



ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ

LES MUTATIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION À LA RECHERCHE DES VALEURS CONSUMÉRISTES

Thèse de doctorat soutenue le 12 décembre 2022 par

Pierre Grulier

Sous la direction de **Madame Dominique Fenouillet**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membres du jury :

Madame Hélène Aubry

Professeur à l'Université Paris-Saclay

Monsieur Thomas Genicon

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Madame Judith Rochfeld

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne

Madame Natacha Sauphanor-Brouillaud

Professeur à l'Université Paris-Nanterre

Avertissement

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

Remerciements

Je souhaite d'abord exprimer ma profonde reconnaissance à Madame le Professeur Dominique Fenouillet qui, par sa disponibilité, ses conseils et remarques de grande valeur ainsi que son soutien, a été déterminante dans l'élaboration et l'achèvement de ce travail.

Je remercie ensuite Quentin et Pierre mais aussi Bertrand, Émilien et Titouan qui, au-delà de l'amitié qui nous lie, se sont révélés essentiels au façonnement et au perfectionnement de l'étude.

Je remercie affectueusement mes parents, pour leur appui et leur écoute, et particulièrement ma mère pour sa plongée dans le monde juridique, qui m'aura été d'une grande aide.

Je souhaite enfin témoigner toute ma gratitude à Gayané, pour sa présence au quotidien, sa bienveillance et ses encouragements constants.

À mes parents,

À Gayané.

Principales abréviations

<i>ACPR</i>	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
<i>anc.</i>	Anciennement
<i>AJ Contrat.</i>	Actualité juridique de droit des contrats
<i>AJCACD</i>	Actualité juridique de droit des contrats d'affaires, concurrence et distribution
<i>AJDI</i>	Actualité juridique de droit immobilier
<i>AJ pénal.</i>	Actualité juridique de droit pénal
al.	Alinéa
<i>Arch. Phil. Droit</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
AP	Assemblée plénière (arrêt de la Cour de cassation)
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Banque et Dr.</i>	Banque et Droit
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. cons. hab.	Code de la construction et de l'habitation
C. conso.	Code de la consommation
C. éduc.	Code de l'éducation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. santé pub.	Code de la santé publique
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
<i>Cah. dr. consom.</i>	Cahiers de droit de la consommation
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCE	Communication, commerce électronique
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
cf.	Consulter
chron.	Chronique
civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}	Première, Deuxième, Troisième chambre civile de la Cour de cassation

CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	Collection
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Actu.</i>	Dalloz Actualités
<i>D. Aff.</i>	Dalloz affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Directive
doctr.	Doctrine
<i>Dr. pén.</i>	Revue de droit pénal
<i>Dr. soc.</i>	Droit social (revue)
éd.	Édition
ét.	Étude
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibidem, ibid.</i>	Au même endroit
<i>infra</i>	Ci-dessous
IR	Information rapide
<i>J.-Cl.</i>	Jurisclasseur
<i>JCP E</i>	La semaine juridique, édition entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
<i>JCP N</i>	La semaine juridique, édition notariale
L.	Loi
<i>Loyers et copr.</i>	Revue loyers et copropriétés
<i>LEDC</i>	L'essentiel Droit des contrats
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (oeuvre citée)
ord.	Ordonnance
postf.	Postface

préc.	Précité
préf.	Préface
<i>Prop. ind.</i>	Propriété industrielle (revue)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
rappr.	Rapprocher
<i>Rép. civil Dalloz</i>	Répertoire civil Dalloz
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RCA</i>	Responsabilité civile et assurance
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDBF</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RGDA</i>	Revue générale de droit des assurances
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJE</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>RLDA</i>	Revue Lamy de droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
TGI	Tribunal de grande instance
th. dactyl.	Thèse dactylographiée
<i>Trav. Assoc. H. Capitant</i>	<i>Travaux de l'association Henri Capitant</i>
V.	Voyez
V°	<i>Verbo</i>
vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE 1.

L'AXIOLOGIE ORIGINELLE DU DROIT DE LA CONSOMMATION

Titre 1. L'occultation de l'axiologie civiliste classique

Chapitre 1. L'identification des valeurs civilistes classiques

Chapitre 2. L'effacement des valeurs civilistes classiques

Titre 2. L'avènement de la valeur d'équilibre consumériste

Chapitre 1. Le contenu de l'équilibre consumériste

Chapitre 2. La réalisation de l'équilibre consumériste

PARTIE 2.

L'AXIOLOGIE ACTUELLE DU DROIT DE LA CONSOMMATION

Titre 1. L'affaiblissement de la valeur d'équilibre consumériste

Chapitre 1. La subjectivation abstraite du droit de la consommation

Chapitre 2. La subjectivation concrète du droit de la consommation

Titre 2. L'avènement de la valeur d'équilibre individualiste

Chapitre 1. L'identification de l'équilibre individualiste

Chapitre 2. La diffusion de l'équilibre individualiste

Introduction

« Ainsi la morale est un facteur essentiel du droit. Ce n'est pas seulement un élément du donné sur lequel le juriste doit construire ; c'est une force vive qui dirige la construction et qui est capable de la faire tomber. »¹

- 1. La société de consommation** – La seconde moitié du XX^{ème} siècle des sociétés occidentales est profondément marquée par l'apparition et le développement du phénomène sociologique et économique qu'est la société de consommation². Dès l'après-guerre, et de manière croissante par la suite, la société s'oriente autour de la consommation de masse de biens et de services ayant pour objectifs le confort et le bien-être matériel de l'individu, et non plus seulement la satisfaction de besoins primaires. Autrefois réservée à une certaine élite³, la consommation transcende les classes sociales : tout individu devient un consommateur potentiel⁴. Le développement de cette société de consommation est, en outre, étroitement corrélé à un progrès technique exponentiel conduisant à la commercialisation et à la diffusion de nouveaux biens – appareils électroménagers, téléviseurs, etc. – et services dans la population.

Cette intensification et cette complexification des échanges modifient profondément les rapports économiques entre ces consommateurs nouvellement apparus et les professionnels produisant ces biens et ces services. S'observent en effet le développement d'une asymétrie d'informations, une anonymisation des échanges effectués entre des particuliers et des entités souvent multinationales, une centralisation des capitaux accroissant progressivement le déséquilibre financier entre les agents économiques, etc. De plus, la multiplication des échanges modifie la pratique contractuelle. Celle-ci ne repose plus sur la conclusion de contrats résultant d'un processus particulier de négociation mais sur des contrats dits

¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, p.26, n°15.

² L'expression « société de consommation » est à attribuer à J. BAUDRILLARD qui, dans son ouvrage éponyme paru en 1970, décrit l'avènement de cette nouvelle forme de société et de sociabilité (J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, coll. Folio Essais, éd. Denoël, 1970).

³ « Au bonheur des dames » d'Emile Zola, roman décrivant le phénomène du développement des grands magasins à Paris, constitue un témoignage de cet élitisme initial de la consommation, alors réservée à une certaine classe sociale.

⁴ Cette assertion fait volontairement écho au célèbre mot prononcé par John F. Kennedy, le 15 mars 1962, devant le Congrès américain : « We are all consumers » (trad. : nous sommes tous des consommateurs) (J.-F. Kennedy, « Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest »).

d'adhésion. Pré-rédigés par les professionnels, ces contrats sont standardisés, identiques d'un consommateur à l'autre, ces derniers n'ayant qu'à consentir à leur conclusion.

Entre consommateurs et professionnels s'installe ainsi un déséquilibre économique, juridique et technique important.

2. **Le droit civil face à ces phénomènes sociétaux** – Le droit positif d'alors ne dispose pas d'instruments permettant de remédier efficacement à un tel phénomène. En effet, le droit civil des contrats, centré sur la préservation de la liberté individuelle, est fondé sur un postulat d'égalité abstraite entre les individus qui ne permet pas de prendre en compte les inégalités économiques structurelles entre les parties. Le Code civil a alors une conception « traditionnelle » du contrat, dans laquelle « deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent et discutent en un libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont ils ont pesé tous les termes et qui est véritablement l'expression de leur commune volonté »¹. En somme, les individus étant juridiquement égaux, la rencontre de leur consentement suffit à former valablement un contrat au sein duquel le droit ne peut, sauf exception, interférer.

Une telle logique rendait impossible l'hypothèse d'un traitement différencié du consommateur et du professionnel au sein du rapport contractuel². Par conséquent, la résolution de l'inégalité croissante entre ces deux agents économiques – hormis de manière ponctuelle, dans des espèces particulières – était impossible au sein du droit civil.

