilité et à l’accessibilité du droit. La réforme de 2016 invite plutôt à travailler les nouveaux textes pour les adapter à la situation concrète du litige, et éventuellement en faire une application différenciée aux contextes d’affaires et de consommation (v. *infra* n°78). Enfin, le droit de la consommation est plus efficace lorsqu’il emploie des outils qui lui sont propres, et qui reflètent sa dimension collective : actions de groupe, actions associatives, réglementation administrative, etc. (v. *supra* n°18).

certaine retenue. Une telle réforme ne serait, en toute hypothèse, opportune, ni dans son principe (Section 1), ni dans ses conséquences (Section 2).

Section 1 – L’opportunité d’une condition *ad validitatem* de détermination du prix

56. Le degré de l’exigence – Le degré de l’exigence de déterminabilité doit être apprécié à l’aune, tant de la finalité protectrice du droit de la consommation, que de l’impératif de sécurité contractuelle²⁷². L’exigence stricte d’un prix déterminé lors de la conclusion du contrat est certainement excessive. Il faut admettre, comme en droit commun, que le prix soit seulement déterminable, *i.e.* qu’il puisse y avoir accord des parties seulement sur les modalités de fixation ultérieure du prix. Les modalités envisageables sont alors nombreuses : formule de calcul strictement établie, détermination unilatérale du prix selon des modalités transparentes préalablement définies²⁷³, détermination unilatérale du prix sans exigence de fond particulière²⁷⁴. L’article 1163 du Code civil impose déjà, en droit commun, l’exigence d’un prix objectivement déterminable²⁷⁵, et ce n’est que pour les contrats de prestation de service qu’est envisagée la détermination unilatérale. Cette dernière modalité est admissible dans ces contrats à condition d’apporter certaines garanties de transparence²⁷⁶. Les justifications de l’indétermination du prix demeurent, en effet, pertinentes dans les rapports de consommation.

57. La pertinence de l’indétermination du prix dans certains contrats – Il faut bien distinguer l’exigence structurelle de détermination du prix qui conditionne la validité de certains contrats, de la nécessité de protéger certains contractants contre une détermination arbitraire du prix, qui relève plutôt d’une exigence de justice contractuelle²⁷⁷. Si des règles

²⁷² Cela justifie que la nullité pour indétermination du prix soit relative : Cass. Com., 22 mars 2016, n°14-14.218, Bull. Civ. IV, n°50 ; *RDC* 2016, n°3, p. 435, note Y.-M. Laithier ; *CCC* 2016, n°6, comm. 136, L. Leveneur.

²⁷³ L’information visée ici est différente de l’actuelle information sur les prix, qui correspond plutôt à une exigence formelle (v. *supra* n°11). Il est fait référence à la notion de « *transparence matérielle* » développée dans le contexte des clauses abusives. Le consommateur doit être mis en mesure d’évaluer les conséquences économiques du contrat sur sa situation, à partir de critères précis et intelligibles (v. *supra* n°24).

²⁷⁴ C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation, encadrée, de l’abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, p. 2629, n°15, suggère que la détermination unilatérale du prix soit un mode de détermination ultérieure admis en droit commun : « *Il serait donc préférable que le caractère au moins déterminable du prix soit exigé pour la formation des contrats, en contrepartie de quoi il serait apprécié avec souplesse* ».

²⁷⁵ V. *supra* n°7.

²⁷⁶ Pour les contrats cadre, le caractère abusif, ou non, de la clause de détermination unilatérale pourrait dépendre de l’existence de telles modalités transparentes de fixation du prix par le professionnel (v. *supra* n°29 et s.) ; plus généralement v. *infra* n°60 et s.

²⁷⁷ J. Ghestin et al., *La formation du contrat*, t. 2, *op. cit.*, circa n°115 ; cette exigence de justice contractuelle est adéquatement servie par un contrôle de la détermination unilatérale du prix et n’exige pas une prohibition.

protectrices du consommateur doivent être mises en place, le rejet de l'indétermination du prix dans des contrats où elle est classiquement admise serait excessif. Pour le contrat d'entreprise, la solution remonte au moins à l'Ancien Droit²⁷⁸. Elle se justifie par la difficulté de détermination préalable des contours exacts de la prestation dont le prix doit être la contrepartie²⁷⁹. Ces considérations n'ont pas disparu avec le temps, et sont particulièrement pertinentes dans les contrats de consommation²⁸⁰. Le caractère traditionnel de la règle, sa longévité, tend à écarter toute contestation qui ne serait pas rigoureusement motivée²⁸¹. La protection du consommateur ne justifie pas de la remettre en cause, dès lors que deux conditions sont remplies. D'une part, l'indétermination du prix n'a jamais été admise que dans certains contrats, ce qui doit conduire à une définition restrictive de la notion de contrat de prestation de service à l'article 1165 du Code civil²⁸². D'autre part, la protection des contractants n'a jamais été négligée. Elle était assurée par la possibilité d'une fixation judiciaire du prix, remise en cause par la réforme²⁸³. Il faut donc trouver dans le droit nouveau des modalités protectrices équivalentes. La nullité du contrat est inapte à assurer cette protection du consommateur, car elle n'est pas à même de satisfaire ses intérêts.

Section 2 – L'opportunité de la nullité du contrat

58. L'opportunité de l'anéantissement du contrat – La nullité du contrat n'est pas susceptible de satisfaire le consommateur, car elle le prive de l'utilité du contrat²⁸⁴. C'est souvent par besoin, réel ou supposé, que le consommateur contracte pour obtenir un bien ou une prestation. Il est donc primordial de garantir la survie du contrat et d'en faire bénéficier le consommateur, du moins toutes les fois que cela sera possible. « *L'annulation n'est donc le*

²⁷⁸ R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure l'aîné, 1764, n°401 « *Il n'est pas nécessaire que la somme d'argent dans laquelle doit consister le prix soit déterminée dès les temps du contrat ; il suffit qu'elle doive le devenir par l'estimation qui en sera faite* » ; v., pour le droit romain, citant Gaius, P.-Y. Gautier, *RTD Civ.* 1994, p. 631, note sous arrêt Cass. 1^{ère} Civ., 24 novembre 1993, n°91-18.650, Bull. Civ. I, n°339.

²⁷⁹ Temps de travail, quantité de matières premières, qualité de l'ouvrage réalisé ... v. D. Mainguy, *op. cit.*, n°535, p. 538 ; H., J., L. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, n°237 ; P. Puig, *op. cit.*, n°841, p. 706 pour le contrat d'entreprise et n°934, p. 765 pour le contrat de mandat.

²⁸⁰ Par ex., dans un contrat d'achat-installation d'une cuisine meublée (v. *supra* note n°193), le prix de l'installation ne peut pas être définitivement fixé tant que l'étendue des travaux nécessaires n'est pas déterminée.

²⁸¹ F. Colonna d'Istria, « Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique », *RTD Civ.* 2019, p. 727.

²⁸² Le champ d'application du texte doit être limité aux contrats pour lesquels l'indétermination du prix est justifiée par la *ratio legis* traditionnelle (v. *supra* n°8, note n°45) : la tradition guide ici l'interprétation.

²⁸³ V. *supra* note n°40.

²⁸⁴ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°311, p. 359 : « *À supposer même que le contrat soit annulé pour indétermination du prix, la sanction ne satisfait pas pleinement le consommateur : celui-ci souhaite que le contrat soit maintenu, mais à un prix raisonnable* » ; v. F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.*, n°735, p. 699, qui suggèrent que la fixation ou la réfaction judiciaire seraient des sanctions plus justes et plus adaptées.

plus souvent qu'un pis-aller »²⁸⁵, et il faut privilégier des sanctions conformes à la logique réparatrice du droit de la consommation²⁸⁶. Lorsque les garanties de transparence dans la fixation unilatérale du prix²⁸⁷ ne sont pas remplies, il est préférable d'avoir recours à un contrôle judiciaire sur la fixation du prix. Certains auteurs évoquent ainsi une « *régularisation judiciaire* » du contrat²⁸⁸. La nullité demeure pertinente dans les hypothèses où le contrat ne présenterait plus d'utilité pour le consommateur²⁸⁹. L'inutilité du contrat ne peut cependant pas résulter d'un défaut de détermination du prix²⁹⁰, à moins peut-être que le défaut d'information sur le prix ait conduit le consommateur à une erreur d'estimation telle qu'elle remette manifestement en cause l'utilité économique du contrat²⁹¹.

59. L'opportunité des restitutions – En toute hypothèse, la nullité du contrat n'est pas pertinente lorsque la prestation a déjà été exécutée²⁹². En effet, il n'est pas possible de revenir sur une prestation déjà réalisée. L'article 1352-8 du Code civil dispose donc que « *la restitution d'une prestation de service a lieu en valeur* ». Il ne s'agit pas de restituer le prix convenu de la prestation, mais sa valeur réelle²⁹³. Dès lors, dans le contexte du contentieux de la détermination unilatérale du prix, les restitutions consécutives à une éventuelle nullité ne peuvent consister que dans le paiement d'un juste prix. Ainsi, admettre la nullité du contrat de prestation de service pour indétermination du prix équivaldrait à admettre, par une voie détournée, la révision judiciaire du prix. Si une telle solution est envisageable, il est absurde de l'obtenir en fixant une règle spéciale de validité des contrats de consommation, que rien ne justifie particulièrement. Il est préférable, même en droit de la consommation, de maintenir la validité du contrat de prestation de service au prix indéterminé. Cependant, ainsi qu'il a été dit plus haut, cette règle est traditionnellement assortie d'un mécanisme de contrôle, et il est primordial de définir les modalités de ce contrôle dans le droit nouveau, sans quoi le consommateur serait livré à l'arbitraire du professionnel.

²⁸⁵ N. Rzepecki, *op. cit.*, n°620 ; v. aussi. L. Aynès, art. préc., *D.* 1993, p. 25 : « *Le souci de l'efficacité commande souvent de [cantonner] la nullité dans un rôle de remède ultime. Sauver le contrat, tout en l'expurgeant de ses défauts : telle est la voie suivie par le droit contemporain* ».

²⁸⁶ V. *supra* n°53. Cette logique est également conforme aux intérêts du professionnel qui n'a pas intérêt à la nullité du contrat, mais plutôt à l'exécution du contrat, même à moindre prix.

²⁸⁷ Visées *supra* n°56 et développées *infra* n°60 et s.

²⁸⁸ E. Raschel, *op. cit.*, n°501. La régularisation judiciaire n'interdit pas la régularisation conventionnelle.

²⁸⁹ N. Douche-Doyette, *op. cit.*, n°144 ; dans une optique d'efficacité de la sanction, il est possible d'envisager que la nullité puisse résulter d'une simple notification du consommateur – *ibid.*, n°158.

²⁹⁰ Mais peut résulter d'un défaut d'information sur l'adéquation de la prestation aux besoins du consommateur.

²⁹¹ V. *infra* n°92 pour un projet d'art. L.131-7 C. consom., not. son al. 3.

²⁹² N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, n°96.

²⁹³ Cass. 1^{ère} Civ., 16 mars 1999, n°97-12.930, Bull. Civ. I, n°95 ; Cass. 3^e Civ., 18 octobre 2009, n°08-19.355, Bull. Civ. III, n°252.

Seconde partie – Le contrôle nécessaire de la détermination unilatérale du prix

60. L'exigence de garanties de justice contractuelle – La détermination unilatérale du prix est en rupture avec le principe consensualiste d'égalité des contractants. « *Si un contrat donne à la volonté de l'une des parties le pouvoir de déterminer unilatéralement, [...], un élément essentiel de l'échange, à savoir le prix, la volonté de l'autre partie ne peut plus jouer le rôle qui doit être normalement le sien pour la défense de ses intérêts* »²⁹⁴. La protection du consommateur contre l'arbitraire du professionnel dans la fixation unilatérale du prix est une question de justice contractuelle : il s'agit tant d'empêcher le professionnel d'abuser de sa prérogative unilatérale que de donner au consommateur les moyens de protéger ses intérêts. Ces garanties de justice contractuelle reposent d'abord sur un encadrement procédural de la fixation unilatérale du prix (Titre I). Lorsque ces garanties procédurales ne sont pas respectées, il faut consacrer un contrôle substantiel du prix²⁹⁵ (Titre II).

Titre I – La sanction de l'abus procédural dans la fixation du prix

61. Définition de l'abus procédural – La détermination unilatérale du prix ne saurait devenir une prérogative discrétionnaire²⁹⁶. Le contrat deviendrait sinon un « *instrument de domination* »²⁹⁷. Une telle remise en cause de l'égalité des cocontractants porterait atteinte au principe d'autonomie de la volonté, qui fonde la force obligatoire du contrat. La prérogative de détermination unilatérale du prix doit donc être enserrée dans certaines limites. La première, et la plus saine, de ces limites consiste à informer le consommateur sur les modalités de fixation unilatérale du prix. La responsabilité pour manquement à l'obligation d'information sur les prix est cependant une sanction inadaptée à la protection de la liberté contractuelle du consommateur²⁹⁸ (Chapitre 1^{er}). La protection du consommateur est plus effectivement assurée par l'exigence d'une motivation du prix²⁹⁹ (Chapitre 2nd). Dans cette

²⁹⁴ J. Ghestin et al., *La formation du contrat*, t. 2, op. cit., circa n°115.

²⁹⁵ Le respect des garanties procédurales interdit le contrôle substantiel de la fixation du prix : v. *infra* n°86.

²⁹⁶ C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°9 : « *unilatéralisme ne rime pas avec arbitraire* ».

²⁹⁷ C. Jamin, art. préc., *Droit et économie des contrats*, n°257, p. 112 ; *i.e.* qu'il ferait prévaloir la volonté d'une personne sur celle d'une autre.

²⁹⁸ Il faut, en outre, renforcer la substance de l'exigence : v. *infra* n°81 et s.

²⁹⁹ M. Fabre-Magnan « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301, n°20 : « *l'existence d'une obligation de motivation marque un encadrement plus étroit de l'exercice du droit et donc, en définitive, un droit moins absolu* ».

optique, l'abus procédural consiste en une fixation purement discrétionnaire du prix, indépendamment de tout critère objectif ou prédéterminé³⁰⁰. L'équilibre est cependant difficile à trouver, car s'il est nécessaire de garantir une certaine prévisibilité du prix au consommateur, il faut aussi satisfaire les objectifs de flexibilité et d'efficacité économiques.