3. **La naissance du droit de la consommation** – Face à cette incapacité, sont alors apparues les premières lois consuméristes³, telles que la loi du 22 décembre 1972 réglementant le

¹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau éd., 1912, p.13.

² Cela avait d'ailleurs été dénoncé de longue date. Bien avant l'apparition de la société de consommation, RIPERT s'interroge : Est-il juste pourtant de traiter de façon égale le professionnel qui, en contractant, fait un acte qui rentre dans l'exercice de sa profession, dont il connaît le sens et doit comprendre la portée, et la personne qui s'adresse à lui en toute confiance, qui souvent est obligée de s'adresser à lui parce que la division du travail est telle dans le monde moderne que nul ne peut se passer des professionnels ? [...] Ne peut-on distinguer entre ceux qui exercent une profession et ceux qui sont les clients d'un professionnel ? » (G. RIPERT, « Ébauche d'un droit civil professionnel », *Études à la mémoire d'Henri Capitant*, Librairie Dalloz, Paris, 1939, p.677 et s., spéc. p. 684, n°10).

³ Rétrospectivement, il est fréquemment considéré que la loi du 1^{er} août 1905 constitue une loi fondatrice d'un droit de la consommation encore impensé (V. not. Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021, p.7, n°10 ; J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.36, n°37). Il est vrai que ce texte avait pour objectif de réglementer les agissements des producteurs et commerçants dans une optique de protection des individus. Pourtant, malgré cela, l'attribution à cette loi d'une volonté d'établir un droit de la consommation nous semble anachronique dès lors qu'elle a été rédigée à une époque antérieure à celle de la naissance de la société de consommation et des rapports économiques en ayant découlés.

démarchage à domicile¹, celle du 27 décembre 1973 instaurant notamment le délit de publicité trompeuse², la loi Scrivener du 10 janvier 1978 relative aux clauses abusives³ ou encore celle du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs⁴. Initialement épars, ces nouveaux dispositifs sont réunis, en 1993, au sein d'un Code de la consommation.

Se construit ainsi progressivement une législation consumériste autonome, rompant avec la logique du droit civil. Il s'agit en effet d'une législation fonctionnelle. Bien que ses dispositions soient variées – obligations d'information, clauses abusives, sécurité des produits et services –, elles partagent une fonction commune : la protection du consommateur par l'octroi à celui-ci de prérogatives et de droits permettant le rééquilibrage du rapport de force avec le professionnel.

La rupture avec la logique civiliste et sa conception du contrat est notable. Le droit de la consommation se détache de considérations relatives à la protection du consentement de l'individu pour se concentrer, plus généralement, sur la protection de la collectivité des consommateurs. La liberté contractuelle se voit ainsi limitée par des dispositions impératives ayant trait tant au déroulement de la phase précontractuelle – obligations d'information – qu'au contenu du contrat – sanction des clauses abusives. Ces dispositifs divers s'imposent à tout rapport professionnel-consommateur, indépendamment de considérations subjectives civilistes relatives à la bonne foi des parties, à l'existence d'un éventuel abus, etc.

Cela vaut d'ailleurs au droit de la consommation de nombreuses critiques doctrinales mettant à mal sa légitimité alors naissante. Il aura notamment été écrit que cette législation réduirait le consommateur à un « incapable »⁵, qu'elle déstabiliserait le contrat⁶, etc.

4. **Le droit actuel de la consommation** – Il est aujourd'hui plus délicat de décrire le droit de la consommation de la sorte. De nombreuses incertitudes perturbent tant la détermination de ses finalités que l'analyse technique des normes qui le composent.

¹ L. n°72-1137 du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

² L. n°73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation pour le commerce et l'artisanat.

³ L. n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁴ L. n°83-660 du 21 juil. 1983 relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1^{er} août 1905.

⁵ La protection consumériste est notamment accusée de « faire du consommateur un incapable majeur ou un éternel mineur » (P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2020, p.222, n°234).

⁶ M. ARMAND-PREVOST, D. RICHARD, « Le contrat déstabilisé », *JCP G.* 1979. I. 2952.

Une incertitude relative aux finalités – Dans la période actuelle, « s’il est un droit qui est profondément européen, c’est bien le droit de la consommation »¹. En effet, au fil des traités ayant émaillé sa construction et son évolution, l’Union Européenne s’est progressivement imposée comme un acteur central dans la production de ces normes². Érigée au rang de compétence partagée entre l’Union et les États membres³, la protection des consommateurs a fait l’objet d’une attention croissante du législateur européen. Cela n’est pas anodin puisque cette question est étroitement liée à la construction et au bon fonctionnement du marché commun⁴.

Ces éléments ressortent très nettement de la directive européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, texte crucial dans l’évolution du droit de la consommation. Au-delà de l’importante réforme qu’elle a opérée une fois transposée en droit français⁵, la directive manifeste aussi, à l’époque de son élaboration, l’assise croissante de l’Union Européenne sur ce pan du droit. Celle-ci se manifeste tant au niveau normatif – il s’agit d’une directive d’harmonisation maximale, ce qui n’était pas courant à l’époque⁶ – qu’au niveau des finalités poursuivies. En effet, si le premier considérant rappelle que les institutions européennes « contribue[nt] à la réalisation d’un niveau élevé de protection des consommateurs », les paragraphes suivants s’orientent autour de considérations économiques se détachant – voire s’opposant explicitement – à cet objectif.

D’abord, au deuxième considérant, les rédacteurs du texte invoquent un objectif de dynamisation des échanges en énonçant que « le développement de pratiques commerciales loyales [...] est essentiel pour favoriser l’expansion des activités transfrontalières ».

À cela s’ajoute, au considérant suivant, une volonté d’uniformisation des législations des États membres. Il y est expliqué que les différences entre les législations des États membres en matière de pratiques commerciales « peuvent entraîner des distorsions sensibles de

¹ É. POILLOT, « Droit européen de la consommation », in. *Droit de la consommation*, D. FENOUILLET (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 031.00 et s., p.49 et s., spéc. n°031.11, p. 51.

² Pour un historique de ces traités, cf. not. É. POILLOT, « Droit européen de la consommation », *op. cit.*, spéc. n°031.12 et s., p.51 et s.

³ Art. 4 et 169, TFUE.

⁴ L’article 169 du Traité sur le Fonctionnement de l’Union Européenne prévoit que « dans le cadre de la réalisation du marché intérieur » et « afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d’assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l’Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu’à la promotion de leur droit à l’information, à l’éducation et à s’organiser afin de préserver leurs intérêts ».

⁵ L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs - L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie. (Cf. *infra* n°457 et s.).

⁶ Le recours à de telles directives s’est depuis accru. À ce sujet, V. not. : S. DESVAUX, « La transformation du droit français de la consommation par le droit communautaire », in. *40 ans de droit de la consommation*, D. Mainguy et M. Depincé (dir.), Pr. de la faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2013, p. 13, spéc. p.18-19.

concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur ». Les disparités légales ne peuvent donc être tolérées, y compris celles qui consisteraient à octroyer aux consommateurs « une protection plus étendue », comme le précise explicitement le même texte.

Bien que la directive tente de justifier ces considérations en les rattachant à la protection des consommateurs¹, le doute est semé dans l'esprit du lecteur : ces normes ont-elles réellement pour finalité de le protéger ? Cette « protection » n'est-elle pas qu'un moyen, potentiellement secondaire, dans l'objectif de garantir le dynamisme et la fluidité du fonctionnement du marché ? En somme, que protège le droit de la consommation ? Quelle est sa finalité ? Ces incertitudes sont d'autant plus problématiques qu'elles surgissent de nombreux textes nationaux² comme européens³.

Une incertitude relative au fonctionnement des normes – À cette incertitude relative aux finalités, s'ajoute une seconde, relative au fonctionnement des normes consuméristes, à leurs modalités de mise en œuvre. Comme nous l'avons brièvement évoqué, la norme consumériste fonctionne traditionnellement de manière impérative et objective. Pourtant, le droit de la consommation est aujourd'hui touché par un phénomène de subjectivation de ses dispositifs se manifestant par une subordination de la norme, dans son application ou dans sa sanction, à des éléments subjectifs particuliers – comme la perception, l'intention ou la volonté.

Cette subjectivation s'est historiquement manifestée par la directive du 11 mai 2005, celle-là même qui brouillait la détermination des finalités de la législation consumériste.

¹ Le quatrième considérant de la directive explique ainsi que « ces disparités entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. [...] Pour les consommateurs, de telles entraves entraînent également des incertitudes quant à leurs droits et affaiblissent leur confiance dans le marché intérieur ».

² Cf. not. : L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs – L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. V. aussi : L. n° 2005-67 du 28 janv. 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur (Sur la notion de confiance du consommateur et l'approche économique qu'elle implique, cf. *infra* n°653 et s.).

³ Cf. not. consid. 3 et 4, dir. n°2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement n°2006/2004 et la dir. 2009/22/CE (« Aux fins de l'achèvement du marché intérieur, il est essentiel de supprimer les obstacles directs et indirects au bon fonctionnement du marché intérieur et de renforcer la *confiance* des citoyens »). V. aussi consid. 1 et 2, dir. Dir. 2020/1828 du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE. (« (1) [...] Les infractions au droit de l'Union peuvent porter préjudice aux consommateurs. Sans moyens efficaces pour les consommateurs de mettre un terme aux pratiques illicites et d'obtenir réparation, la confiance des consommateurs dans le marché intérieur est amoindrie. (2) L'absence de moyens efficaces pour faire respecter le droit de l'Union protégeant les consommateurs pourrait également entraîner une distorsion de l'équité de la concurrence entre les professionnels en infraction et les professionnels respectueux du droit qui exercent leurs activités dans leur pays ou par-delà les frontières. De telles distorsions peuvent entraver le bon fonctionnement du marché intérieur »).

Sans rentrer ici dans les subtilités du texte et des conséquences de sa transposition en droit français, il apparaît que le conditionnement de la sanction de toute pratique commerciale à la preuve de leur déloyauté a notamment conduit à l'abandon de prohibitions générales – telles que l'infraction de subordination de vente ou de prestations de services¹. Celles-ci ont été remplacées par des infractions conditionnées à l'analyse de l'influence de la pratique sur les acteurs économiques du marché².

Cette subjectivation de la norme consumériste n'est pas uniquement l'apanage du législateur européen. Depuis quelques années, les juges nationaux comme européens ont modifié le régime de nombreux dispositifs. Pour exemple, autrefois accordés de manière absolue à tout consommateur, certains droits de rétractation sont aujourd'hui conditionnés, dans leur exercice, à l'absence d'abus du consommateur, ce qui a pour effet d'individualiser la protection qui lui est accordée³.

¹ Cette évolution a été impulsée par la Cour européenne interprétant la directive : CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299-07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Maznes Belgium NV* : D. 2009. AJ 1273, obs. E. Petit ; CCC 2009, comm. 183, note G. Raymond ; *RTD com.* 2009. 607, obs. B. Bouloc ; *JCP G* 2009, n°39, p. 39, obs. M. Chagny ; *Gaz. Pal.* 2010. 423, obs. S. Piedelièvre ; *RDC* 2009. 1458, note C. Aubert de Vincelles ; *RJDA* 2009, n°786 ; *Europe* 2009, n°251, obs. Michel. Confirmé notamment par CJUE 7 sept. 2016, n°C-310/15 : *JCP E* 2016, n°1538, note D. Bazin ; *JCP G* 2016, n°1221, note J. Huet ; CCC 2016, n°243, obs. S. Bernheim-Desvaux ; D. 2016. Actu. 1813 ; *AJ contrat* 2016. 484, note H. Aubry ; *RDC* 2017. 52, obs. J. Huet ; *AJ pénal.* 2016. 491, obs. E. Raschel ; *RJDA* 2017, n°49 ; *LPA* 10 oct. 2016, note V. Legrand ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2016, p. 27, obs. S. Piedelièvre ; *CCE* 2016, n°81, obs. G. Loiseau ; *ibid.*, ét. 19, note S. Piedelièvre ; *RLDA* déc. 2016. 12, note T. Titone et M. Dary ; *Europe* 2016, n°423, obs. Bouveresse.

² Prenant acte de l'interprétation jurisprudentielle européenne, le législateur national est intervenu et a intégré l'exigence de déloyauté dans les conditions de plusieurs infractions qui constituaient autrefois des prohibitions générales. Cf. : Art. L.121-11, al. 2, C. conso. (Issu de l'art. 45, L. n°2011-525 du 17 mai 2011) – Art. L. 121-20, C. conso. – Art. L.121-19, C. conso. (Sur ce point, cf. *infra* n°457 et s.).

³ C'est notamment le cas en matière d'exercice du droit de rétractation prorogé suite à la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie. Cf. art. L. 132-5-2, al. 2, C. assur. (depuis la loi du 30 déc. 2014). V. aussi : Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 2016, n°15-12767, n°15-12768, n°15-18690, n°15-18691 : *JCP G*, 2016. 811, note L. Mayaux ; *RGDA* 2016. 438, note J. Kullmann ; D. 2016. 1797, note L. Perdrix ; *JCP N* 2016, n° 1265, note P. Pailler ; *RCA* 2016, n° 288 ; *Ibidem*, Étude 11, note Ph. Pierre ; *JCP E* 2016, n° 1447, n° 2, note P.-G. Marly – Cass. civ. 2^{ème}, 9 juin 2016, n°15-20.218 : *JCP G* 2016. 916, note D. Noguéro ; *RGDA* 2016. 438, note J. Kullmann – Cass. civ. 2^{ème}, 8 sept. 2016, n°15-23.331 : *RGDA* 2016. 487, note A. Péliissier – Cass. civ. 2^{ème}, 17 nov. 2016, n°15-20.958 : *RGDA* 2017. 55, note L. Mayaux ; *RCA* 2017, n° 59, note Ph. Pierre – Cass. civ. 2^{ème}, 12 janv. 2017, n°16-10.003 : *RCA* 2017, n°120, note H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 5 oct. 2017, n°16-19.565 : *RGDA* nov. 2017, p.572, note L. Mayaux – Cass. civ. 2^{ème}, 27 avril 2017, n°17-40.027 : *RCA* 2017, n° 205 ; *RGDA* 2017. 367, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2017. 72, note X. Leducq – Cass. civ. 2^{ème}, 7 fév. 2019, n°17-27.223, P. : *LEDA*, avril 2019, p. 6, obs. P.-G. Marly ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2019, p. 30, note Z. Jacquemin ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; CCC 2019, n° 93, note S. Bernheim-Desvaux ; *RDC* 2019. 33, note R. Libchaber ; *RGDA*, avril 2019, p. 33, comm. note L. Mayaux ; D. 2019. 309 – Cass. civ. 2^{ème}, 28 mars 2019, n°18-15.612 : D. 2019.695 ; *RDC* 2019. 33, note R. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *RCA* 2019, n°174, note H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-14.743 : D. 2019. 1281 ; *RGDA* juill. 2019. 35, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet – Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-17.907 : *Gaz. Pal.*, 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; D. 2019. 1281 ; *RGDA* juill. 2019. 35, note L. Mayaux ; D. actu. 8 juill. 2019, note R. Bigot, A. Cayol ; *RCA* 2019, n°257, note H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 4 juil. 2019, n°18-14.990 : *RGDA* août-sept. 2019. 39, note L. Mayaux – Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2019, n°18-23.705 : *Banque et droit*, 2020, n°189, p.61, Chron. P.-G. Marly – Cass. civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n°18-24.102 : *RCA* 2020, n°162, obs. H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 16 déc. 2021, n° 19-23.907, P. (Pour une analyse de cette évolution, cf. *infra* n°508 et s.). Quoique plus implicitement, la sanction de l'abus est aussi permise dans le cadre de l'exercice du droit de rétractation faisant suite à la conclusion d'un contrat à distance ou hors établissement : CJUE, 3 sept. 2009, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüge*, C-489/07 : D. 2009. 2161, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2010. 790, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP G* 2009. 459, note G. Paisant ; *JCP E*, n°50, p.21, note G. Rousset ; *CCE* 2010, n°64, obs.

Se développe de même la sanction de la fraude¹ – dans le cadre du formalisme manuscrit au sein du contrat de cautionnement –, de la faute délictuelle – dans le même cadre² mais aussi dans celui du contrat conclu à distance ou hors établissement³ –, ou encore de la mauvaise foi du consommateur – comme limite à l’invocation du caractère abusif d’une clause⁴.