Chapitre 1^{er} – La sanction du défaut d'information préalable sur les prix

La responsabilité extracontractuelle

62. Annonce de plan – Le droit commun facilite l'identification des sanctions de l'obligation d'information consumériste³⁰¹. L'article 1112-1 nouveau du Code civil confirme les solutions antérieures. Aucun doute ne peut subsister sur le principe de la responsabilité en cas de manquement à l'obligation d'information consumériste (Section 1). Cette sanction n'est cependant pas adaptée au manquement à l'obligation d'information sur les prix, puisque le préjudice du consommateur n'est pas facile à identifier, ni à évaluer (Section 2).

Section 1 – Une responsabilité incontestée dans son principe

63. Fondement de la responsabilité – La responsabilité encourue en cas de manquement à une obligation d'information précontractuelle est délictuelle³⁰². La preuve du fait générateur de responsabilité ne présente pas de difficulté. La faute délictuelle peut être définie comme « *la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* »³⁰³, sans oublier le manquement au « *devoir général de ne pas nuire à autrui* »³⁰⁴. Il est de principe en droit français que toute violation d'une règle légale constitue une faute délictuelle³⁰⁵. Il suffit donc de caractériser un manquement à l'obligation

³⁰⁰ Les éléments subjectifs de détermination du prix, notamment le taux de marge que le professionnel est en principe libre de fixer (un débat sur l'opportunité de consacrer davantage le dirigisme économique en la matière ne relève pas du droit civil), devraient dans cette logique être prédéterminés ou être fixés raisonnablement.

³⁰¹ V. *supra* n°41.

³⁰² N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, n°91 ; en droit commun : M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016, n°25, 706 ; même si certaines juridictions du fond retiennent parfois curieusement la responsabilité contractuelle : N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 848, n°29.

³⁰³ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, art. 1242.

³⁰⁴ La Cour de cassation a retenu récemment la définition suivante : « *la méconnaissance d'une obligation générale de prudence et diligence, [ou] du devoir général de ne pas nuire à autrui* » ; Cass. Ass. Plén., 13 janvier 2020, n°17-19.963, Bull. A.P. ; D. 2020, p. 416, note J.-S. Borghetti.

³⁰⁵ L'absence de restrictions au principe (intérêt protégé par la règle, caractérisation supplémentaire d'une faute) est une originalité du droit français ; v. C. Van Dam, *European Tort Law*, 2^e éd., OUP, 2013, n°905, p. 286.

d'information, *i.e.* un défaut d'information ou une absence d'information³⁰⁶. Cette preuve est encore facilitée par le régime probatoire. En droit commun comme en droit de la consommation, il revient au débiteur de l'information (*i.e.* au professionnel) de rapporter la preuve de l'exécution de son obligation³⁰⁷. Le consommateur n'a donc qu'à démontrer que l'obligation d'information lui était due, ce qui ne présente aucune difficulté dans le cadre de l'obligation d'information consumériste. Il doit cependant démontrer ensuite l'existence d'un préjudice et le lien de causalité entre ce dernier et le défaut d'information³⁰⁸.

64. Opportunité de la responsabilité – L'existence de cette sanction paraît opportune, car elle permet la réparation du préjudice subi par le consommateur, sans que ce dernier ait à démontrer un vice de son consentement³⁰⁹. La sanction est cependant partiellement illusoire, car elle nécessite l'exercice d'une action judiciaire individuelle pour l'obtention d'une réparation parfois peu significative³¹⁰. Bien souvent, « *le recours aux tribunaux se révèle pour les actes de consommation courante, disproportionné à l'intérêt en jeu* »³¹¹. Une nuance s'impose toutefois car une action collective est possible pour la réparation des préjudices subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique³¹². L'effectivité de la sanction suppose donc qu'un nombre important de consommateurs subissent le même préjudice. Il est alors nécessaire d'identifier les préjudices réparables.

Section 2 – Une responsabilité indéterminée dans son *quantum*

65. L'indétermination des préjudices réparables – La première cause d'indétermination tient à la difficile caractérisation du lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice. Elle résulte de la récurrente « *incertitude sur ce qu'aurait fait le créancier s'il avait eu l'information* »³¹³. La réparation du manquement à l'obligation

³⁰⁶ N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°451, p. 446 ; N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, n°91 ; M. Fabre-Magnan, art. préc., *JCP G* 2016, n°25, 706.

³⁰⁷ Art. L.111-5 C. consom. (et art. 1112-1 C. civ. pour le droit commun).

³⁰⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 13 décembre 2005, n°03-19.603, inédit ; N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°451, p. 446 ; N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, n°91.

³⁰⁹ CA Aix-en-Provence, 19 avril 2016, n°15/03418, qui se fonde sur la responsabilité contractuelle.

³¹⁰ CA Rennes, 9 mars 1999, *JurisData* n°044888, qualifié de « *victoire à la Pyrrhus* » pour le consommateur par G. Raymond, *CCC* 2000, n°6, comm. 105.

³¹¹ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°56, p. 67.

³¹² S. Piédelièvre, *op. cit.*, *circa* n°70 ; N. Sauphanor-Brouillaud et *al.*, *op. cit.*, n°452, p. 447.

³¹³ M. Fabre-Magnan, art. préc., *JCP G* 2016, n°25, 706.

d'information prend ainsi souvent la forme d'une perte de chance³¹⁴, ce qui n'est qu'un palliatif de l'absence de démonstration du lien de causalité. En revanche, lorsque le défaut d'information a exposé le débiteur à un risque de dommage, ce dernier peut être indemnisé de son entier préjudice en cas de réalisation du risque³¹⁵. La responsabilité est donc une sanction particulièrement opportune en cas de manquement à l'obligation d'information en matière de sécurité des produits³¹⁶. Dans le cas du défaut d'information sur le prix, le préjudice est plus difficilement identifiable. Le consommateur pourrait d'abord réclamer, à titre de dommages et intérêts, la différence entre le prix facturé et le prix du marché, mais cela reviendrait à un contrôle de la lésion prohibé par l'article 1168 du Code civil³¹⁷. Le préjudice peut plus simplement résulter de la conclusion d'un contrat à un prix excessif ou indéterminé, à condition que le consommateur puisse prouver qu'il n'aurait pas contracté s'il avait été mieux informé. En outre, dans ces deux hypothèses, le défaut d'information n'est pas sanctionné si le prix facturé est un prix raisonnable. Une dernière solution envisageable consisterait à faire du défaut d'information sur le prix un préjudice en soi, ce qui semble avoir été admis par certains juges du fond³¹⁸, sans que la Cour de cassation ne se soit prononcée.

66. L'inadéquation de la responsabilité à la protection du consommateur – En conclusion, la responsabilité ne permet pas la protection efficace des intérêts du consommateur. Cette sanction intervient *a posteriori*, alors que le droit de la consommation a une vocation préventive³¹⁹. En matière d'indétermination du prix, la protection adéquate est celle qui prévient un éventuel préjudice du consommateur en garantissant que le prix sera fixé en fonction de critères objectifs³²⁰ ou préalablement communiqués au consommateur. Le consommateur doit donc pouvoir refuser de payer un prix qui ne serait pas conforme à l'information précontractuelle sur les prix, ou, à défaut, à des critères objectifs de fixation d'un prix raisonnable.

³¹⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2013, n°12-14.711 et n°12-14.712, inédit ; CCC 2013, n°6, comm. 127, L. Leveur ; CA Paris, 24 mai 2013, n°11/12825, octroyant 4.000 € de dommages-intérêts pour réparer « la perte de chance de pratiquer le ski nautique dans les conditions souhaitées ».

³¹⁵ M. Fabre-Magnan, art. préc., JCP G 2016, n°25, 706 ; Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} mars 2005, n°04-10.063, Bull. Civ. I, n°109 ; JCP G 2005, n°48, II, 10164, note É. Bazin ; CCC 2005, n°6, comm. 142, G. Raymond.

³¹⁶ G. Raymond, *op. cit.*, n°611.

³¹⁷ Cette solution est envisageable, à condition d'être clairement affirmée : v. *infra* n°84 et s.

³¹⁸ CA Douai, 19 décembre 2007, n°06/06632 : « le maître d'ouvrage qui n'a pu ainsi, avant de se lier par le contrat, se convaincre du montant du prix ou de ses modalités de détermination et les comparer au besoin, pour les travaux envisagés, à l'offre d'autres prestataires de service, a supporté un préjudice, en lien causal avec la faute précitée », le préjudice étant ensuite fixé à 2.500 €. Cette solution faciliterait l'exercice de l'action collective, mais elle n'est peut-être pas compatible avec le principe de réparation intégrale.

³¹⁹ J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°27, p. 28.

³²⁰ *I.e.* un prix raisonnable ; J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°311, p. 359.

Chapitre 2nd – La sanction du défaut de motivation du prix

Le droit de refuser le prix insuffisamment motivé

67. Une nouvelle exigence riche en potentialités – L'exigence d'une motivation du prix par la partie qui reçoit le pouvoir de le déterminer a été introduite dans les articles 1164 et 1165 du Code civil par la réforme de 2016. Une interprétation constructive de cette nouvelle exigence pourrait permettre une protection adéquate de la partie faible. Dans cette optique, il est nécessaire de définir précisément la substance de l'exigence de motivation du prix (Section 1), et d'en consacrer une sanction efficace (Section 2).

Section 1 – La substance de l'exigence de motivation du prix

68. La nature de l'exigence de motivation du prix – L'expression couramment employée par la doctrine d'« *obligation de motivation* » peut paraître trompeuse³²¹, car la nature de l'exigence de motivation est incertaine. Elle peut être reliée au principe directeur de bonne foi, qui n'est lui-même pas une obligation, au sens propre du terme³²², mais peut être le fondement de certaines obligations imposées par la loi ou par le juge³²³. Plus souvent, la bonne foi est une manière d'exécuter une obligation. L'exigence de motivation du prix peut se comprendre en ce sens. Le maître du prix doit être de bonne foi dans la fixation du prix, et doit donc pouvoir motiver le prix retenu. Cependant, il faut certainement se détacher d'une logique purement obligationnelle, car la fixation du prix n'est pas une obligation mais plutôt une prérogative unilatérale, dont l'exigence de motivation serait une limitation³²⁴. Une solution envisageable serait alors de raisonner par analogie avec la condition, l'obligation de payer le prix étant subordonnée à sa détermination. La détermination unilatérale du prix serait ainsi une condition suspensive de l'obligation de payer le prix, condition qui ne pourrait être réputée accomplie que si l'exigence de motivation était satisfaite³²⁵. Il n'est pas exclu non

³²¹ A.-S. Choné-Grimaldi, *op. cit.*, art. 1164 ; O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 313 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, pp. 60-61 ; M. Fabre-Magnan, art. préc., *Études Ghestin. N.B.* : les arts. 1164 et 1165 C. civ. n'emploient d'ailleurs pas ce terme.

³²² G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 695, définit l'obligation comme le « *lien de droit (vinculum juris) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres, le ou les créanciers* ».

³²³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, 2016, n°79, p. 96 (5^e éd., PUF, 2019).

³²⁴ M. Fabre-Magnan, art. préc., *Études Ghestin*, n°21.

³²⁵ Le régime de la condition suspensive est adapté à la description du phénomène. L'obligation de payer le prix n'est pas « *pure et simple* » tant que celui-ci n'est pas déterminé (art. 1304 C. civ.). La condition ne saurait être

plus que l'existence de motivation ait sa nature propre, par exemple en tant que condition de validité d'un acte unilatéral³²⁶.

69. Variabilité de l'exigence de motivation du prix – Si la nature de l'exigence de motivation est difficile à cerner, sa substance est tout autant indéterminée. Selon plusieurs auteurs, il s'agit de démontrer qu'il n'y a pas eu d'abus dans la fixation du prix³²⁷, ce qui semble respecter l'économie générale des articles 1164 et 1165 du Code civil. Si l'on admet que la fixation purement discrétionnaire du prix peut constituer l'abus³²⁸, il s'ensuit que la motivation doit faire intervenir des critères objectifs ou prédéterminés de fixation du prix. Dans les contrats de prestation de service, ces critères seront notamment le coût de la main d'œuvre employée, des matières premières utilisées et de l'équipement. Il reste que tous les contrats à finalité lucrative comportent nécessairement une marge fixée par le professionnel. La marge est entièrement justifiée dans son principe, mais il est difficile de motiver son montant en fonction de critères objectifs. Il faut alors tenir compte du contexte particulier de chaque contrat³²⁹. Ainsi dans les contrats cadre, l'enjeu est surtout celui de la variation du prix dans les contrats d'application successifs. Le prix de départ est un élément clef de la motivation, notamment lorsqu'il était connu des parties avant la conclusion du contrat cadre³³⁰. Son évolution peut être justifiée par l'augmentation du coût de l'exécution du contrat, ou par une évolution du marché, *i.e.* une augmentation de la demande³³¹. En dehors de ce contexte d'affaires particulier, la motivation du prix peut se fonder sur les échanges précontractuels entre les parties. S'agissant des contrats de prestation de service, la référence au devis³³² est ainsi pertinente. Une variation de prix par rapport au devis peut être justifiée

qualifiée de potestative puisqu'elle dépend de la volonté du créancier et non du débiteur (art. 1304-2 C. civ.). L'existence de cette condition n'empêche pas le débiteur d'y renoncer et de payer un prix qui ne serait pas motivé (art. 1304-4 C. civ.). La seule réticence réside dans la difficulté de caractériser la défaillance de cette condition : ce pourrait être l'absence de réclamation du prix dans le délai de prescription – mais ce délai ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition (art. 2233 C. civ.).

³²⁶ M. Fabre-Magnan, art. préc., *Études Ghestin*, n°5.

³²⁷ G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n°419, p. 364 ; O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 313.

³²⁸ V. *supra* n°61.

³²⁹ Par ex. selon que le secteur économique est plus ou moins concurrentiel (O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 314).

³³⁰ Cass. Com., 6 avril 1999, n°96-18.332, inédit : « *La lecture du contrat permettait d'opposer au franchisé sa connaissance des tarifs initiaux* » ; A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, p. 1, n°23 : « *le vendeur doit fixer un prix du réapprovisionnement qui ne saurait s'éloigner des prévisions initiales, qui lui servent de socle, quitte à en justifier pour les raisons déjà exposées* ». Le rapport au président de la République sur l'ord. de 2016 estime d'ailleurs que la motivation consiste à « *exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties* ».

³³¹ Le débiteur du prix est alors en mesure de répercuter l'augmentation de prix sans subir de préjudice.

³³² Le professionnel doit réaliser un devis avant tout contrat de prestation de service, soit à la demande du consommateur (art. R.111-3 C. consom.), soit de manière obligatoire pour certaines prestations, lorsqu'elles dépassent un certain montant (v., par ex., l'art. 6 de l'arrêté du 17 mars 2015 pour les prestations de service à la

par l'évolution du coût de l'exécution du contrat, une évolution de la marge retenue paraissant moins légitime dans le contexte d'une opération ponctuelle. Apparaît ainsi un lien entre motivation du prix et obligation d'information sur les prix.

70. Lien avec l'obligation d'information sur les prix – L'obligation d'information consommériste sur les prix peut d'abord renseigner sur la substance de l'exigence de motivation du prix. Par hypothèse, le prix n'est pas déterminé au moment de la conclusion du contrat, et il faut donc fournir au consommateur le « *mode de calcul du prix* », en distinguant les différents frais éventuels (transport, livraison, affranchissement, etc.). Le professionnel doit mettre en évidence les différents éléments du coût de l'exécution du contrat, ainsi que la marge qu'il entend retenir³³³. Lorsque l'obligation d'information sur les prix a été exécutée, elle constitue ensuite une base consensuelle pour motiver le prix : la formule de calcul présentée pour motiver le prix doit correspondre à celle présentée au stade de l'information précontractuelle. De manière plus pragmatique, les différents éléments figurant sur la facture³³⁴ doivent répondre à ceux figurant sur le devis, toute variation devant être justifiée. La question se pose enfin de l'incidence sur l'exigence de motivation de l'inexécution de l'obligation d'information sur les prix. La remise en cause du contrat ne serait pas une sanction adaptée³³⁵. En revanche, il convient de protéger le consommateur contre d'éventuels excès imprévisibles du professionnel prestataire de service. Le prix devra alors être motivé exclusivement à partir d'éléments objectifs ou d'éléments raisonnablement prévisibles par le consommateur³³⁶. Les éléments plus subjectifs semblent, en effet, devoir être écartés dès lors qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une information préalable, pour prévenir une éventuelle surprise du consommateur³³⁷. Une telle définition de l'exigence de motivation n'aurait cependant que peu d'intérêt si elle n'était pas assortie de sanctions effectives.

personne, et l'art. 4 de l'arrêté du 24 janvier 2017 pour les prestations de dépannage, de réparation et d'entretien dans le secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison).

³³³ La mention d'un taux horaire peut suffire, dès lors que ce taux comprend, implicitement, à la fois la marge du professionnel ainsi que certains coûts, notamment les coûts fixes ainsi répartis par le professionnel.

³³⁴ La facture est obligatoire pour les prestations de service, lorsque le prix est supérieur à 25 € TTC, en toute hypothèse sur demande du client – il faut donc relativiser en droit de la consommation le caractère ponctuel de l'exigence de motivation du prix (due seulement « *en cas de contestation* », selon l'art. 1165 C. civ.). V. arrêté n°83-50/A du 3 octobre 1983 relatif à la publicité des prix de tous les services.

³³⁵ V. *supra* n°58.

³³⁶ Pourraient être pris en compte les relations antérieures du professionnel et du consommateur, le prix habituel sur le marché, ou les marges habituellement retenues par les professionnels du secteur.

³³⁷ En conformité avec certaines règles relatives à l'information sur les prix : les frais de livraison ne sont pas dus s'ils n'ont pas fait l'objet d'une information préalable, et l'absence d'un élément ou d'une prestation indispensable à l'utilité du contrat doit être mentionnée ; J. Calais-Auloy et *al.*, *op. cit.*, n°327, p. 375.

Section 2 – La sanction de l'exigence de motivation du prix

71. La nécessité d'une sanction de l'exigence de motivation – Le texte de la réforme ne précise pas les sanctions de l'exigence de motivation, sans doute parce qu'il s'agit d'une innovation par rapport à la jurisprudence antérieure. Peut-être faut-il en déduire que cette exigence n'est pas sanctionnée autrement que *via* l'abus dans la fixation du prix ? Une telle position essuie cependant de sérieuses critiques³³⁸. Le projet Catala dont est issue cette exigence de motivation avait d'ailleurs retenu une sanction spécifique³³⁹. Afin de pallier l'absence de sanction textuelle de l'exigence de motivation, de nombreux auteurs suggèrent qu'elle permettrait de présumer l'abus dans la fixation du prix³⁴⁰, sinon en droit du moins en fait³⁴¹. Toutefois, une telle position est insuffisamment protectrice des intérêts du consommateur. En effet, la définition de l'abus demeure très restrictive en jurisprudence³⁴². En outre, l'action fondée sur l'abus est une action individuelle en responsabilité qui suppose la démonstration d'un préjudice – or ce type de recours n'est pas le plus adapté aux rapports de consommation. À l'inverse, le simple manquement à l'exigence de motivation, c'est-à-dire l'absence de réponse suffisamment précise à une question du consommateur sur le mode de calcul du prix, est suffisamment fautif pour justifier une sanction. En effet, si l'on considère que cette exigence de motivation est « *la contrepartie du pouvoir unilatéral accordé à la partie en position de force* »³⁴³, elle devient le socle de l'égalité théorique entre les cocontractants. Un manquement à cette exigence sape donc l'équilibre contractuel voulu par les parties et protégé par la loi, et brise la confiance entre les cocontractants.

72. Le droit de refuser le prix insuffisamment motivé – Quelle que soit la nature de l'exigence de motivation, la même sanction concrète peut être envisagée : le droit de refuser

³³⁸ A.-S. Choné-Grimaldi, *op. cit.*, art. 1164 ; N. Dissaux et C. Jamin, *op. cit.*, p. 61. Il faut distinguer la sanction de l'exigence de motivation de celle de l'abus : sans cette motivation, le débiteur du prix ne peut pas décider de l'opportunité de poursuivre le créancier pour abus.

³³⁹ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, 2006, p. 92, art. 1121-6 : « *Dans les cas prévus aux deux articles qui précèdent, le débiteur qui n'a pas obtenu de justification dans un délai raisonnable pourra se libérer en consignat le prix habituellement pratiqué* ».

³⁴⁰ N. Dissaux et C. Jamin, *op. cit.*, p. 61 ; J.-S. Borghetti, art. préc., *RDC* 2018, p. 25, n°36 ; v. déjà sur la charge de la preuve : J. Huet, « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 311, n°8.

³⁴¹ G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n°419, p. 364 ; F. Chénéde, *op. cit.*, n°123.231, p. 70 ; O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 314 ; J. Ghestin et *al.*, *La formation du contrat, t. 2, op. cit.*, circa n°115-242 ; v. CA Versailles, 27 janvier 2000, *JurisData* n°1997-7992, qui retient, entre autres indices de l'abus, l'absence de justification d'augmentations « *pratiquées arbitrairement* » ; *RTD Civ.* 2000, p. 570, note J. Mestre et B. Fages.

³⁴² V. *infra* n°75 et s.

³⁴³ F. Chénéde, *op. cit.*, n°123.231, p. 70.

le prix fixé unilatéralement et insuffisamment motivé³⁴⁴. Si l'on raisonne par analogie avec la condition suspensive, l'obligation de payer le prix n'est pas exigible tant que l'exigence de motivation n'a pas été satisfaite, à moins que le débiteur du prix ne renonce à cette condition. Si l'on considère plutôt que l'exigence de motivation a sa nature propre, alors celle-ci pourrait être une condition de validité de l'acte unilatéral de détermination du prix. Enfin, si l'on pense qu'il existe une véritable obligation de motivation, son inexécution doit permettre de mobiliser les différentes sanctions énoncées à l'article 1217 du Code civil. La responsabilité contractuelle est inadaptée car il sera difficile de démontrer l'existence un préjudice propre à l'absence de motivation. Pour les mêmes raisons, il serait délicat d'évaluer une éventuelle réduction du prix. En revanche, l'exécution forcée en nature, ordonnée sous astreinte, pourrait être une sanction efficace. Enfin, l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale du contrat³⁴⁵ pourraient être mobilisées, à condition de vérifier le caractère suffisamment grave de l'inexécution. Dès lors que l'égalité entre les cocontractants est mise en danger par un refus de motivation précise du prix, cette condition de gravité peut être satisfaite³⁴⁶. Le temps est également un facteur à prendre en compte : le consommateur devra d'abord refuser de payer le prix jusqu'à ce qu'une motivation suffisante soit fournie, et si cette motivation tarde à venir, il pourrait demander la résolution du contrat. En somme, la logique est la suivante : tant que l'exigence de motivation précise et objective du prix n'est pas satisfaite, le paiement du prix n'est pas exigible³⁴⁷.

73. L'effectivité du droit de refuser le prix – Une telle sanction présente de nombreux avantages. D'abord, elle ne requiert pas l'intervention d'un juge. Ensuite, dans un objectif d'égalité des cocontractants, il paraît légitime de fournir une sanction unilatérale à la partie amenée à subir l'exercice par son cocontractant d'une prérogative unilatérale. En outre, une telle sanction est efficace et dissuasive, car elle prive le créancier de l'avantage principal qu'il

³⁴⁴ Pour la nature incertaine de l'exigence de motivation : v. *supra* n°68.

³⁴⁵ Même si le texte évoque la résolution judiciaire en cas d'abus dans la fixation du prix, la résolution unilatérale n'est pas nécessairement exclue : O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 316.

³⁴⁶ Tout dépendra du contexte particulier, et notamment de la communication, ou non, d'une information précontractuelle précise. Il faudra aussi distinguer entre l'absence de motivation, la motivation imprécise et la motivation partielle. Par ex. si ce sont des frais de livraison, ou d'évacuation, qui n'ont fait l'objet ni d'une information, ni d'une motivation, la résolution paraît inadaptée. En revanche, la rétention de la partie non motivé du prix est une sanction proportionnée. V. sur l'utilisation proportionnée de l'exception d'inexécution : P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11^e éd., Dalloz Action, 2017, n°3211.41, p. 1345 ; et sur la fonction de préservation de l'équilibre contractuel de l'exception d'inexécution : O. Deshayes « Exception d'inexécution », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2018, n°21 ; v. aussi, mentionnant une « exception d'abus », J.-S. Borghetti, art. préc., *RDC* 2018, p. 25, n°38.

³⁴⁷ Le droit antérieur conduisait à un résultat comparable : dans un contrat au prix indéterminé, celui-ci n'était pas exigible tant qu'il n'y avait pas accord des parties ou décision de justice. Souvent, c'est le créancier qui agissait en fixation judiciaire du prix : G. Lardeux, art. préc., *D.* 2016, p. 1659.

attend du contrat : le prix³⁴⁸. De cette manière, l'exigence de motivation s'inscrit non seulement dans une logique préventive³⁴⁹, mais aussi dans une logique réparatrice³⁵⁰. Le contrat est maintenu, mais l'équilibre est restauré entre les cocontractants : la partie qui subit le prix a un moyen de pression significatif sur le maître du prix³⁵¹. Une telle solution permettrait de restituer à la partie faible « *un pouvoir de négociation qui pourrait inciter la partie qui fixe le prix à modérer ses augmentations* »³⁵². En outre, la sanction n'est pas disproportionnée à l'égard du créancier du prix : elle porte atteinte à l'intangibilité du contrat, le débiteur refusant de payer le prix, mais sur le fondement d'une faute du créancier dans l'exercice de sa prérogative de fixation du prix. Il ne faut pas craindre le comportement de débiteurs opportunistes³⁵³, car le créancier en mesure de motiver le montant du prix dispose d'un recours judiciaire efficace : l'action en injonction de payer³⁵⁴. Dans les rapports de consommation, ce serait ainsi au professionnel de saisir le juge en cas de contestation du prix par le consommateur. Le professionnel est généralement bien plus à même d'agir, et il est le seul à pouvoir apporter les principaux éléments permettant la résolution du litige : la motivation du prix. S'il est en mesure de motiver le prix réclamé, il obtiendra sans difficulté une injonction de payer. S'il ne l'est pas, c'est un indice fort que le prix réclamé est excessif et il doit alors proposer un prix alternatif, plus raisonnable. À cet égard, l'information préalable sur les prix est décisive car elle permettra de motiver certains éléments du calcul du prix qui pourraient autrement paraître excessifs³⁵⁵. Faut-il cependant aller plus loin et exiger du professionnel qu'il fixe un prix raisonnable pour sa prestation ? Lorsque le mode de calcul du prix n'a pas fait l'objet d'une information préalable, cette solution est envisageable.

³⁴⁸ P. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n°3211.61.

³⁴⁹ Elle permet en quelque sorte « *d'interdire l'indicible* » (M. Fabre-Magnan, art. préc., *Études Ghestin*, n°25).

³⁵⁰ Sur cette logique en droit de la consommation, v. *supra* n°53.

³⁵¹ Certains auteurs proposent même, dans les contrats cadre à durée déterminée, d'autoriser la résiliation unilatérale du contrat par la partie qui subit le prix, ce qui est inadapté à la situation où la prestation de service a déjà été exécutée. V. C. Jamin, art. préc., *Droit et économie des contrats*, n°250 et s. Cette résiliation unilatérale, qui n'est pas fondée sur la faute, appelle certaines réserves : si elle constitue un outil de négociation important, elle prive néanmoins les parties de l'utilité du contrat, ce qui est regrettable – v. *supra* n°58. Par ailleurs, la faculté juridique de résilier le contrat ne sera pas d'une grande utilité à un franchisé dont l'entreprise est dépendante de son fournisseur – il ne pourrait sans doute pas en pratique se permettre de résilier le contrat.

³⁵² C. Jamin, *ibid.*, n°256.

³⁵³ V. O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 315 qui soulèvent cet argument à l'encontre de l'exception d'inexécution.

³⁵⁴ Arts. 1405 et s. CPC.

³⁵⁵ Ex. un tarif horaire élevé, qui aurait fait l'objet d'une information précontractuelle permettant de le motiver.