Au-delà de la résurgence de notions civilistes au sein du droit de la consommation, ces évolutions éparses invitent à s’interroger sur les modalités de mise en œuvre de ces normes : celles-ci sont-elles aujourd’hui subordonnées à un examen subjectif de circonstances particulières à l’individu-consommateur ? Dans cette hypothèse, protège-t-on toujours les consommateurs de manière collective ou bien privilégie-t-on l’individu-consommateur ? Finalement, qui est protégé par le droit de la consommation ?

5. Cette dernière incertitude est étroitement corrélée à la première. Au-delà de leur coïncidence temporelle, ces deux phénomènes soulèvent en effet une même interrogation : quelles sont aujourd’hui la fonction et la finalité du droit de la consommation ? Débattues maintes fois⁵, ces questions n’ont jamais obtenu une réponse ferme. De surcroît, aucun de ces questionnements n’intègre pleinement le phénomène de subjectivation qui vient d’être brièvement exposé.

P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010. 643, note C. Aubert de Vincelles ; *Ibid.* 113, note S. Pimont ; *Europe*, 2010. comm. 436, obs. L. Idot. (Cf. *infra* n°516 et s.).

¹ Cass. com. 5 mai 2021, n°19-21.468 : *JCP G*. 2021. 714, comm. P. Simler ; *LEDB* juill. 2021, n° 200d1, p. 1, obs. M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2021, n° 422i6, p. 22, note M. Mignot ; *LEDC* juin 2021, n° 200d8, p. 4, obs. N. Leblond ; *RTD civ.* 2021. 639, obs. H. Barbier ; *Ibidem.* 687, obs. C. Gijsbers ; *D. actu.* 17 mai 2021, obs. J.-D. Peiller ; *D.* 2021. 1418, note F. Dournaux ; *Rev. prat. rec.* 2021. 19, chron. O. Salati. (cf. *infra* n°526 et s.).

² Cass. com., 4 mai 2017, n°15-20.911, *inédit.* (Cf. *infra* n°537 et s.).

³ Dans le cadre de l’exercice du droit de rétractation lors de la conclusion d’un contrat à distance ou hors établissement : CJUE, 3 sept. 2009, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüge*, C-489/07 : *op. cit.* (cf. *infra* n°533 et s.)

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2018, n° 17-21.625 : *AJ contrat* 2019. 84, obs. J. Lasserre Capdeville ; *AJDI.* 2019. 548, obs. J. Moreau ; *RDI* 2019. 324, obs. J. Salvandy ; *RJDA* 2019, n°225 ; *Banque et Dr.* 3-4/2019. 42, obs. S. Gjidara-Decaix – Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2019, n°17-22.581 – Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°18-24.297 : *JCP G* 2021. 297, note G. Paisant ; *CCC.* 2021, n°48, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *RTD com.* 2021. 170, obs. D. Legeais ; *D. Actu.* 26 janv. 2021, note J.-D. Peiller – Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°19-20.367. (Cf. *infra* n°541 et s.).

⁵ V. not. : J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme », *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835 – J. ROCHFELD, « De la confiance du consommateur ou du basculement d’un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », in J.-S. Berge et I. Omarjee (dir.) *Approche critique du vocabulaire européen : la confiance*, Chronique de droit européen et comparé n°XXI, *LPA*, 16 févr. 2009, n°33, p.7 et s – P. STOFFEL-MUNCK, « L’autonomie du droit contractuel de la consommation : d’une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705 – D. MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? » *in.* « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergence ? », Cycle de conférence organisé par la Cour de cassation le 3 juill. 2006, *RLC*, 2006, p.134 et s. – S. BERNHEIM-DESVAUX, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *RLDA.* 2012/69, n°3945.

6. L'intérêt du recours à une analyse axiologique de la norme – Il nous apparaît pourtant envisageable de renouveler ce questionnement et de proposer une nouvelle grille de lecture du droit de la consommation au prix de la mobilisation de la notion de valeur. En effet, l'identification des valeurs sous-tendant le droit de la consommation, et donc l'adoption d'un prisme axiologique d'analyse, s'impose comme une voie privilégiée de compréhension de la norme ainsi que de son évolution passée et à venir.

Le recours à la valeur comme outil d'étude permet de déterminer, au moyen d'une certaine méthodologie, ce qui sous-tend les normes afin de pouvoir tracer des liens entre des dispositifs que, d'un point de vue technique, tout sépare. En d'autres termes, la recherche des valeurs permet de révéler une communauté d'esprit entre des normes, d'en dessiner précisément les contours, là où peu d'indices en laissaient présager l'existence. Peu entreprise jusqu'alors¹, l'étude de l'axiologie du droit de la consommation peut s'avérer d'autant plus fructueuse que cette législation regroupe des dispositifs très divers. Par exemple, si les obligations d'information légales et la sanction des clauses abusives ont peu d'éléments techniques en commun, la recherche des valeurs sous-tendant ces dispositions révèle une identité axiologique certaine.

En outre, l'analyse par le biais des valeurs s'impose au vu des incertitudes qui traversent aujourd'hui le droit de la consommation. L'ambition est de fournir une véritable grille d'interprétation de ce pan du droit, d'en comprendre les influences et évolutions parfois contradictoires, afin de dissiper ces doutes et rétablir une certaine cohérence à la matière. Le prisme axiologique permet donc d'analyser cette législation, de ses origines à son état actuel, mais aussi de discerner les tendances pouvant caractériser son évolution à venir.

7. Les prémisses d'une analyse axiologique de la norme – Force est de reconnaître qu'une telle approche n'est guère habituelle tant l'analyse juridique détourne fréquemment le regard du concept de valeur. Le juriste se concentre généralement sur la norme, sur son fonctionnement et son opportunité, mais peu sur les valeurs qui la fondent. Cela peut se comprendre : celles-ci ne disposent d'aucune assise textuelle expresse² et peuvent donc se révéler difficilement saisissables.

¹ On peut notamment citer les articles de Mme le Professeur ROCHFELD cités précédemment (cf. note préc.).

² La norme en elle-même ne donne aucune indication expresse sur les valeurs qui la sous-tendent. Pourtant, certains documents annexes constituent de précieux indices participant à l'identification de ces valeurs : les exposés des motifs, les

Une telle occultation paraît pourtant malheureuse tant elle prive l'analyse juridique d'un outil important d'étude et de compréhension de la norme. Car, en effet, suivant un chemin ouvert par le doyen RIPERT il y a bientôt un siècle, il nous semble qu'il y a « des règles juridiques pour lesquelles il n'est d'autre justification que la règle morale qui leur sert de base »¹. Quoique son approche soit alors cantonnée aux valeurs morales, elle repose fondamentalement sur une idée partagée par la présente étude : le droit constitue « la traduction de valeurs », « la traduction juridique d'un système axiologique qui [le] transcende pour en assurer la justification »².

La valeur s'impose ainsi comme un objet d'étude indispensable à toute entreprise d'identification des fondements de la norme, préalable nécessaire à la compréhension de son existence, de ses fonctions et de ses mutations.

8. **Valeurs** – L'axiologie – « la science des valeurs »³ – nous apprend pourtant que le concept ne se rattache pas exclusivement à l'analyse juridique. Bien que sa nature ne puisse être identifiée avec certitude⁴, la valeur guide le jugement en ordonnant et classifiant le réel et s'impose, par conséquent, comme un concept prépondérant dans toute réflexion ou appréciation intellectuelle. Par exemple, au-delà de l'appréhension financière du terme, on peut individuellement estimer qu'un objet ou qu'un comportement a de la valeur (le premier sera beau, précieux ou rare ; le second pourra être louable, utile ou désintéressé). De même, à l'échelle collective, une société donnée pourra juger ceux-ci en les qualifiant de manière laudative ou péjorative.

Qu'elles soient individuelles ou collectives, les valeurs constituent ainsi des jugements évaluatifs contenant « des prédicats spécifiques, qu'on peut appeler appréciatifs ou

considérents placés en début de directive européenne et les études d'impacts sont autant d'éléments conférant une assise textuelle aux valeurs, quoique celle-ci soit souvent relative et partielle.

¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, p.28.

² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir – Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004.

³ www.cnrtl.fr. V° Axiologie (date de consultation : 01/10/2022).