Titre II – La sanction de l’abus substantiel dans la fixation du prix

74. Définition de l’abus substantiel – La sanction de l’abus substantiel dans la fixation du prix relève, d’un point de vue technique, d’une toute autre logique. Il s’agit directement d’empêcher le professionnel de fixer un prix excessif pour la prestation de service. Néanmoins, l’article 1168 du Code civil empêche en principe de retenir une solution si catégorique, car le contrôle de la lésion est prohibé. La logique politique de la sanction de l’abus substantiel doit donc être empruntée à celle de l’abus procédural³⁵⁶, même si la technique diffère. L’abus procédural est alors sanctionné par un contrôle substantiel du contenu du contrat. Ainsi, la sanction du prix excessif sur le fondement de l’article 1165 du Code civil vise plus restrictivement l’excès injustifié de prix (Chapitre 1^{er}). En droit prospectif, il est proposé d’obliger le professionnel à fixer un prix raisonnable toutes les fois qu’il n’aura pas satisfait à l’exigence d’information précontractuelle du consommateur sur les modalités de fixation unilatérale du prix, ce qui revient à autoriser le contrôle de la lésion dans l’hypothèse restreinte où le consommateur n’a pas pu estimer le prix du contrat avant de s’engager (Chapitre 2nd).

Chapitre 1^{er} – Le contrôle de l’abus en droit positif

La prohibition des prix excessifs

75. L’inadéquation des critères de l’abus dans la fixation du prix aux contrats de prestation de service – Le premier réflexe de l’interprète, à la lecture des articles 1164 et 1165 nouveaux du Code civil, qui prévoient des sanctions (la responsabilité et la résolution) « *en cas d’abus dans la fixation du prix* », est de se reporter à la jurisprudence antérieure sur cette notion. Toutefois, la jurisprudence ne s’est construite jusqu’ici que dans le contexte particulier de contrats d’affaires de longue durée, caractérisés par un certain « *esprit de collaboration* »³⁵⁷. Elle retient ainsi comme indices de l’abus l’impossibilité pour le partenaire du maître du prix de pratiquer lui-même des prix concurrentiels et de ne pas revendre à perte³⁵⁸, ainsi que les différences avec les prix pratiqués à l’égard d’autres clients³⁵⁹. La

³⁵⁶ V. *supra* n°61.

³⁵⁷ F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°387, p. 429.

³⁵⁸ Cass. Com., 5 juillet 2016, n°14-28.879, inédit ; Cass. Com., 4 novembre 2014, n°11-14.026, inédit ; *RTD Civ.* 2015, p. 123, note H. Barbier ; *D.* 2015, p. 183, note J. Ghestin ; l’abus est caractérisé lorsque le créancier mets l’activité de ses partenaires en péril sans s’imposer la même rigueur : Cass. Com., 15 janvier 2002, n°99-21.172, inédit ; *JCP G* 2002, n°41, II, 10157, note C. Jamin ; *RTD Civ.* 2002, p. 294, note J. Mestre et B. Fages.

caractérisation de l'abus repose toujours sur une appréciation concrète de l'espèce : les juges du fond sont tenus de « préciser en quoi les prix fixés lors des contrats d'application revêtaient concrètement un caractère abusif »³⁶⁰. Cette exigence d'une appréciation concrète de l'abus doit conduire à dégager de nouveaux indices dans le contexte des contrats de prestation de service, les critères actuellement retenus étant inadaptes³⁶¹. En effet, le client d'une prestation de service n'achète pas pour revendre, et il sera rare qu'il puisse démontrer que son cocontractant, maître du prix, adopte une pratique discriminante en matière de fixation du prix. En outre, un critère tiré de la mise en difficulté financière par le maître du prix de son cocontractant est particulièrement inadapte : faudrait-il considérer que le prix d'une prestation est fixé abusivement à l'égard d'un client peu fortuné, mais pas à l'égard d'un client mieux loti ? De nouveaux critères doivent donc être identifiés.

76. La possibilité de sanctionner un abus substantiel – Le seul caractère excessif, voire très excessif, du prix ne suffit pas, en principe, à caractériser l'abus³⁶². Il en résulte que l'abus substantiel dans la fixation du prix n'est pas sanctionné en lui-même, ceci en conformité avec la prohibition de principe de la rescision pour lésion³⁶³. Il convient d'apporter cependant deux nuances. Premièrement, l'existence d'une disproportion excessive entre le prix déterminé unilatéralement et le prix du marché peut être un indice de l'abus³⁶⁴. Deuxièmement, dans la continuité du chapitre précédent, si le client refuse de payer un prix qui lui paraît excessif, le professionnel devra saisir le juge pour obtenir paiement du prix. Il devra motiver le montant du prix réclamé, à défaut de quoi le juge serait fondé à rejeter sa demande. Or, il sera bien difficile de motiver un prix excessif. Si, néanmoins, un tel raisonnement fondé sur l'exigence de motivation n'était pas admis, *i.e.* si la partie subissant le prix n'avait pas d'autre choix que de payer pour ensuite contester l'abus³⁶⁵, le caractère excessif du prix et l'absence de motivation objective de l'excès seraient tout de même des critères d'identification de l'abus. Dans les contrats de consommation, l'absence d'une information précontractuelle sur les modalités de détermination du prix est aussi pertinente.

³⁵⁹ Cass. Com., 4 novembre 2014, n°11-14.026, préc.

³⁶⁰ Cass. Com., 23 juin 2004, n°01-15.419, inédit ; prenant en compte des différences de prix qui découlent du volume des commandes et du mode d'approvisionnement : Cass. Com., 6 juin 2000, n°97-12.260, inédit.

³⁶¹ É. Mouial Bassilana et J.-B. Racine, art. préc., *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, n°76.

³⁶² O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 314 ; P. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n°3361.115, p. 1883 ; N. Molfessis, art. préc., *LPA* 2000, n°90, p. 41, n°25 : « ce n'est pas le quantum qui intéresse en premier lieu le juge mais davantage l'attitude du créancier dans la fixation du prix ».

³⁶³ O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 313.

³⁶⁴ CA Paris, 19 mai 2000, qui retient que « cette disproportion [...] traduit une majoration du prix dans le but d'en tirer un profit illégitime » ; *RTD Civ.* 2000, p. 570, note J. Mestre et B. Fages.

³⁶⁵ G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n°421, p. 365 ; et plus partagés : O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 315.

L'abus ne résulte donc pas tant du caractère excessif du prix, que du caractère injustifiable de l'excès. Par ailleurs, la doctrine retient, pour caractériser l'abus, un critère fondé sur l'utilité du contrat pour le débiteur³⁶⁶. Adapté aux contrats de prestation de service, ce critère revient à la caractérisation d'un prix excessif : en effet, le déséquilibre commutatif excessif remet en cause l'utilité économique du contrat pour la partie qui le subit.

77. Une solution fondée sur la confiance accordée au maître du prix – La sanction de l'abus dans la fixation du prix repose sur le principe général de bonne foi³⁶⁷, lequel est intrinsèquement lié à celui d'égalité des contractants. La bonne foi n'est rien d'autre que le respect que l'on se doit d'égal à égal. La confiance légitime envers son cocontractant peut ainsi fonder une obligation d'information³⁶⁸. Elle peut aussi justifier un contrôle du juge sur le contenu contractuel, lorsque celui-ci est déterminé unilatéralement³⁶⁹. En matière de détermination unilatérale du prix, cette confiance légitime est essentielle, tant dans les contrats cadre³⁷⁰, que dans les contrats de prestation de service³⁷¹. Dans ces derniers, « *le client s'en remet à la loyauté de l'entrepreneur* »³⁷² pour fixer le prix. Cette loyauté suppose que le prestataire de service prenne en compte les intérêts de son client. Elle interdit donc la fixation d'un prix excessif³⁷³ qui viendrait surprendre le cocontractant, jusqu'à le priver de l'utilité du contrat³⁷⁴. Le lien avec l'obligation d'information sur les prix apparaît à nouveau. La confiance d'une partie ne peut pas avoir été trompée si les modalités de fixation du prix ont fait l'objet d'une information précontractuelle. Montrer que la fixation du prix repose sur des éléments acceptés à l'avance par l'autre partie est encore le moyen le plus facile de prouver qu'elle n'est pas abusive. Inversement, si la fixation du prix repose sur des éléments nouveaux, il faut pouvoir le justifier. Lorsque l'obligation d'information sur les prix n'a pas été correctement exécutée, se pose une question plus difficile : ne doit-on pas considérer que le consommateur pouvait légitimement penser que le prix serait raisonnable ?

³⁶⁶ C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°18 ; C. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996, n°38, doctr. 3959, n°10.

³⁶⁷ P. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2017, n°78.

³⁶⁸ Art. 1112-1, al. 1^{er}, C. civ.

³⁶⁹ P. Le Tourneau et M. Poumarède, *ibid.*, faisant référence notamment aux arts. 1165 et 1171 C. civ.

³⁷⁰ F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°387, p. 429.

³⁷¹ *Ibid.*, n°391, p. 433.

³⁷² P. Malaurie et *al.*, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°766, p. 478.

³⁷³ Dans les contrats cadre, cette loyauté suppose de ménager à son partenaire commercial la possibilité de maintenir son activité sans difficultés majeures, ce qui n'interdit pas un prix excessif. V. sur cette idée de prise en compte de l'intérêt du contractant dépendant dans les contrats cadres : T. Revet, « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD Com.* 1997, p. 37, n°12 et s. ; v. aussi *supra* n°75.

³⁷⁴ Ainsi, C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°18, propose que l'abus soit caractérisé lorsque le prix « *ne permettrait plus au contrat de satisfaire les attentes raisonnables du débiteur* ».

78. Une interprétation de l'abus dans la fixation du prix spécifique aux contrats de prestation de service – La difficulté majeure consiste à concilier le contrôle du prix excessif avec la lettre de l'article 1165. En effet, la notion d'abus dans la fixation du prix est interprétée, presque unanimement, comme exigeant plus qu'un prix excessif³⁷⁵. Le contrôle des prix excessifs pourrait alors être fondé sur la traditionnelle jurisprudence sur la révision des honoraires excessifs³⁷⁶, voire sur l'article 1223 nouveau du Code civil³⁷⁷. Cependant, cette solution doit être limitée, en droit positif, au prix fixé avant l'exécution du contrat³⁷⁸ : lorsque le prix est fixé unilatéralement après l'exécution du contrat, l'article 1165 nouveau du Code civil doit exclusivement s'appliquer. Est-il toutefois opportun de distinguer entre le prix fixé unilatéralement par le prestataire de service en amont de l'exécution d'une prestation qui ne le vaut pas, et le prix fixé unilatéralement par le prestataire de service en aval de l'exécution d'une prestation qui ne le vaut pas plus³⁷⁹ ? Il est permis d'en douter. Il est possible de fonder sur l'article 1165 du Code civil la sanction d'un prix excessif³⁸⁰. En effet, les critères de l'abus qui valent pour les contrats cadre ne sont pas adaptés³⁸¹, et la jurisprudence ancienne en matière d'entreprise, tant pour la fixation que la révision judiciaire du prix, allait plutôt dans le sens de la fixation d'un prix raisonnable³⁸². Le rapport au président de la République sur l'ordonnance du 10 février 2016 évoque, en ce sens, la consécration d'une « *jurisprudence de la Cour de cassation* ». Il faudrait donc considérer que l'abus n'est pas le même dans le contexte de l'article 1165 du Code civil et dans celui de l'article 1164 : dans la seconde hypothèse, il s'agit d'une rupture de la confiance construite sur le long terme entre deux partenaires commerciaux, tandis que dans la première, il s'agit de la rupture d'une confiance

³⁷⁵ R. Cabrillac, *op. cit.*, n°84 ; O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 314 ; D. Houtcieff, *op. cit.*, n°391-5 ; P. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n°3361.115, p. 1883 ; F. Terré et *al.*, *op. cit.*, n°387, p. 429 ; v. aussi T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *L'unilatéralisme et le droit des obligations* (dir. C. Jamin et D. Mazeaud), Economica 1999, p. 31 ; mais v. É. Mouial Bassilana et J.-B. Racine, art. préc., *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, n°76 : « *En matière de prestation de service, l'abus dans la fixation du prix par le créancier aura logiquement lieu lorsque le prix sera disproportionné par rapport à l'importance et à la qualité de la prestation* ».

³⁷⁶ V. *infra* n°86. La sanction de l'abus est particulièrement adaptée au cas où le professionnel surestime manifestement un paramètre en fonction duquel le prix est calculé, par ex., le nombre d'heures de travail.

³⁷⁷ P.-Y. Gautier, « La réduction proportionnelle du prix – Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, n°37, 947 ; P. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, n°3311.74, p. 1492 ; P. Puig, *op. cit.*, n°841, p. 842.

³⁷⁸ O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 319 ; C. Gijssbers, « La révision du prix », *RDC* 2017, n°3, p. 564, n°5 ; v. *contra* : G. Lardeux, art. préc., *D.* 2016, p. 1659.

³⁷⁹ Quelle différence entre le professeur qui réclame 30 000 € pour une consultation, et celui qui annonce préalablement qu'il exigera 200 € de l'heure, puis annonce en remettant la même consultation qu'il lui a fallu 150 heures de travail ? L'intervention du juge correspond dans les deux situations à une réduction du prix : C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°14 ; v. aussi G. Hilger, art. préc., *LPA* 2018, n°3, p. 5.

³⁸⁰ En ce sens : C. Grimaldi, art. préc., *RDC* 2017, p. 558, n°19.

³⁸¹ V. *supra* n°75.

³⁸² V. *infra* n°86.

accordée de manière ponctuelle à un prestataire de service, pour un service particulier. La fixation d'un prix excessif porte atteinte à cette confiance.