⁴ Afin de ne pas perdre de vue notre sujet et notre propos, nous ne trancherons pas la question de la nature des valeurs qui constitue la querelle fondamentale de l'axiologie. Celle-ci peut se résumer de la sorte : « la valeur [...] est-elle un objet de la connaissance ou une catégorie de connaissance ? Autrement dit [...] : est-ce que nous percevons un objet ou un état de choses comme valable (bon, beau, désirable, etc.) car il a de la valeur (ou il est valeur) – ou bien, au contraire, a-t-il de la valeur parce que nous le percevons comme valable ? » (C. GRZEGOCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, 1982, p.47.). S'opposent ainsi un courant cognitiviste considérant la valeur de manière objective et un courant non-cognitiviste définissant la valeur comme essentiellement subjective et dépendante de l'appréciation individuelle.

dépréciatifs »¹ et ordonnant le monde réel et sensible dans des catégories binaires : bon-mauvais, honnête-malhonnête, beau-laid, utile-inutile, etc.².

- 9. Valeur et norme : évaluation et prescription** – Dans son essence, la valeur n’a vocation qu’à apprécier, hiérarchiser et évaluer, sans nécessairement prescrire : on peut juger un objet beau sans ériger, par-là même, cette beauté comme une obligation. Pourtant, nombreuses sont les valeurs auxquelles est attachée une dimension prescriptive. En effet, à titre d’exemple, à la valeur d’honnêteté qui repose sur un jugement évaluatif valorisant la vérité comme bonne, souhaitable ou juste, s’attache la prescription suivante : « il faut dire la vérité » ou, dans son versant négatif, « le mensonge est prohibé ».

L’évaluation et la prescription constituent deux types de discours bien distincts : tandis que le premier apprécie et classe le réel, le second ne fait qu’ordonner ou autoriser certains actes, certains comportements. Cette distinction marque le passage de la valeur à la norme : la valeur est *évaluative* ; la norme est *prescriptive*. En somme, les normes sont des « concepts normatifs qui s’expriment en termes déontiques, au moyen de notions comme celles d’obligation, de permission ou d’interdit » tandis que les valeurs sont « des concepts axiologiques qui s’expriment en termes de bien, de mal, de bon ou de mauvais »³.

Malgré cette distinction, les deux concepts sont intrinsèquement liés. La norme constitue en effet un instrument de réalisation de la valeur en rendant son respect obligatoire⁴ : « la norme est [...] une prescription, un impératif d’action, sous-tendue par une valeur susceptible de la justifier »⁵.

Cette distinction n’a guère de conséquences en matière d’axiologie morale puisque l’évaluation et la prescription⁶ émanent généralement d’une même source et sont présentées de concert. Par exemple, que l’on s’attarde sur les morales kantienne ou chrétienne dont nous approfondirons ultérieurement l’analyse⁷, valeurs et prescriptions sont clairement exposées

¹ R. OGIEN, « Normes et valeurs » in. *Dictionnaire d’éthique et de philosophie morale*, M. Canto-Sperber (dir.), t.2, Quadrige/PUF, 2004, p.1354 et s., spéc. p. 1355.

² Dans un sens similaire, V. not. J.-B. JACOB, *La valeur en droit – Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, préf. D. Rousseau, postf. E. Picard, éd. L’Harmattan, 2021, n°20, p.29 (La « valeur constitue le fruit d’un acte d’évaluation guidant l’action humaine »).

³ P. ENGEL, *Les lois de l’esprit – Julien Benda ou la raison*, éd. Ithaque, p.145 (cité par N. HEINICH, *Des valeurs – Une approche sociologique*, NRF, éd. Gallimard, 2017, p.355).

⁴ En ce sens : « les normes ne sont que l’application des valeurs aux règles de conduite, en tant qu’elles prescrivent des actions » (N. HEINICH, *Des valeurs – Une approche sociologique*, op. cit., p. 354).

⁵ *Ibidem*.

⁶ On parlera alors plus volontiers d’une « règle » morale et non d’une norme, ce vocable étant réservé à la sphère juridique.

⁷ Cf. *infra* n°31 et s.

et étroitement corrélées. La distinction prend, en revanche, tout son sens en matière d'axiologie juridique puisque seule la norme dispose d'une existence officielle. La valeur y est « anté-positive »¹ : elle précède la norme de droit positif et doit donc être induite de celle-ci.

- 10. Le discours prescriptif des normes juridiques** – Cela ne surprendra guère le lecteur : le droit positif est composé de normes juridiques qui reposent fondamentalement sur un discours prescriptif au sens d'« une règle à suivre »². Quels que soient leur source, leur contenu, leur forme et leur intensité, celles-ci ont toutes vocation à diriger, à orienter les comportements. Cela peut s'opérer de manière très claire au sein de normes prohibant certaines attitudes ou incitant à l'adoption d'autres.

Certaines normes reposent cependant sur l'octroi de libertés individuelles qui autorisent et garantissent la possibilité d'adopter certains comportements. Toutefois, même dans cette hypothèse, la norme adopte un discours prescriptif, tant direct – pour les tiers tenus de respecter lesdites libertés – qu'indirect – pour l'individu dont la liberté n'est jamais absolue et comporte nécessairement certaines limites.

Le droit positif emploie ainsi un discours essentiellement prescriptif arbitrant entre ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas – avec une catégorie intermédiaire recommandant certains comportements. Les valeurs qui lui sont sous-jacentes ne sont pourtant pas expressément énoncées.

- 11. Méthodologie d'identification des valeurs** – L'analyse de l'axiologie sous-jacente au droit positif – et, spécifiquement dans la présente étude, au droit de la consommation – doit donc s'atteler, dans un premier temps, à identifier cette prescription. Celle-ci résulte d'un raisonnement par induction à partir des différentes normes le composant. Chacune est source d'une prescription bien précise ; aussi, il nous faut identifier une prescription générale subsumant les prescriptions particulières. Une fois l'identification de celle-ci effectuée, la valeur peut en être induite.

¹ J.-B. JACOB, *La valeur en droit – Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, *op. cit.*, p. 58-59, n°67.

² www.cnrtl.fr. V° « Prescription », sens B.1 (date de consultation : 01/10/2022).

Prenons l'exemple suivant fondé sur deux normes fictives : l'une sanctionne d'une certaine peine l'atteinte à un objet (X) et la seconde récompense sa préservation. En termes juridiques, hormis un objet commun (X), les deux normes n'ont guère de lien puisqu'elles ne sont pas formulées d'une manière similaire et ne reposent pas sur un même discours normatif. Il s'agit donc de deux prescriptions particulières. Pourtant, on peut induire de celles-ci une prescription commune les subsumant : « X doit être protégé ». De celle-ci, on peut alors induire la valeur sous-jacente aux dispositions s'incarnant dans le jugement évaluatif suivant : « X est bon » ou « est bonne la situation dans laquelle X est protégé ».

La formulation de la valeur est ici obtenue à partir d'une unique prescription générale subsumant les différentes normes ; il n'est toutefois pas exclu qu'elle le soit à partir d'une pluralité de prescriptions générales obtenues suite à l'analyse d'un panel de normes bien plus important.

- 12. Une grille de compréhension de la norme** – La présente étude se propose ainsi d'identifier les valeurs qui sous-tendent le droit de la consommation. Il n'est pas ici question de saisir la notion de valeur dans sa globalité ou d'effectuer une recherche plus fondamentale sur les liens entre valeurs et normes ; il s'agit de déterminer les valeurs qui ont guidé l'action de l'auteur de la norme¹. En effet, il nous semble que « chaque norme est créée [...] avec une intention, donc en vue d'une finalité précise, qui est constituée par une valeur collective à protéger ou à promouvoir »². Que cela soit conscient ou non pour l'auteur de la norme³, « toute règle de droit ne vise-t-elle pas, de près ou de loin, une finalité sociale, qui renvoie plus ou moins directement au monde des valeurs ? »⁴.

¹ Cela inclut d'abord le législateur lors de l'édiction d'une norme mais aussi le juge lorsqu'il l'interprète et l'applique. Nous considérons ainsi, comme le veut la logique du droit continental, que la jurisprudence fait corps avec la norme : une évolution jurisprudentielle peut ainsi traduire une mutation des valeurs sous-tendant la norme.

² C. GRZEGOCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, op. cit.*, p.266.

³ Le caractère potentiellement inconscient de ces valeurs pour le législateur ne constitue aucunement un obstacle à l'analyse. Dans la plus pure tradition juridique, celle-ci repose sur l'existence d'un législateur rationnel construisant la norme « de sorte à bien réaliser la valeur collective à laquelle elle est subordonnée » et instaurant ainsi un système de valeurs « cohérent » (C. GRZEGOCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, op. cit.*, p. 267).