79. Une sanction inadaptée – Une difficulté demeure cependant s'agissant des sanctions de l'abus dans la détermination du prix. Concrètement, la lutte contre un prix excessif ne peut se manifester que par la révision du prix, ce que prévoyait le projet de réforme de février 2015 mais qu'a exclu l'ordonnance du 10 février 2016³⁸³. Les dommages et intérêts ne pourront permettre au juge de « *parvenir, par compensation, au juste prix* »³⁸⁴, ce que regrettent à raison certains auteurs³⁸⁵. Il ne faudrait certes pas exiger que tout contrat soit conclu à un juste prix, notamment lorsque le débiteur du prix a reçu une information adéquate avant la conclusion du contrat, et a pu se faire une idée approximative du prix qui lui serait réclamé. Il paraît toutefois impraticable de remédier à l'abus dans la fixation unilatérale du prix, lequel consiste à fixer sans motivation admissible un prix excessif, sans prendre le prix raisonnable comme point de référence. Certains affirmeront donc que la sanction retenue – les dommages et intérêts – exclut un contrôle du prix excessif sur le fondement de l'article 1165 et qu'il faut caractériser autrement l'abus. D'autres regretteront que la solution édictée pour les contrats de prestation de service ait été construite en parallèle avec celle édictée pour les contrats cadre³⁸⁶. Les dommages et intérêts sont, en effet, adaptés à la définition de l'abus dans ces derniers : l'abus met le partenaire commercial du maître du prix dans une situation financière difficile, qui peut constituer le préjudice. Dans le contexte des contrats de prestation de service, quel sera le préjudice si ce n'est d'avoir payé un prix excessif pour une prestation qui ne le méritait pas ? Si l'on refuse cette solution, la sanction de l'abus dans la fixation du prix sera illusoire, car la caractérisation d'un préjudice se révélera trop difficile. La résolution du contrat est peut-être plus adaptée lorsque la prestation de service a déjà été exécutée, puisqu'elle a le mérite de conduire indirectement à une évaluation de la valeur de la prestation au stade des restitutions³⁸⁷. Il est cependant préférable d'admettre directement qu'à défaut d'information précontractuelle et de motivation suffisante du prix, le professionnel est tenu de fixer un prix raisonnable³⁸⁸.

³⁸³ F. Ancel et *al.*, *op. cit.*, n°24.41, p. 133 et n°24.44, p. 138.

³⁸⁴ O. Deshayes et *al.*, *op. cit.*, p. 316 ; en ce sens également : G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n°421, p. 366.

³⁸⁵ N. Dissaux et C. Jamin, *op. cit.*, p. 61.

³⁸⁶ G. Lardeux, art. préc., *D.* 2016, p. 1659 : « *C'est à un abus d'analogie identique que l'on doit la rédaction de l'article 1165 définitif* ».

³⁸⁷ *V. supra* n°59.

³⁸⁸ Le recours de droit commun pour abus dans la fixation du prix n'offre pas la fiabilité et l'effectivité suffisante pour permettre une réelle protection du consommateur. L'interprétation retenue, défendue au mieux, ne relève,

Chapitre 2nd – Le contrôle de la lésion en droit prospectif

L'obligation de fixer un prix raisonnable

80. Détermination unilatérale du prix et justice contractuelle – La protection du consommateur contre la fixation unilatérale du prix par le professionnel s'inscrit dans une logique de justice procédurale et pas de validité du contrat. En effet, « *la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre, libre de fixer unilatéralement le prix, se déduit du principe de la justice contractuelle* »³⁸⁹. Plus précisément, la détermination unilatérale du prix remet en cause la logique sur laquelle est fondée la règle générale d'intangibilité du prix. Cette règle repose sur l'idée d'une détermination préalable du prix par les deux parties³⁹⁰. Dans le cadre de la détermination unilatérale du prix, il ne peut y avoir de « *juste prix* » intangible que si les modalités de fixation du prix ont été fixées préalablement de manière transparente (Section 1). En l'absence de ces garanties procédurales d'un « *juste prix* » (la prédétermination du prix ou des modalités de sa détermination), la règle de l'intangibilité du prix doit céder au profit d'un contrôle substantiel du caractère raisonnable du prix (Section 2).

Section 1 – L'exigence de fixation transparente du prix

81. L'exigence de fixation transparente du prix en droit positif – Les garanties procédurales d'une fixation transparente du prix ont été étudiées plus haut. En droit positif, la motivation du prix peut conditionner son exigibilité et ainsi empêcher le professionnel d'abuser discrétionnairement de sa prérogative de fixation du prix³⁹¹. En revanche, l'obligation d'information sur les prix est d'abord tournée vers la promotion d'une saine concurrence. Elle ne contribue pas assez à garantir une fixation transparente du prix, d'une part parce que ses sanctions sont illusoire³⁹², et d'autre part parce que l'exigence de fond est insuffisante. En effet, en matière d'obligation d'information précontractuelle, l'exigence de clarté, ou lisibilité, et de compréhensibilité de l'information n'a pas fait l'objet d'une interprétation extensive sur le terrain de la notion de transparence matérielle³⁹³, ce qui est regrettable dans le contexte de la détermination unilatérale du prix. Une information lisible et

en effet, pas de l'évidence en droit positif, et ne suscitera pas l'enthousiasme unanime de la doctrine et des magistrats. Seule une réforme législative peut offrir au consommateur une voie de droit claire et satisfaisante.

³⁸⁹ J. Ghestin et al., *La formation du contrat*, t. 2, op. cit., circa n°115.

³⁹⁰ V. supra n°16.

³⁹¹ V. supra n°67 et s.

³⁹² V. supra n°62 et s. pour la responsabilité ; n°37 et s. pour l'absence de nullité.

³⁹³ N. Sauphanor-Brouillaud et al., op. cit., n°432-434, pp. 435-436.

intelligible n'est pas nécessairement lue et comprise par le consommateur, notamment si le professionnel n'attire pas son attention sur ces éléments d'information pourtant essentiels. Ainsi, un prix excessif pourrait être motivé par référence à une information précontractuelle sur les prix, formellement lisible et grammaticalement intelligible, que le consommateur n'aurait pas pour autant comprise.

82. Un nécessaire renforcement de l'obligation d'information sur les prix – Ces remarques conduisent à envisager une réforme substantielle de l'obligation d'information sur les prix, lorsque le prix n'est pas déterminé à l'avance, mais seulement déterminable. L'actuel article L.112-3 du Code de la consommation précise, dans son alinéa premier, que « *lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le professionnel fournit le mode de calcul du prix et s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels* ». Si ces frais supplémentaires ne peuvent être calculés à l'avance, il suffit de mentionner qu'ils peuvent être exigibles (alinéa second). Il est proposé de s'inspirer de la jurisprudence européenne sur la notion de transparence matérielle et d'introduire un nouvel alinéa à ce texte, qui préciserait que le professionnel doit mettre le consommateur en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques du contrat³⁹⁴. Cette information pourrait notamment passer par des exemples chiffrés de prix définitif total, établis pour différentes hypothèses faisant varier les différents paramètres dont dépend la détermination du prix³⁹⁵. Le consommateur ne disposerait ainsi pas d'une simple formule de calcul pour vérifier *a posteriori* le prix, mais aussi d'une fourchette de prix pour décider s'il lui est utile ou non de contracter. Cette information transparente mettrait le consommateur en mesure d'exercer sa liberté contractuelle³⁹⁶ et permettrait de rendre intangible le prix fixé par le professionnel (à condition évidemment que le prix définitivement fixé le soit conformément aux modalités définies au stade précontractuel).

³⁹⁴ Comme l'art. L.112-1 C. consom. précise que les modalités de l'information peuvent être fixées par arrêtés, une telle exigence pourrait être introduite par la voie réglementaire.

³⁹⁵ Un devis correctement établi peut répondre à cette exigence, puisqu'il donne au consommateur une estimation du prix définitif. Si certaines circonstances sont de nature à faire varier substantiellement le prix par rapport à l'estimation réalisée dans le devis, le professionnel doit en informer le consommateur à l'avance. Il faut aussi recommander qu'il informe son client dès la survenance de ces circonstances.

³⁹⁶ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°336, p. 362 : « *La liberté contractuelle ne suffit pas à assurer la justice, si les parties ne sont pas mises en mesure d'exercer cette liberté* ». Le manquement à cette obligation d'information transparente doit être sanctionné par d'autres moyens permettant d'assurer la justice (v. *infra* n°84 et s.).

83. Des exigences substantielles appelant une sanction nouvelle – Les sanctions du droit positif sont insuffisantes. En effet, si le consommateur n'a pas reçu une information transparente sur les prix en amont du contrat, il pourra invoquer la responsabilité civile du professionnel pour manquement à cette obligation d'information, ou éventuellement pour abus dans la fixation du prix. Mais, tant la preuve, que la détermination, de son préjudice sont délicates³⁹⁷. L'interprétation *in favorem* de la clause de détermination du prix est tout aussi insuffisante : en effet, le défaut d'information transparente n'est pas antinomique avec la clarté et l'intelligibilité de la clause de prix. Pour la même raison, le droit de refuser le prix insuffisamment motivé ne sera pas utile ici, car la motivation du prix renverra à la clause (claire et intelligible) prévoyant les modalités de fixation du prix³⁹⁸. Lorsque la fixation unilatérale du prix ne repose pas sur une information transparente sur les modalités de fixation du prix, la sanction adéquate du défaut d'information est la possibilité de contester le prix excessif³⁹⁹. Autrement dit, à défaut d'avoir reçu une information précontractuelle transparente, le consommateur doit pouvoir obtenir la fixation d'un prix raisonnable.

Section 2 – L'exigence de fixation d'un prix raisonnable

84. La règle proposée – Il est proposé de réformer l'obligation d'information sur les prix⁴⁰⁰ pour introduire une sanction claire et protectrice du consommateur. En cas de manquement à cette obligation d'information transparente sur les modalités de fixation unilatérale du prix par le professionnel, ce dernier s'oblige à fixer un prix raisonnable. Il s'agit d'autoriser le contrôle de la lésion dans ce contexte précis du défaut d'information transparente sur la fixation unilatérale du prix, étant entendu que le professionnel est tenu d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation d'information. Cette restriction précise du contrôle permettra de protéger le consommateur sans ramener sa vie à « *une longue et honteuse minorité* »⁴⁰¹. L'objectif premier de la loi restera de fournir une information transparente au consommateur pour qu'il soit amené à user de sa raison et décider en responsabilité de contracter ou non. Parce que la règle est ainsi restreinte, elle est également compatible avec la logique du droit commun, du moins s'agissant des contrats de prestation

³⁹⁷ V. *supra* n°65 et 79. Le préjudice pourrait résulter de l'impréparation au coût définitif de la prestation.

³⁹⁸ V. *supra* n°69-70.

³⁹⁹ Il est aussi envisageable de recourir à la réglementation des clauses abusives, en affirmant que la clause prévoyant les modalités de fixation unilatérale du prix est abusive en raison de son caractère opaque (et non obscur – N. Sauphanor-Brouillaud et al., *op. cit.*, n°833, p. 767) : v. *supra* n°21 et s. sur les clauses abusives.

⁴⁰⁰ Dont la substance aura été renforcée : v. *supra* n°81 et s.

⁴⁰¹ J.-É.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, p. 54.

de service⁴⁰². Il serait donc envisageable de réécrire l'article 1165 du Code civil pour y ajouter un alinéa intermédiaire qui prévoirait qu'à défaut d'information précontractuelle sur des modalités particulières de détermination unilatérale du prix, le créancier doit fixer un prix raisonnable. À défaut d'information précontractuelle, le débiteur n'a pas pu consentir à s'engager au-delà de la limite du raisonnable.

85. Une règle inspirée par le droit comparé – La référence au prix raisonnable est répandue dans les systèmes de droit étrangers⁴⁰³. La condition de détermination du prix dans la vente peut même être qualifiée de « *particularisme du droit français* »⁴⁰⁴. Ainsi, en droit anglais, la règle générale est qu'en cas d'indétermination du prix, le prix est fixé conformément au standard du prix raisonnable⁴⁰⁵. Cette règle s'inscrit dans une logique générale de détermination et d'interprétation objectives du contenu du contrat⁴⁰⁶, qui n'est pas celle du droit français⁴⁰⁷. Cependant, cette logique objective est pertinente dans le cadre des contrats d'adhésion qui ne résultent pas de la commune intention des parties, mais de l'adhésion d'une volonté au contrat établi par une autre volonté. Le droit allemand admet aussi, de manière générale, la détermination unilatérale d'une prestation, mais exige alors que cette détermination soit équitable⁴⁰⁸, le juge étant habilité à annuler la détermination unilatérale pour y substituer sa propre appréciation du prix. Par ailleurs, de nombreux projets et instruments juridiques internationaux retiennent cette règle de fixation d'un prix raisonnable en cas d'indétermination⁴⁰⁹. Enfin, certaines règles de droit français adoptent un standard objectif pour la détermination du contenu du contrat. Il en est notamment ainsi en droit commun pour la détermination de la qualité d'une prestation⁴¹⁰, et en droit de la

⁴⁰² Les contrats cadre obéissent à une logique qui leur est propre en raison de la durée de la relation contractuelle et de la relation spéciale de confiance et de collaboration entre les cocontractants.

⁴⁰³ C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°29 ; F. Ancel et al., *op. cit.*, n°24.41, p. 134.

⁴⁰⁴ P. Malaurie et al., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°203, p. 156 ; v. aussi O. Barret et P. Brun, art. préc., *Répertoire de droit civil*, n°409.

⁴⁰⁵ V. SGA 1979 s8 pour la vente, SGSA 1982 s15 pour les contrats de prestation de service, et CRA 2015 s51 pour les contrats de prestation de service conclus entre professionnels et consommateurs.

⁴⁰⁶ J. Beatson, A. Burrows et J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 30^e éd., OUP, 2016, p. 66 : « *where the intention to buy and sell is clear, incidents of the transaction may be determined by the standard of reasonableness* » ; p. 34 : « *the test of a person's intention is not a subjective, but an objective one* ».

⁴⁰⁷ V. l'art. 1188 C. civ. qui fait prévaloir une approche subjective de l'interprétation du contrat.

⁴⁰⁸ V. §§315-316 BGB ; M. Pédamon, « La détermination du prix : les apports du droit comparé – les solutions allemandes en matière de détermination du prix », *RTD Com.* 1997, p. 67, qui note que le critère de l'appréciation équitable est une simple présomption, ce qui va dans le sens de l'admission d'une information précontractuelle sur d'autres modalités de détermination unilatérale du prix ; F. Kutscher-Puis, « Détermination du prix de vente : l'expérience allemande », *RIDC* 1997, n°49-1, p. 175.

⁴⁰⁹ V. not. l'art. 6:104 PDEC, et l'art. 55 CVIM.

⁴¹⁰ Art. 1166 C. civ.

consommation pour la qualification de conformité d'un bien au contrat⁴¹¹. Il n'y a donc qu'un pas à franchir pour imposer, en droit français, que la détermination unilatérale du prix soit réalisée, à défaut d'information précontractuelle, par référence à un standard objectif.

86. Une règle inspirée par la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016 – Le pas est d'autant plus petit à réaliser que la fixation judiciaire d'un prix raisonnable était traditionnellement admise avant l'adoption de l'article 1165 nouveau du Code civil. Il faut rappeler ici brièvement la substance de deux règles jurisprudentielles distinctives. D'abord, dans les contrats donnant lieu au versement d'honoraires, c'est-à-dire dans le champ de certaines activités libérales, le juge peut réduire le prix convenu avant l'exécution du contrat⁴¹², mais pas le prix convenu après service fait⁴¹³. Cette jurisprudence n'a en principe rien à voir avec le contentieux de la détermination du prix, ce qui justifie son maintien après 2016⁴¹⁴, et ne s'applique que dans son domaine restreint⁴¹⁵. Ensuite, en matière d'entreprise, et, sans doute, de manière plus générale dans tous les contrats où l'indétermination du prix était autorisée, le client pouvait demander au juge la fixation d'un prix raisonnable si le prix demandé par le professionnel lui paraissait disproportionné⁴¹⁶. La survie de cette solution après la réforme de 2016 n'a rien d'évident⁴¹⁷. S'il était dans l'intention du législateur qu'elle survive, il ne serait pas inopportun d'apporter, au moins dans le champ des contrats de consommation, une consolidation législative de la solution. En pratique, la fixation judiciaire se distinguait difficilement de la révision des honoraires excessifs, car l'intervention du juge consistait généralement en une réduction du prix demandé par l'entrepreneur⁴¹⁸. Introduire une exigence de fixation par le créancier d'un prix raisonnable dans les contrats de prestation de service ne porterait donc pas atteinte aux orientations théoriques du droit français des contrats – la règle était déjà admise de longue date !

⁴¹¹ Art. L.217-5 C. consom.

⁴¹² Cass. Civ., 29 janvier 1867, Bull. Civ., n°18 ; *GAJC*, t. 2, n°281 ; Cass. 3^e Civ., 20 février 1973, n°71-13.689, Bull. Civ. III, n°145 ; Cass. 1^{ère} Civ., 21 février 2006, n°02-14.326, Bull. Civ. I, n°100 ; *Defrénois* 2006, n°15, p. 1223, note R. Libchaber.

⁴¹³ Cass. 1^{ère} Civ., 3 juin 1986, n°85-10.486, Bull. Civ. I, n°150 ; Cass. 2^e Civ., 6 mars 2014, n°13-14.922, Bull. Civ. II, n°62 ; *Gaz. Pal.* 2014, n°183, p. 17, note D. Houtcieff ; Cass. 2^e Civ., 5 février 2015, n°14-11.947, inédit.

⁴¹⁴ C. Gijssbers, art. préc., *RDC* 2017, n°3, p. 564, n°5 ; D. Mazeaud, « Le prix dans les contrats après la réforme. Propos Conclusifs », *RDC* 2017, p. 558 ; P. Puig, *op. cit.*, n°874, p. 721 ; v. *contra* J.-S. Borghetti, art. préc., *RDC* 2018, p. 25, n°65.

⁴¹⁵ C'est une des règles les plus dérogatoires à la force obligatoire du contrat : v. F. Labarthe, « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 275.

⁴¹⁶ J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°311, p. 359 ; Cass. 3^e Civ., 24 janvier 1978, n°76-12.056, Bull. Civ. III, n°49 ; Cass. 1^{ère} Civ., 24 novembre 1993, n°91-18.650, préc. ; Cass. 1^{ère} Civ., 28 novembre 2000, n°98-17.560, Bull. Civ. I, n°305 ; *CCC* 2001, n°3, comm. 38, L. Leveneur.

⁴¹⁷ V. *supra* n°78.

⁴¹⁸ C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°14.

87. Une règle conforme à la théorie générale des contrats – Autoriser un contrôle de la fixation d'un prix raisonnable par le professionnel correspond à introduire un contrôle de la lésion, en contradiction avec l'article 1168 du Code civil. La règle générale d'exclusion d'un contrôle de la lésion est cependant fondée sur l'idée que le contrat est librement conclu par les parties⁴¹⁹. Le contrôle de la lésion peut donc apparaître légitime dans le contexte de la détermination unilatérale du prix, ce dernier n'étant alors pas le produit de la volonté commune des parties⁴²⁰. Toutefois, une information préalable transparente sur les modalités de fixation unilatérale du prix suffit à garantir la liberté contractuelle du consommateur et doit donc exclure ce contrôle de la lésion, le prix devant alors être fixé selon les modalités convenues⁴²¹. Ce n'est qu'en l'absence d'une information préalable qu'il est nécessaire d'exiger la fixation d'un prix raisonnable⁴²². Dans ce contexte, l'existence d'un prix lésionnaire est, en effet, révélatrice d'un vice procédural dans la fixation du prix. Certains auteurs s'opposeraient sans doute à une telle solution au motif qu'elle porte atteinte à la sécurité et la prévisibilité contractuelles. Cependant, il est permis de penser que « *pour la partie faible qui a conclu un contrat déséquilibré, la sécurité juridique consiste [...] à ce que le contrat soit le cas échéant annulé voire modifié par le juge* »⁴²³. Un professionnel qui aurait manqué à son obligation d'information sur les prix serait enfin mal fondé à invoquer le défaut de prévisibilité du prix à l'encontre du consommateur mal informé.

88. Une règle justifiée en opportunité – Le rééquilibrage du contrat est parfaitement justifié en opportunité. La solution proposée permet, en effet, de maintenir la flexibilité traditionnelle des contrats de prestation de service en matière de détermination du prix et un certain unilatéralisme utile à l'efficacité économique. Elle garantit la justice contractuelle en exigeant du professionnel une information précontractuelle transparente sur les modalités de fixation unilatérale du prix, ce qui permet au consommateur de s'engager en ayant

⁴¹⁹ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°409, p. 444.

⁴²⁰ En ce sens, dans un autre contexte : Cass. Com., 25 janvier 2017, n°15-23.547, Bull. Civ. IV, n°13 : « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

⁴²¹ La solution s'inscrit dans un courant doctrinal qui fait du contrôle de la lésion la sanction d'un vice du consentement : v. G. Cornu (dir.), *op. cit.*, p. 1062, définition de « vice du consentement ».

⁴²² Sur les dangers d'une admission généralisée d'un contrôle de la lésion dans les contrats de consommation : N. Douche-Doyette, *op. cit.*, n°195 et s. ; sur la légitimité de l'immixtion du juge dans l'équilibre contractuel à titre de sanction : C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°26 ; E. Raschel, *op. cit.*, n°502 : « la régularisation s'appuierait sur le rétablissement d'une règle transgressée : le juge ne fait que restaurer l'équilibre tel qu'il aurait dû être » ; v. plus particulièrement sur les contrats de prestation de service : F. Labarthe, art. préc., *Études Normand*, n°30.

⁴²³ M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°108, p. 134.

connaissance des conséquences économiques du contrat. En cas de manquement à l'obligation d'information précontractuelle, la fixation d'un prix raisonnable permet de maintenir le contrat à des conditions acceptables par toutes les parties⁴²⁴. Enfin, et surtout, la règle proposée présente certaines garanties d'effectivité. Elle est imprégnée d'une forte efficacité symbolique. En droit commun, la règle est que le prix déterminé unilatéralement peut être excessif, voire très excessif⁴²⁵, sans qu'il y ait abus dans la fixation du prix. Une telle règle n'incite pas le maître du prix à tempérer son égoïsme naturel pour prendre en compte les intérêts de son cocontractant. L'exigence de fixation d'un prix raisonnable est en revanche symboliquement significative : lorsque le défaut d'information a empêché le consommateur de se faire une opinion sur l'utilité de la prestation par rapport à son prix, l'équilibre économique du contrat doit être garanti. Outre son efficacité symbolique, l'exigence d'un prix raisonnable est concrètement mobilisable par le consommateur.

89. Une règle assurant une protection efficace du consommateur – L'ancienne jurisprudence sur la fixation judiciaire du prix a pu être critiquée en ce qu'elle n'offrait qu'un recours « *illusoire* »⁴²⁶ au consommateur. La protection du consommateur reposait sur l'exercice d'une action individuelle en justice. Le coût, tant économique que psychologique, d'une telle action est souvent hors de proportion avec l'intérêt en jeu⁴²⁷. Les modifications substantielles proposées doivent permettre de limiter les hypothèses de contentieux. D'une part, le renforcement de l'obligation d'information sur les prix permettra au consommateur de s'engager en connaissance de cause. D'autre part, l'exigence d'un prix raisonnable en cas de manquement à l'obligation d'information incitera le professionnel à la modération dans la fixation unilatérale du prix. Ces modifications substantielles doivent cependant être associées au droit de refuser le prix insuffisamment motivé sur le fondement de l'article 1165 du Code civil, lequel doit donc faire l'objet d'une consolidation législative. Sur ce fondement, le consommateur pourra, en effet, refuser de payer un prix qui n'aurait pas été fixé en application des modalités ayant fait l'objet d'une information précontractuelle. En l'absence d'information précontractuelle, le consommateur pourrait refuser de payer un prix lui paraissant excessif. Ce serait alors au professionnel, soit de proposer un prix plus raisonnable au consommateur, soit de saisir le juge d'une action en injonction de payer : il lui suffira de

⁴²⁴ C'est une tendance lourde en droit de la consommation : C. Aubert de Vincelles, art. préc., *D.* 2006, p. 2629, n°28.

⁴²⁵ V. *supra* n°75 et s.

⁴²⁶ J. Calais-Auloy et al., *op. cit.*, n°311, p. 359.

⁴²⁷ *Ibid.*, n°56, p. 67.

présenter au juge les éléments permettant de motiver le prix demandé. Le juge pourra directement réviser ce prix si cela lui paraît nécessaire. Le consommateur n'a donc pas besoin pour se protéger d'adopter une démarche active, mais seulement une démarche passive de refus de paiement d'un prix injustifié⁴²⁸. À défaut de consécration d'un tel droit de refuser le prix insuffisamment motivé, il faudrait mettre en place des recours plus efficaces pour le consommateur, ce qui suppose une réforme générale des rapports de consommation⁴²⁹.

⁴²⁸ Le droit de refuser le prix insuffisamment motivé serait susceptible d'abus. Le professionnel pourrait ainsi se faire indemniser un éventuel préjudice en apportant la preuve d'une information précontractuelle sur les modalités de fixation unilatérale du prix et d'une motivation conforme du prix réclamé *a posteriori* (*i.e.* en pratique la communication d'un devis avant la conclusion du contrat et d'une facture après l'exécution de la prestation, ces documents devant satisfaire les exigences substantielles posées par la loi).

⁴²⁹ Il serait envisageable de créer un recours devant la DGCCRF ou une AAI *ad hoc* pour les litiges de consommation, sans frais et avec une procédure entièrement dématérialisée. Le site dédié recenserait toutes les causes d'action possibles, tel un édit du préteur moderne, et exigerait le téléchargement de certaines pièces justificatives. L'Administration inviterait ensuite le professionnel à faire valoir sa défense. L'Administration prendrait une décision motivée, et pourrait à cette occasion prononcer les amendes administratives éventuellement encourues par le professionnel. La décision administrative devra pouvoir faire l'objet d'un recours devant le juge, tant par le consommateur que par le professionnel. Il faudrait consacrer certains moyens financiers pour qu'un tel recours simplifié puisse être efficace. De telles considérations s'éloignent cependant de notre sujet, si ce n'est que l'Administration aurait sans doute des moyens plus étendus que le juge pour tenir un recueil des prix raisonnables pour différentes prestations, à partir de l'observation du marché.

Conclusion

90. Synthèse en droit positif – La littérature juridique rejette sévèrement les conclusions qui se contentent de rappeler l’argumentation développée. Pour autant, une brève synthèse des différentes étapes du raisonnement permet de mettre en évidence la cohérence de l’ensemble⁴³⁰. Dans les contrats cadre de consommation, la clause de détermination unilatérale du prix peut être déclarée abusive toutes les fois qu’elle n’est pas assortie d’une faculté effective de résiliation du contrat, ou d’un encadrement objectif et transparent des modalités de fixation du prix. Dans ce cas, le juge devra appliquer la règle supplétive de droit commun et prononcer la nullité du contrat pour indétermination du prix. Dans les contrats de prestation de service, le consommateur ne peut pas obtenir la nullité du contrat pour indétermination du prix ou pour manquement à l’obligation d’information sur les prix. La faculté de détermination unilatérale du prix par le professionnel est en revanche encadrée. D’une part, le consommateur peut agir en responsabilité pour manquement à l’obligation d’information sur les prix, même si ce recours est relativement illusoire. D’autre part, le consommateur peut, sur le fondement de l’article 1165 du Code civil, refuser de payer le prix insuffisamment motivé et obtenir des dommages et intérêts pour abus dans la fixation du prix, lorsque le prix fixé est excessif (à moins d’avoir été informé préalablement des modalités de fixation unilatérale du prix par le professionnel).

91. Proposition de consolidation législative en droit commun – En droit commun, la protection du consommateur résulte essentiellement de la faculté de refuser le prix insuffisamment motivé. Afin de consolider cette solution, il est proposé d’ajouter un nouvel alinéa à l’article 1165 du Code civil, ainsi rédigé : « *La motivation du prix peut notamment renvoyer aux échanges précontractuels entre les parties, et, à défaut, à tout élément objectif justifiant le caractère raisonnable du prix retenu. Le débiteur peut refuser de payer le prix tant que le créancier n’a pas fourni une telle motivation* »⁴³¹. Une telle proposition consolide non seulement la sanction attachée à l’exigence de motivation du prix, mais aussi

⁴³⁰ H. Capitant, *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, Dalloz, 1926, p. 46 : « *Il est indispensable pour la clarté et l’utilité de la thèse de ramasser en quelques pages les idées essentielles qui se dégagent du travail accompli, et de formuler les conclusions en termes nets et précis* » : ce qui vaut pour la thèse vaut sûrement aussi pour un mémoire, en ramenant quelques pages à quelques paragraphes.

⁴³¹ Ce nouvel alinéa s’insérerait entre les actuels alinéas 1^{er} et 2nd. De la même manière, il est suggéré d’ajouter un nouvel alinéa à l’art. 1164 C. civ. : « *La motivation du prix peut notamment renvoyer au prix initial, aux échanges précontractuels entre les parties, et, à défaut, à tout élément objectif caractérisant une évolution du coût d’exécution du contrat ou des conditions du marché. Le débiteur peut refuser de payer le prix tant que le créancier n’a pas fourni une telle motivation* ».

l'interprétation retenue de l'abus dans la fixation du prix dans le contexte des contrats de prestation de service : en l'absence d'information précontractuelle particulière sur les prix, l'abus peut résulter de la fixation d'un prix excessif.