⁴ D. FENOUILLET, « Propos introductifs » in. *Droit et morale, Aspects contemporains*, D. Bureau, F. Drummond, D. Fenouillet (dir.), colloque du 4 juin 2010 organisé par la Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2011, p.1, spéc. p. 9, n°20. V. aussi, même si l'ouvrage une approche quelque peu différente de la notion de valeur : P. MISTRETTA, S. PAPILLON, C. KUREK (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Colloque du 6 juin 2019, Université Lyon 2-Jean Moulin, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2020.

13. Les finalités de la valeur – La formulation de la valeur permet alors de saisir le jugement ayant guidé l'édiction et l'évolution de la norme. Dans notre précédent exemple, le valeur « X est bon » permet de comprendre un certain choix opéré par le législateur pouvant, par exemple, consister en une préférence par rapport à un éventuel Y. Ce contenu ne nous informe toutefois pas sur la finalité axiologique de la valeur : au service de quelles fins est-elle établie ? Dans notre exemple, cela revient à se demander : pour quoi X est-il bon ? À qui ou à quoi X est-il profitable ?

À cet égard, deux grandes catégories de valeur seront distinguées : les valeurs morales et les valeurs économiques.

Les valeurs morales – La morale est communément définie comme l'« ensemble des règles de conduite considérées comme bonnes » soit « de façon absolue »¹, soit « à une époque ou par un groupe d'hommes »². Toutefois, cette définition, bien qu'éclairante sur la fonction de la morale, ne permet pas réellement d'en appréhender le contenu, la nature ou l'origine.

Sa fonction viserait donc à déterminer les critères d'une « bonne » conduite, d'un comportement vertueux. Seulement, les philosophes n'ont jamais pu s'accorder sur cette notion de bien. À titre d'exemples, alors que la vertu réside pour Aristote dans le respect d'une « juste-moyenne »³, la morale doit provisoirement s'établir à partir d'un jugement éclairé et méthodique chez Descartes⁴. De même, bien qu'il soit assimilé au respect d'un certain impératif catégorique dans la pensée kantienne⁵, le bien au sens moral sera défini formellement comme ce qui est utile à l'individu chez BENTHAM, c'est-à-dire ce qui « tend à produire du bénéfice, des avantages, du plaisir, du bien ou du bonheur [...] ou [...] à empêcher que du dommage, de la douleur, du mal ou du malheur n'advienne »⁶.

¹ J. REY-DEBOTTE, A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, éd. Le Robert, 2013.

² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd., 2010.

³ « La vertu est donc une disposition acquise volontaire, consistant, par rapport à nous, dans la mesure, définie par la raison conformément à la conduite d'un homme réfléchi. Elle tient la juste moyenne entre deux extrémités fâcheuses, l'une par excès, l'autre par défaut » (ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, trad. Tricot, Vrin, livre II, chap. VI, n°15).

⁴ Dans le « Discours de la méthode », Descartes établit une morale « par provision » qui a vocation à être respectée « tant que en attendant que l'entendement ait atteint la certitude absolue en matière de connaissance, de métaphysique et de morale. » (E. BLONDEL, *La morale (recueil de textes)*, éd. GF Flammarion, 1999, p.112).

⁵ Cf. *infra* n°37, 42.

⁶ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011, p.26, n°3.

Cette absence de consensus sur le contenu de la morale se double de nombreuses divergences relatives à son origine. Divine pour certains¹, elle prendrait ses racines dans l'individu pour d'autres, qu'elle émane de sa Raison² ou encore de son jugement empirique³.

Critère d'identification – Notre propos n'a aucunement vocation à trancher ces controverses plurimillénaires tant il serait complexe de définir la morale de manière substantielle en lui attribuant un contenu figé et unique.

Il est pourtant possible d'identifier un dénominateur commun à toute définition de la morale : *le perfectionnement de l'individu et des rapports interindividuels*. Les valeurs morales ont toutes pour finalité de rendre l'individu meilleur dans son for interne mais aussi dans ses rapports avec autrui. Quels que soient leur contenu et les préceptes qui en découlent, elles reposent toujours sur l'évaluation d'un certain comportement, d'une certaine pensée comme bonne ou mauvaise, dans une optique de parfaire l'individu et d'atteindre une certaine harmonie envers autrui. Ainsi, une valeur participant partiellement ou exclusivement à ce perfectionnement sera donc qualifiée de morale.

Aussi, la présente étude diffère de certaines analyses conduites antérieurement par la doctrine privatiste quant aux liens entre morale et droit. Celle-ci s'est souvent penchée sur la présence et l'influence d'une certaine morale – notamment la morale chrétienne catholique⁴ – sur les normes de droit positif. Ici, bien qu'une telle recherche fasse partie intégrante du propos⁵, il ne s'agira pas de partir d'une morale prédéfinie de manière substantielle ; il s'agira de partir de la norme pour en induire les valeurs la sous-tendant afin, ensuite, de s'interroger sur la finalité morale éventuellement poursuivie.

¹ Dans l'axiologie chrétienne, la morale émane directement de Dieu et a été transmise par la Bonne-Nouvelle portée par le Christ (cf. *infra* n°29).

² L'impératif catégorique kantien, qui constitue la clef de voûte de ce système moral, prend ainsi sa source directement au sein de la Raison, dans le for interne de l'individu. Cela constitue l'une des différences fondamentales qui l'oppose à la morale chrétienne (cf. *infra* n°29).

³ « Quant au bon et au mauvais, ils n'indiquent également rien de positif dans les choses, considérées du moins en elles-mêmes, et ne sont autre chose que des modes de penser ou des notions que nous formons parce que nous comparons les choses entre elles. Par exemple, la Musique est bonne pour le Mélancolique, mauvaise pour l'Affligé ; pour le Sourd, elle n'est ni bonne, ni mauvaise » (B. SPINOZA, *Éthique*, Partie IV, préface et définitions (B), in. *Œuvres*, III, trad. C. Appuhn, GF-Flammarion, 1965, p.219).

⁴ On peut évidemment les travaux de RIPERT sur ce point. Dans « *La règle morale dans les obligations civiles* », Ripert annonce d'emblée que la loi morale réside dans le christianisme, « cette loi bien précise qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement suivie par habitude ou par respect humain » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p.5). Cet ouvrage, fondateur en matière d'axiologie juridique, n'envisage donc pas la présente hypothèse d'une norme juridique révélatrice de nouvelles valeurs morales. Pour une recherche similaire dans son objet, V. aussi : J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.415 et s.

⁵ Cf. *infra* n°32 et s., n°40 et s., n°102-103, n°147 et s.

Axiologie et positivisme – Malgré cette différence, il n'échappera guère au lecteur que la démarche s'inscrit en opposition à la pensée positiviste. Suivant celle-ci, il est fréquent de définir la morale par exclusion, comme ce « qui relève non du droit positif, mais de la règle morale » « par opposition [au] juridique »¹ ou même comme l'« ensemble des normes sociales autres que juridiques »². Dans sa *Théorie pure du droit*, par exemple, KELSEN est animé par une volonté de construire une théorie du droit notamment déliée de toute considération morale. Il y postule une scission stricte et étanche entre l'ordre juridique et l'ordre moral. En effet, la variabilité des valeurs et l'absence d'élément commun aux différents ordres moraux empêcheraient d'en faire un fondement stable de l'ordre juridique³. De plus, la distinction fondamentale entre ces deux types de normes résiderait dans la sanction : le droit attache aux conduites contraires à celles qu'il préconise des « actes de contraintes socialement organisées » alors que l'infraction à la morale ne donne lieu qu'à « la désapprobation des conduites contraires aux normes, l'emploi de la force physique n'entrant par conséquent absolument pas en ligne de compte »⁴. En conséquence, la science du droit ne devrait que décrire le droit positif, sans l'évaluer, l'apprécier, « indépendamment de tout jugement de valeur »⁵. Cette conception repose donc sur « l'idée qu'il existerait une nature propre du droit, impliquant une séparation nette entre des notions purement juridiques et d'autres purement a-juridiques – dont la valeur constituerait l'illustration topique »⁶.

Cette conception tant de la recherche juridique que du droit en général ne nous convainc pas. D'une part, comme exposé précédemment, le prisme axiologique nous semble essentiel pour comprendre le fondement et les finalités des normes juridiques, que ces finalités soient morales ou non.

D'autre part, au-delà d'enfermer la recherche dans un étroit carcan, cette conception isolationniste du droit ne nous semble pas le décrire fidèlement. Si l'on reconnaît qu'il n'existe pas une identité stricte entre morale et droit, de nombreux ponts peuvent être construits entre eux. Certaines normes juridiques constituent, en effet, des traductions directes de valeurs et prescriptions morales. Il en est ainsi de l'interdit de l'homicide qui

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.671. V° « Morale », sens 5.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, éd. Bruylant, LGDJ, 2010, p.65.

³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.71.

⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.70.

⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.75.

⁶ J.-B. JACOB, *La valeur en droit – Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, *op. cit.*, p. 79, n°105.

constitue tant un interdit moral fondamental dans toute axiologie qu'une norme juridique. De même, comme l'analyse le démontrera, le droit civil des contrats traduit certaines valeurs issues tant des morales chrétienne et kantienne – respect d'autrui¹ – que libérale – autonomie de la volonté².

On se positionnera alors volontiers en faveur d'une « séparation tempérée »³ entre les deux ordres, aussi appelée théorie des « cercles sécants »⁴. Malgré une distinction « des sources, des domaines, des objets, des sanctions, des finalités »⁵, ces deux ordres ne sont pas étanches et partagent un domaine commun. Ainsi, certaines normes juridiques sont conformes à un ordre moral extérieur, voire s'en inspirent directement⁶.

Les valeurs économiques – Toute valeur ne peut être qualifiée de morale. Certaines ne visent que partiellement le perfectionnement de l'individu ou des rapports interindividuels ; certaines s'en désintéressent complètement. Il existe en effet des valeurs – que l'on qualifiera d'économiques – qui reposent sur un jugement évaluatif classifiant le réel de manière binaire entre ce qui est économiquement souhaitable et ce qui est économiquement néfaste. En d'autres termes, on peut considérer qu'une valeur a une finalité axiologique économique lorsqu'elle vise à assurer un fonctionnement harmonieux du marché. Bien évidemment, à l'instar des valeurs morales, les valeurs économiques ne profitent pas d'un contenu unique et vont varier selon les économies (capitaliste, communiste, etc.) et les périodes (libéralisme, néolibéralisme, etc.).

Ici encore, l'appréhension de la valeur ne se veut pas substantielle mais formelle : l'étude ne prend pas pour point de départ un contenu prédéterminé de la valeur pour en rechercher la présence en droit ; elle se propose de rechercher le jugement évaluatif qui sous-tend la norme pour en déterminer le contenu.

14. Récapitulatif méthodologique – Les éléments précédemment exposés permettent ainsi d'établir la méthodologie qui guidera l'étude. D'abord, l'étude du droit positif – le droit de la consommation – nous permettra d'identifier, par induction, certaines prescriptions

¹ Cf. *infra* n°106 et s.

² Cf. *infra* n°69 et s.

³ D. FENOUILLET, « Propos introductifs », in. *Droit et morale, Aspects contemporains, op. cit.*, spéc. n°2.

⁴ P. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990. 625, spéc. p. 635.

⁵ D. FENOUILLET, « Propos introductifs », in. *Droit et morale, Aspects contemporains, op. cit.*, spéc. n°3.

⁶ RIPERT n'énonce pas autre chose lorsqu'il énonce : « la morale est un facteur essentiel du droit [...] c'est une force vive qui dirige la construction et qui est capable de la faire tomber » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, p.26, n°15).

générales qui sont communes à plusieurs dispositions. Ces prescriptions vont ensuite servir de terreau à la détermination par induction des valeurs qui les fondent. L'analyse sera achevée lorsque les finalités que poursuivent ces valeurs auront été identifiées : elles seront qualifiées de morales si elles tendent au perfectionnement de l'individu ou des rapports interindividuels ; elles seront économiques si elles favorisent un fonctionnement jugé harmonieux du marché.

- 15. Une difficulté analytique** – Force est d'admettre que l'entreprise n'est pas dénuée de difficultés, notamment d'ordre analytique. Madame le Professeur PÉRÈS a ainsi insisté sur l'existence d'un « phénomène de réversibilité des interprétations » lorsqu'il s'agit, « face à un mécanisme juridique donné, de déterminer s'il est irrigué par la morale ou bien si, au contraire, il heurte la morale »¹. Ce phénomène repose sur le constat du caractère fuyant d'une telle recherche dont la conclusion est inmanquablement amenée à varier selon le point de vue adopté. Si ce constat est indéniable, il nous semble que la méthodologie précédemment formulée s'écarte de la démarche exposée par Mme PÉRÈS et permet de remédier partiellement à un tel écueil.

D'abord, dans ce raisonnement, la morale est envisagée de manière substantielle comme ayant un contenu défini. Or, comme nous l'avons rappelé, une telle approche semble d'une part risquée, dès lors qu'une telle définition de la morale n'a jamais pu aboutir à une quelconque unanimité, et d'autre part limitative, puisqu'elle ne permettrait pas de saisir toute valeur morale sous-tendant le droit positif. C'est pourquoi nous l'envisagerons de manière *formelle* comme toute valeur participant au perfectionnement de l'individu ou des rapports interindividuels.

Ensuite, il s'agira prioritairement de rechercher les valeurs sous-tendant le droit de la consommation, et pas uniquement celles ayant une finalité morale. Cela offrira un champ de recherche plus important ainsi qu'une compréhension plus complète de l'axiologie de ce champ du droit.

¹ C. PÉRÈS, « La morale et le droit patrimonial », in. *Droit et morale, Aspects contemporains, op. cit.*, p. 155 et s., spéc. p. 160. L'auteur prend d'ailleurs un exemple issu de la législation consumériste : « Premier exemple : le droit de repentir accordé par la loi à certains contractants, particulièrement aux consommateurs. Ces règles sont-elles morales en ce sens qu'elles protègent le contractant contre sa faiblesse ou mieux contre l'exploitation de sa faiblesse ? Ou sont-elles au contraire immorales dès lors qu'elles favorisent la remise en cause de la parole donnée ? Faut-il, dans un souci de cohérence, y voir le signe de l'existence d'une morale « à deux vitesses », celle des grands principes et celle des faibles ? ». Ces interrogations étant légitimes, nous tenterons d'y apporter un éclaircissement dans les développements ultérieurs (cf. *infra* n°187 et s., n°226 et s., n°238 et s., n°317 et s., n°507 et s., n°533 et s., n°621, n°631, n°655, n°707 et s.).

Enfin, et fondamentalement, la présente étude repose sur un raisonnement ayant pour point de départ le droit positif duquel seront induites les valeurs qui le sous-tendent. Dès lors, en adoptant un cheminement inverse à celui exposé – de la morale vers le droit –, l'étude nous semble fondée sur des bases plus certaines – même si l'on doit convenir que, même dans cette hypothèse, l'identification des valeurs reste nécessairement sujette à débat.

16. Champ matériel de l'étude – La méthodologie ayant été exposée, il nous faut maintenant circonscrire plus fermement le champ de l'étude. La présente analyse n'a guère pour ambition d'identifier les valeurs sous-tendant l'ensemble de l'ordre juridique mais uniquement celles propres à un pan particulier du droit : le droit de la consommation.

Sans que l'on puisse en opérer une délimitation stricte¹, il est possible de considérer que constituent des normes consuméristes, celles qui répondent « cumulativement à deux critères : a) leur application est principalement réservée aux relations entre professionnels et consommateurs ; b) leur but est de protéger les consommateurs »².

Suivant ce double critère, peuvent être considérées comme des normes consuméristes, des dispositifs ne figurant pas au sein du Code de la consommation. Certaines dispositions du Code des assurances³ ou du Code monétaire et financier⁴ pourront ainsi être mobilisées.

Réciproquement, tout dispositif présent au sein du Code de la consommation ne sera pas nécessairement considéré comme relevant de notre champ d'étude. Il en sera notamment ainsi de l'ensemble des règles relatives à la procédure de surendettement. Ouvertes à toute « personne physique de bonne foi » étant « dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non-professionnelles exigibles et à échoir »⁵, les procédures de traitement du surendettement offrent aux débiteurs en détresse la possibilité d'obtenir une modification voire l'effacement de leurs dettes. Même si elles peuvent avoir pour effet de remédier à certains maux de la société de consommation – consommation excessive, recours

¹ Une telle entreprise est d'ailleurs considérée comme « ni possible, ni indispensable » par certains auteurs (J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, n°15, p.17).