92. Proposition de réforme législative en droit de la consommation – La protection du consommateur n'est cependant pas parfaitement assurée si l'information précontractuelle sur les prix n'est pas qualitative. Par conséquent, il est proposé d'introduire dans le droit de la consommation une exigence de transparence matérielle de l'information précontractuelle sur les prix, et une sanction civile efficace de cette exigence. Il est ainsi proposé de compléter l'article L.112-3 du Code de la consommation par un troisième alinéa qui disposerait que *« cette information doit mettre le consommateur en mesure d'évaluer, à partir de critères précis et intelligibles, le prix approximatif du contrat »*. Au titre des sanctions, il est proposé d'introduire un nouvel article L.131-7 dans le Code de la consommation, lequel pourrait être ainsi rédigé: *« Lorsque le professionnel ne rapporte pas la preuve de l'exécution de son obligation d'information précontractuelle sur les prix, il ne peut exiger du consommateur que le paiement d'un prix raisonnable. / Il ne peut en aucun cas réclamer le paiement de frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et d'autres frais éventuels s'il n'a pas informé le consommateur de l'exigibilité et du montant indicatif de ces frais⁴³². / Si le consommateur justifie que le défaut d'information sur le prix a provoqué une erreur d'estimation du prix du contrat telle qu'elle remet manifestement en cause l'utilité économique de la prestation pour lui, il peut, tant que le contrat n'a pas été exécuté, se retirer sans frais du contrat »*. Cet article permet d'introduire une nouvelle règle supplétive dans le droit des contrats de consommation (la fixation d'un prix raisonnable), qui pourra être appliquée dans le contexte des contrats cadre pour maintenir le contrat lorsque la clause de détermination unilatérale du prix aura été qualifiée d'abusives⁴³³. Une telle disposition permet de maintenir le contrat dans la majorité des cas, à des conditions acceptables par les deux parties. Elle est donc conforme tant à la sécurité contractuelle qu'aux objectifs d'efficacité économique et d'effectivité de la protection du consommateur. La protection de la liberté contractuelle du consommateur permet d'affirmer encore plus fermement l'autonomie de sa volonté, laquelle est au fondement de la justice contractuelle.

⁴³² Conformément à l'art. 6, §6, de la dir. 2011/83 du 25 octobre 2011.

⁴³³ Le droit de refuser le prix insuffisamment motivé, combiné à cette nouvelle disposition, pourrait aussi conduire à juger que la clause de détermination unilatérale du prix, telle qu'encadrée par la loi, n'est pas abusive.

Bibliographie

Les documents ont été classés dans l'ordre suivant :

I – Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

II – Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

III – Encyclopédies

IV – Articles et contributions

V – Notes et commentaires de jurisprudence

I. Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18^e éd., LGDJ, Précis Domat, 2019

J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2018

Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 16^e éd., Sirey Université, 2018

R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 13^e éd., Cours Dalloz, 2018

J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Dépincé, *Droit de la consommation*, 10^e éd., Précis Dalloz, 2020

H. Capitant, Y. Lequette et F. Terré, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1 : Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Dalloz, Grands arrêts, 2015

H. Capitant, F. Chénéde, Y. Lequette et F. Terré, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2 : Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., Dalloz, Grands arrêts, 2015

J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4 : Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000

F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2019

G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, Quadriège, 2020

M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, 2016 (5^e éd., PUF, 2019)

B. Fages, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, Manuel, 2019

J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, t. 1 : L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey Université, 2014

*J. Ghestin, G. Loiseau, et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, t. 1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013

J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, t. 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, 2013

D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, Manuels, 2018

J. Julien, *Droit de la consommation*, 2^e éd., LGDJ, Domat Droit Privé, 2017 (3^e éd., LGDJ, 2019)

P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11^e éd., Dalloz Action, 2017

D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Cours Dalloz, 2018

P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LGDJ, Droit Civil, 2018

P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 10^e éd., LGDJ, Droit civil, 2018

P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 15^e éd., LexisNexis, Manuels, 2019

H., J., L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 2 : Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998

J.-D. Pellier, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Cours Dalloz, 2019

Y. Picod, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Sirey-Université, 2018

S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Economica, 2014

S. Porchy-Simon, *Droit civil 2^e année – Les obligations*, 12^e éd., Hypercours Dalloz, 2019

R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure l'aîné, 1764

P. Puig, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Hypercours Dalloz, 2019

G. Raymond, *Droit de la consommation*, 4^e éd., LexisNexis, 2017 (5^e éd., LexisNexis, 2019)

T. Revet et F. Zenati-Castaing, *Cours de droit civil – Contrats*, PUF, Droit fondamental, 2014

N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux et L. Usunier, *Les contrats de consommation – Règles communes*, 2^e éd., LGDJ, 2018

A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 3^e éd., PUF, Droit fondamental, 2018

F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., Précis Dalloz, 2018

II. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017

N. Balat, *Essai sur le droit commun*, th. Paris II, 2014 (disponible en ligne⁴³⁴)

J. Beatson, A. Burrows et J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 30^e éd., OUP, 2016

J. Calais-Auloy (dir.), *Propositions pour un code de la consommation*, La Documentation Française, 1990

H. Capitant, *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, Dalloz, 1926

P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, 2006

G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018

F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., Dalloz Référence, 2018

*A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011

N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, th. Paris II, 2011 (disponible en ligne)

O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018

N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016

N. Douche-Doyette, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, th. Université de Lorraine, 2012 (disponible en ligne)

T. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, 2^e éd., Gualino, 2018

⁴³⁴ Cette mention indique que la thèse est accessible depuis le site www.theses.fr.

*S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006

*C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009

F. Maume, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. Évry-Val d'Essonne, 2015 (disponible en ligne)

*S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000

M. Leroux-Campello, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. Paris II, 2018 (disponible en ligne)

*C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002

C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, th. Paris II, 2013 (disponible en ligne)

*É. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006

J.-É.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844

E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, 2014 (disponible en ligne)

N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002

C. Van Dam, *European Tort Law*, 2^e éd., OUP, 2013

III. Encyclopédies

C. Aubert de Vincelles, « Protection des intérêts économiques des consommateurs – Droit des contrats », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2010, 31 décembre 2018

O. Barret et P. Brun, « Vente : formation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, octobre 2019

B. Boubli, « Contrat d'entreprise », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2016

G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2019

V. Christianos et F. Picod, « Consommateur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2003

O. Deshayes, « Exception d'inexécution », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2018

A. Dorsner-Dolivet, « Structure du contrat – Personnes concernées, groupes de contrats, prestations, modalités, causes », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, fasc. 55, 15 mars 2017

P. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2017

N. Mathey, « Les clauses abusives », *Le Lamy droit économique* (dir. M. Chagny)

É. Mouial Bassilana et J.-B. Racine, « Contrat – Contenu du contrat : objet du contrat », *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, 31 août 2019

G. Raymond, « Contrats de consommation », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 800, 21 avril 2016

N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, « Pratique des sanctions de l'obligation d'information sur les caractéristiques des biens et des services et sur le prix », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 848 et 849, 31 décembre 2016

N. Sauphanor-Brouillaud, « Information des consommateurs – Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 845, 1^{er} février 2017

IV. Articles et contributions

C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, p. 2629

L. Aynès, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993, p. 25

S. Bernheim-Desvaux, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *RLDA* 2012, n°69

S. Bernheim-Desvaux et N. Sauphanor-Brouillaud, « Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation », *RDC* 2018, p. 122

C. Blanchard, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », *RLDA* 2015, n°105

J.-S. Borghetti, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, p. 25

A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, p. 1

J. Calais-Auloy, « L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et les consommateurs », *D.* 1987, p. 137

J. Calais-Auloy, « Les sanctions en droit de la consommation », *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 75

J.-P. Chazal, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patr.* 2014, n°240

F. Colonna d'Istria, « Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique », *RTD Civ.* 2019, p. 727

M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301

M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016 n°25, 706

M.-A. Frison-Roche, « L'indétermination du prix », *RTD Civ.* 1992, p. 269

P. de Fontbressin, « De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats », *RTD Civ.* 1986, p. 655

P.-Y. Gautier, « La réduction proportionnelle du prix – Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016 n°37, 947

J. Ghestin et 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 G* 1995 n°25, doctr. 3854

C. Gijssbers, « La révision du prix », *RDC* 2017 n°3, p. 564

C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *Revue de droit d'Assas* 2013 n°7, p. 29

C. Grimaldi, « La fixation du prix », *RDC* 2017, p. 558

L. Grynbaum, « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », *RDC* 2007 n°3, p. 973

G. Hilger, « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 2018 n°3, p. 5

D. Houtcieff, « Le contenu du contrat », *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. Terré), Dalloz, 2008, p. 183

- J. Huet, « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 311
- C. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996 n°38, doct. 3959
- C. Jamin, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat-cadre sans exiger la preuve d'un abus », *Droit et économie des contrats* (dir. C. Jamin), LGDJ, 2007, p. 93
- F. Kutscher-Puis, « Détermination du prix de vente : l'expérience allemande », *RIDC* 1997 n°49-1, p. 175
- F. Labarthe, « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 275
- Ch. Lachière, « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », *LPA* 2002 n°131, p. 4
- X. Lagarde, « Qu'est-ce-qu'une clause abusive ? », *JCP G* 2006 n°6, doct. 110
- M. Lamoureux, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.* 2006, p. 2848
- G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659
- A. Lebois, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », *CCC* 2002 n°10, chron. 19
- L. Leveneur, « La détermination du prix dans les contrats : une double approche », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057
- V. Magnier, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004 n°5, doct. 106
- D. Mazeaud, « Le prix dans les contrats après la réforme. Propos Conclusifs », *RDC* 2017, p. 558
- N. Molfessis, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000 n°90, p. 41
- J. Moury, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013
- J. Moury, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *D.* 2017, p. 1209
- M. Pédamon, « La détermination du prix : les apports du droit comparé – les solutions allemandes en matière de détermination du prix », *RTD Com.* 1997, p. 67

J.-D. Pellier, « Retour sur le contrôle des prix sur fond de coronavirus : entre Charybde et Scylla », *D.* 2020, p. 546

T. Revet, « La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD Com.* 1997, p. 37

T. Revet, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *L'unilatéralisme et le droit des obligations* (dir. C. Jamin et D. Mazeaud), *Economica* 1999, p. 31

N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* 2008 n°6, étude 7

N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC* 2014, p. 471

L. Vogel, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, p. 155

V. Notes et commentaires de jurisprudence

C. Aubert de Vincelles :

- CJUE, 17 décembre 2009, C-277/08, « Démarchage à domicile et office du juge », *RDC* 2010 n°2, p. 652
- CJUE, 15 mars 2012, C-453/10, « Droit européen des obligations – Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de Justice », *RTD Eur.* 2012, p. 666
- CJUE, 21 mars 2013, C-92/11 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11, « Droit européen des obligations – Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », *RTD Eur.* 2013, p. 559
- CJUE, 30 avril 2014, C-26/14, « Droit européen des obligations – Protection des emprunteurs immobiliers », *RTD Eur.* 2014, p. 715
- CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15 ; CJUE, 9 novembre 2016, C-42/15, « Droit européen des contrats », *CCC* 2017 n°5, chron. 3

L. Aynès :

- Cass. 1^{ère} Civ., 29 novembre 1994 (2 arrêts), n°91-21.009 et n°92-16.267, « La détermination du prix futur des marchandises ou des services dans les contrats de distribution exclusive », *D.* 1995, p. 122

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle », *D.* 1996, p. 13

H. Barbier :

- Cass. Com., 4 novembre 2014, n°11-14.026, « La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », *RTD Civ.* 2015, p. 123
- Cass. 1^{ère} Civ., 29 mars 2017 (2 arrêts), n°16-13.050 et n°15-27.231, « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », *RTD Civ.* 2017, p. 383
- Cass. 1^{ère} Civ., 27 juin 2018, n°17-23.264, « De quelques effets, inattendus et absolutistes, de l'ordre public », *RTD Civ.* 2018, p. 647

É. Bazin :

- Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, n°01-11.823, « De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation », *LPA* 2005 n°178, p. 16
- Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} mars 2005, n°04-10.063, « Il appartient au vendeur professionnel de matériaux acquis par un acheteur profane de respecter son obligation précontractuelle d'information », *JCP G* 2005 n°48, II, 10164

S. Bernheim-Desvaux :

- Cass. 1^{ère} Civ., 29 mars 2017 (2 arrêts), n°16-13.050 et n°15-27.231, « Prêts libellés en francs suisses et remboursables en euros : quand la Cour de cassation vient au secours des emprunteurs », *CCC* 2017 n°6, comm. 136
- Cass. 1^{ère} Civ., 29 mars 2017, n°15-13.248, « Licéité de la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés », *CCC* 2017 n°6, comm. 138
- CJUE, 20 septembre 2017, C-186/16, « Rebondissent pour les prêts libellés en francs suisses », *CCC* 2017 n°12, comm. 258
- Cass. 1^{ère} Civ., 3 mai 2018, n°16-13.593, « Regain de sévérité à l'égard des emprunteurs dans les contrats de prêt libellés en francs suisses et remboursables en euros », *CCC* 2018 n°7, comm. 142
- Cass. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2018, n°17-21.696, « Nullité du contrat pour défaut d'information précontractuelle », *CCC* 2019 n°1, comm. 17
- Cass. 1^{ère} Civ., 20 février 2019 (2 arrêts), n°17-13.065 et n°17-31.967, « Prêt libellé en francs suisses : la Cour de cassation confirme sa position », *CCC* 2019 n°4, comm. 76

J.-S. Borghetti :

- Cass. Ass. Plén., 13 janvier 2020, n°17-19.963, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », *D.* 2020, p. 416

D. Bureau et N. Molfessis :

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, « Les arrêts de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA* 1995 n°155, p. 11

F. Dannenberger :

- CA Colmar, 15 décembre 2017, n°16/01368, « La consommation énergétique est une caractéristique essentielle d'une installation de chauffage », *JCP G* 2018 n°5, 121

D. Fenouillet :

- Cass. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2006 (4 arrêts), n°04-15.646, n°04-17.568, n°04-15.890 et n°04-15.645, « Les clauses abusives à nouveau sur la sellette », *RDC* 2007 n°32, p. 337
- Cass. 1^{ère} Civ., 27 juin 2018, n°17-23.264, « Pas de sanction sans texte en matière de prestations funéraires : quand l'abondance et la complexité des normes riment à nouveau avec l'indigence des normes de sanction », *RDC* 2019 n°3, p. 80

M.-A. Frison-Roche :

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *RJDA* 1996 n°1

P.-Y. Gautier :

- Cass. 1^{ère} Civ., 24 novembre 1993, n°91-18.650, « De quelques considérations teintées d'inquiétude sur la dispense de prix préalablement déterminé, dans tous les contrats d'entreprise », *RTD Civ.* 1994, p. 631
- Cass. 1^{ère} Civ., 2 décembre 1997, n°95-19.791, « Au banc des « récusés » : si le tiers chargé de déterminer le prix n'est point un arbitre, il en a cependant le devoir d'impartialité », *RTD Civ.* 1998, p. 396
- Cass. 1^{ère} Civ., 25 novembre 2003, n°00-22.089, « Erreur grossière de l'expert chargé de déterminer le prix et limites des pouvoirs du juge », *RTD Civ.* 2004, p. 308
- Cass. Com., 4 février 2004, n°01-13.516, « Responsabilité de l'expert chargé de déterminer le prix : faute simple ou « erreur grossière » ? », *RTD Civ.* 2004, p. 310
- CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2014, n°13/17926, « Le professionnel du droit qui délivre une consultation à distance est-il un prestataire de services au sens du code de la consommation ? », *RTD Civ.* 2015, p. 157

J. Ghestin :

- Cass. 1^{ère} Civ., 29 novembre 1994 (2 arrêts), n°91-21.009 et n°92-16.267, « Les arrêts Alcatel sonnent-ils le glas de la nullité pour indétermination du prix ? », *JCP G* 1995 n°5, II, 22371

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *JCP G* 1996 n°2, II, 22565
- Cass. Com., 4 novembre 2014, n°11-14.026, « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *D.* 2015, p. 183

D. Houtcieff :

- Cass. 2^e Civ., 6 mars 2014, n°13-14.922, « Qui dit honoraires versés dit honoraires justes ! », *Gaz. Pal.* 2014 n°184, p. 17
- Cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2019, n°17-23.169, « Ce qui est réputé non écrit se prescrit-il ? », *Gaz. Pal.* 2019 n°31, p. 23

C. Jamin :

- Cass. 1^{ère} Civ., 2 décembre 1997, n°95-16.720, « Droit des obligations », *JCP G* 1998 n°16, doct. 129
- Cass. Com., 15 janvier 2002, n°99-21.172, « Caractérisation de l'abus dans la détermination unilatérale des conditions de vente d'un concessionnaire », *JCP G* 2002 n°41, II, 10157

M. Jéol :

- conclusions dans les affaires Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, *D.* 1996, p. 13

J. Lasserre-Capdeville :

- CJUE, 20 septembre 2017, C-186/16, « Clauses abusives et prêts en devise : la CJUE affine son interprétation de certains articles de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 », *D.* 2017, p. 2401
- Cass. 1^{ère} Civ., 24 octobre 2019, n°18-12.255, « Prêts en devise : confirmations et nouveautés de la Cour de cassation », *D.* 2020, p. 135

Y.-M. Laithier :

- Cass. Com., 22 mars 2016, n°14-14.218, « Nullité relative pour vil prix : le revirement didactique de la chambre commerciale », *RDC* 2016 n°3, p. 435

S. Le Gac-Pech :

- Cass. 1^{ère} Civ., 12 octobre 2016, n°15-20.060, « La soumission des clauses de prix au contrôle des clauses abusives », *JCP E* 2017 n°8, 1090

L. Leveneur :

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, « Indétermination du prix : le revirement et sa portée », *CCC* 1996 n°1, p. 1

- Cass. 1^{ère} Civ., 28 novembre 2000, n°98-17.560, « Une formation sans accord sur le montant de la rémunération », *CCC* 2001 n°3, comm. 38
- Cass. Com., 4 février 2004, n°01-13.516, « Détermination du prix par un tiers : le tiers répond de toutes ses fautes dans l'exécution de sa mission », *CCC* 2004 n°4, comm. 56
- Cass. 1^{ère} Civ., 30 juin 2004, n°01-00.475, « Une bonne leçon de liberté contractuelle ... », *CCC* 2004 n°11, comm. 151
- Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2013, n°12-14.711 et n°12-14.712, « Erreur du diagnostiqueur : le préjudice s'analyse en une perte de chance », *CCC* 2013 n°6, comm. 127
- Cass. Com., 22 mars 2016, n°14-14.218, « Revirement – motivé – à la chambre commerciale : par application du critère des intérêts protégés, la nullité pour défaut de cause est relative », *CCC* 2016 n°6, comm. 136

R. Libchaber :

- Cass. 1^{ère} Civ., 21 février 2006, n°02-14.326, « L'étrange révisibilité judiciaire des honoraires touche légitimement les généalogistes », *Defrénois* 2006 n°15, p. 1223
- Cass. 3^e Civ., 8 février 2006, n°05-10.724, « Du refus de la fixation du loyer par les juges du fond », *Defrénois* 2006 n°15, p. 1236

D. Mazeaud :

- Cass. 1^{ère} Civ., 12 mai 2004, n°03-13.847, « Article 1129 du Code civil : « fermeture définitive » », *RDC* 2004, p. 925
- Cass. 1^{ère} Civ., 30 juin 2004, n°01-00.475, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005, p. 1828

J. Mestre :

- Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), n°91-15.578, n°93-13.688, n°91-15.999 et n°91-19.653, « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix », *RTD Civ.* 1996, p. 153
- Cass. 1^{ère} Civ., 2 décembre 1997 (2 arrêts), n°95-19.791 et n°95-16.720, « La détermination du prix... ou l'histoire d'une liberté largement – mais pas totalement – conquise », *RTD Civ.* 1997, p. 898
- Cass. 1^{ère} Civ., 7 octobre 1998, n°96-17.829 ; Cass. Com., 20 octobre 1998, n°96-15.792 ; Cass. 1^{ère} Civ., 3 février 1999, n°96-11.946, « D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 383

J. Mestre et B. Fages :

- CA Versailles, 27 janvier 2000 ; CA Paris, 19 mai 2000, « L'abus dans la fixation du prix », *RTD Civ.* 2000, p. 570
- Cass. 1^{ère} Civ., 18 juillet 2000, n°97-14.713, « L'obligation d'information de l'avocat sur les conditions de fixation de sa rémunération », *RTD Civ.* 2000, p. 828

- Cass. Com., 15 janvier 2002, n°99-21.172, « Distribution de dividendes et abus dans la fixation unilatérale des conditions de vente », *RTD Civ.* 2002, p. 294
- Cass. Com., 4 février 2004, n°01-13.516, « Le juste prix contractuel ... sous forme de dommages-intérêts », *RTD Civ.* 2004, p. 502
- Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, n°01-11.823, « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », *RTD Civ.* 2005, p. 389
- Cass. Com., 28 juin 2005, n°03-16.794, « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », *RTD Civ.* 2005, p. 591

J. Moury et B. François :

- Cass. Com., 29 septembre 2015, n°14-15.040, « Un avant-contrat singulier : la convention portant acceptation alternative de vente ou d'achat de biens distincts au prix offert le plus élevé », *D.* 2016, p. 407

F. Picod :

- CJUE, 17 décembre 2009, C-277/08, « Relevé d'office et nullité du contrat en cas de défaut d'information du consommateur », *JCP G* 2010 n°3, 64

S. Piédelièvre :

- Cass. 1^{ère} Civ., 14 décembre 2016, n°14-11.437, « Pratiques commerciales déloyales et ventes d'ordinateurs avec logiciels », *Gaz. Pal.* 2017 n°14, p. 18
- CJUE, 20 septembre 2017, C-186/16, « Clause abusive et prêt en devises étrangères », *Gaz. Pal.* 2017 n°42, p. 34
- Cass. 1^{ère} Civ., 3 mai 2018, n°16-13.593 ; Cass. 1^{ère} Civ., 16 mai 2018, n°17-11.337, « Prêts libellés en francs suisses et remboursables en euros », *Gaz. Pal.* 2018 n°30, p. 36
- Cass. 1^{ère} Civ., 22 mai 2019, n°17-23.663, « Clause abusive et prêt en monnaie étrangère », *Gaz. Pal.* 2019 n°30, p. 32

J.-P. Pizzio :

- Cass. 1^{ère} Civ., 15 décembre 1998, n°96-19.898, « Domaine d'application du droit de la consommation », *D.* 2000, p. 40

É. Poillot :

- CJUE, 14 mars 2013, C-415/11, « Droit de la consommation », *JDE* 2014 n°205, p. 20
- CJUE, 30 avril 2014, C-26/14, « Droit de la consommation », *JDE* 2014 n°211, p. 297

G. Raymond :

- CA Rennes, 9 mars 1999, *JurisData* n°044888, « Responsabilité de l'hôtelier qui omet de signaler certaines restrictions à l'accueil canin », *CCC* 2000 n°6, comm. 105

- CA Rennes, 17 octobre 2003, n°02/06158, « Des affres suscitées par des contrats de télésurveillance », *CCC* 2004 n°5, comm. 85
- Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, n°01-11.823, « Vente de meubles meublants – Sanction du non-respect des mentions obligatoires », *CCC* 2005 n°3, comm. 59
- Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} mars 2005, n°04-10.063, « Obligation de renseigner le consommateur sur les risques du produit », *CCC* 2005 n°7, comm. 142
- Cass. 1^{ère} Civ., 8 janvier 2009, n°06-17.630, « Clauses abusives dans une convention de compte bancaire », *CCC* 2009 n°3, comm. 85
- Cass. 1^{ère} Civ., 28 mai 2009, n°08-16.263, « Mention du délai de livraison dans le bon de commande », *CCC* 2009 n°10, comm. 256
- Cass. Crim., 4 juin 2013, n°12-85.688, « Affichage des prix dans une agence immobilière », *CCC* 2013 n°11, comm. 254
- CJUE, 30 avril 2014, C-26/14, « Clarté et lisibilité d'une clause de conversion d'une devise étrangère », *CCC* 2014 n°8, comm. 202
- Cass. 2^e Civ., 25 juin 2015, n°14-18.486 et n°14-19.786, « Dol par réticence », *CCC* 2015 n°11, comm. 268

N. Rzepecki :

- Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, n°01-11.823, « La méconnaissance des obligations d'information, dispositions d'ordre public, est sanctionnée par la nullité du contrat », *JCP G* 2005 n°47, II, 10160

N. Sauphanor-Brouillaud :

- Cass. 1^{ère} Civ., 14 novembre 2006 (4 arrêts), n°04-15.646, n°04-17.568, n°04-15.890 et n°04-15.645, « À défaut d'une loi, quatre arrêts de principe en matière de clauses abusives ! », *RLDC* 2007, n°36
- Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} mars 2017, n°16-14.157, « Protection du consommateur et sanctions du droit commun des contrats », *RDC* 2017 n°3, p. 502
- CJUE, 20 septembre 2017, C-186/16, « Appréciation du caractère abusif d'une clause de remboursement d'un prêt en devise étrangère », *JCP G* 2017 n°48, doct. 1269

J.-B. Seube :

- Cass. 1^{ère} Civ., 19 juin 2019, n°18-10.424, « Le bail d'habitation et le droit de la consommation : quelle conciliation ? », *RDC* 2019, p. 32

Table des matières

Avertissement	II
Remerciements.....	IV
Sommaire	V
Table des abréviations	VI
Introduction.....	1
I – La détermination du prix en droit commun.....	4
II – L’information des consommateurs sur les prix.....	8
III – Les orientations de résolution du conflit	13
Première partie	
La prohibition partielle de la détermination unilatérale du prix	16
Titre I – La prohibition affirmée des clauses de détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre	16
Chapitre 1 ^{er} – L’applicabilité de la théorie des clauses abusives.....	17
Section 1 – La possibilité d’un contrôle des clauses de détermination du prix.....	17
Section 2 – L’impossibilité d’un contrôle des clauses conformes à une disposition législative supplétive	19
Chapitre 2 nd – La mise en œuvre de la théorie des clauses abusives.....	21
Section 1 – L’identification de l’abus	21
Section 2 – La sanction de l’abus.....	23
Titre II – La prohibition rejetée de la détermination unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service	26
Chapitre 1 ^{er} – Le rejet d’une nullité pour indétermination du prix en droit positif	26
Section 1 – Le rejet de la nullité virtuelle pour manquement à l’obligation d’information sur les prix.....	26
I – Les arguments légaux et jurisprudentiels opposés à la nullité virtuelle.....	28

II – Les analyses doctrinales de la nullité virtuelle et l’information sur les prix.....	31
Section 2 – Le rejet de la nullité par induction pour indétermination du prix	35
I – L’inadéquation de l’indétermination du prix à la protection du consommateur ..	36
II – L’inadéquation de la nullité à la logique réparatrice du droit de la consommation	38
Chapitre 2 nd – Le rejet d’une nullité pour indétermination du prix en droit prospectif ...	40
Section 1 – L’opportunité d’une condition <i>ad validitatem</i> de détermination du prix ...	41
Section 2 – L’opportunité de la nullité du contrat.....	42
 Seconde partie	
Le contrôle nécessaire de la détermination unilatérale du prix	44
 Titre I – La sanction de l’abus procédural dans la fixation du prix	
44	
Chapitre 1 ^{er} – La sanction du défaut d’information préalable sur les prix.....	45
Section 1 – Une responsabilité incontestée dans son principe	45
Section 2 – Une responsabilité indéterminée dans son <i>quantum</i>	46
Chapitre 2 nd – La sanction du défaut de motivation du prix	48
Section 1 – La substance de l’exigence de motivation du prix	48
Section 2 – La sanction de l’exigence de motivation du prix	51
 Titre II – La sanction de l’abus substantiel dans la fixation du prix.....	
54	
Chapitre 1 ^{er} – Le contrôle de l’abus en droit positif	54
Chapitre 2 nd – Le contrôle de la lésion en droit prospectif	59
Section 1 – L’exigence de fixation transparente du prix.....	59
Section 2 – L’exigence de fixation d’un prix raisonnable.....	61
 Conclusion.....	67
 Bibliographie.....	VII
 Table des matières.....	XXI