² *Ibidem*. Certes, le second critère nous oriente déjà partiellement sur les valeurs poursuivies par le droit de la consommation. Cependant, l'idée de protection est au fondement même de cette législation ; il n'est donc guère possible de ne pas la prendre en compte dans l'identification des normes relevant d'une logique consumériste. De surcroît, cette idée de protection des consommateurs reste, à ce stade, floue et de nombreuses interrogations restent en suspens. D'abord, comme nous l'avons évoqué, s'agit-il de protéger l'ensemble des consommateurs ou uniquement ceux en situation de faiblesse ? Ensuite, comment le protège-t-on ? Enfin, au travers du consommateur, quelle est la finalité poursuivie ?

³ Cf. *infra* n°242 et s., n°324 et s., n°508 et s.

⁴ Cf. *infra* n°217.

⁵ Art. L. 711-1, C. conso.

exponentiel au crédit –, la procédure de surendettement protège tout individu, qu'il soit face à un professionnel ou non. Le dispositif ne correspond pas au double critère précédemment énoncé puisqu'il s'attache avant tout à la personne du débiteur et non au rapport de force professionnel-consommateur.

- 17. La nécessité d'une analyse diachronique** – La méthodologie ainsi que le champ de l'étude ayant été déterminés, il nous reste enfin à déterminer le prisme d'analyse qu'il convient d'adopter : pour comprendre les mutations du droit de la consommation à partir de ses valeurs, ce droit doit-il être appréhendé de manière synchronique ou diachronique ?

La première option ne paraît guère appropriée. En effet, une analyse statique du droit de la consommation, tel qu'il existe aujourd'hui, ne nous permettrait pas d'en saisir pleinement les mutations. Comme nous l'avons brièvement aperçu, ce droit est aujourd'hui jalonné par diverses incertitudes, relatives à ses fonctions ainsi qu'au fonctionnement technique des normes qui le composent, qui rendent ineffective l'appréhension synchronique du sujet.

Cela peut pourtant se dissiper au moyen d'une analyse diachronique. En envisageant l'axiologie consumériste de manière chronologique, « dans son évolution à travers le temps »¹, les paradoxes caractérisant aujourd'hui la législation s'éclairent et s'expliquent aisément.

Deux périodes doivent être distinguées : l'une s'achève et l'autre débute avec la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Celle-ci constitue en effet la première manifestation d'une mutation axiologique au sein des normes consuméristes – sans qu'elle en soit nécessairement la cause. Cette mutation va, dès lors, se diffuser progressivement au sein de ce droit au point d'occulter progressivement l'axiologie consumériste initiale qui fondait la matière jusqu'alors. Les deux périodes ne sont certes pas parfaitement hermétiques et l'on pourra trouver à l'époque contemporaine de nouvelles manifestations de l'axiologie initiale. Pourtant, cela ne remet pas en cause cette dichotomie temporelle puisque, d'une part les normes sous-tendues par l'axiologie originelle du droit de la consommation se raréfient indéniablement aujourd'hui, et d'autre part aucune manifestation de la nouvelle axiologie consumériste ne peut être recensée avant la directive du 11 mai 2005.

¹ www.cnrtl.fr. V° « Diachronique », sens B. (date de consultation 01/10/2022).

18. Les fruits de l'étude – L'étude axiologique et diachronique du droit de la consommation a deux intérêts principaux.

Un intérêt *pédagogique*, d'abord. L'identification et l'analyse des valeurs sous-tendant le droit de la consommation permettent d'établir une grille de lecture de ce pan du droit. La législation consumériste est abondante : il ne se passe pas une année sans que des réformes textuelles, tant nationales qu'européennes, ou des évolutions jurisprudentielles ne soient opérées. Aussi, la présente étude permet de saisir les influences potentiellement contradictoires qui irriguent le droit de la consommation et d'en comprendre l'évolution sur le long terme. L'on pourra ainsi répondre à deux interrogations fondamentales : qu'est-ce que le droit de la consommation ? Qu'est-il devenu ?

Cela nous conduit au second intérêt de l'étude : son intérêt *normatif*. Identifier avec précision les mutations d'un pan du droit permet de mieux appréhender celles qui sont à venir. Un tel exercice a bien entendu des limites certaines en matière de précision et d'exhaustivité ; il n'en reste pas moins possible, une fois le phénomène de mutation pleinement identifié jusqu'aujourd'hui, d'en déduire certaines pistes d'évolutions pour le futur. Cela pourra agir comme un avertissement tant à l'attention des auteurs de la norme – qui ne sont pas nécessairement conscients des mouvements généraux qui traversent la législation – que du lecteur qui sera capable de comprendre, anticiper et classifier les futures évolutions.

19. Plan – Aussi, à l'identification et à l'analyse de l'axiologie originelle du droit de la consommation (**Partie 1.**) devront succéder celles de son axiologie actuelle (**Partie 2.**).

Partie 1. L'axiologie originelle du droit de la consommation

20. Dès son apparition, le droit de la consommation a ébranlé le droit commun des obligations dans ses fondements. Les clauses abusives se sont inscrites comme une limite au principe de liberté contractuelle ; les obligations d'information ont modifié le déroulement de la phrase précontractuelle ; les droits de rétractation ont remis en cause la force obligatoire des conventions ; etc.

Cet effet était partiellement recherché par le législateur. Les normes consuméristes se sont en effet développées pour pallier les incapacités du droit civil à remédier aux déséquilibres grandissants qui caractérisaient les rapports économiques entre consommateurs et professionnels.

21. Aussi, pour identifier les valeurs caractérisant l'axiologie consumériste originelle, il est nécessaire, dans un premier temps, de déterminer face à quelles valeurs elle s'est construite puis, dans un second temps, d'analyser comment s'est manifestée cette opposition. Cela implique de fonder l'étude sur le droit civil que l'on qualifiera de « classique », c'est-à-dire tel qu'il existait lors de l'apparition de la législation consumériste.

Ainsi, l'analyse de l'occultation de l'axiologie civiliste classique par la législation consumériste (**Titre 1.**) constitue une première étape dans l'identification de l'axiologie consumériste originelle.

22. L'occultation des valeurs civilistes n'est pas le simple produit d'une coïncidence législative. Ce phénomène est la résultante de l'émergence d'une axiologie propre au droit de la consommation. L'analyse du droit de la consommation originel – c'est-à-dire, peu ou prou, antérieur à la directive du 11 mai 2005¹ – révèle en effet l'avènement de la valeur d'équilibre consumériste (**Titre 2.**) qui en constitue la matrice axiologique.

¹ Sur l'exposé et la légitimation de cette frontière temporelle, cf. *supra* n°4 et n°17.

TITRE 1. L'OCCULTATION DE L'AXIOLOGIE CIVILISTE CLASSIQUE

- 23. Champ d'étude** – À titre liminaire, il est impératif de préciser que notre propos s'appuiera exclusivement sur le droit commun des obligations, en réaction duquel s'est constitué le droit de la consommation. Sera donc notamment exclue l'étude de l'axiologie du droit de la famille et des personnes, qui brouillerait notre propos en noyant la rupture effectuée par le droit de la consommation dans une analyse bien plus vaste.

En outre, notre propos se limitera à l'étude du Code civil avant l'apparition du droit de la consommation, c'est-à-dire avant les années 1960-1970. Bien que le droit de la consommation n'ait pas directement modifié les dispositions de ce code, il en a bouleversé de nombreux aspects. Les évolutions ultérieures du Code civil, qu'elles soient légales ou jurisprudentielles, ont pu ainsi être influencées par ce nouvel esprit consumériste. Aussi, afin de bien saisir la rupture juridique et axiologique qu'a opérée le droit de la consommation, il apparaît préférable de fonder l'étude des valeurs civilistes « classiques », c'est-à-dire celles du Code civil « pré-consumériste ».

Enfin, l'étude se limitera ici à l'analyse de l'occultation de ces valeurs par le droit de la consommation « originel », c'est-à-dire antérieur à la directive du 11 mai 2005 et aux mutations qui l'ont traversé depuis lors¹.

- 24. Plan** – Ne pouvant saisir la spécificité du rapport professionnel-consommateur et ne pouvant résoudre le déséquilibre structurel qui le caractérisait – et le caractérise encore –, les valeurs civilistes classiques ont été occultées au sein de la législation consumériste. Afin de saisir pleinement l'étendue de ce phénomène, l'identification de ces valeurs (**Chapitre 1.**) devra précéder la démonstration de leur effacement dans le droit de la consommation (**Chapitre 2.**).

¹ Cf. *supra* n°4 et 17.

Chapitre 1. L'identification des valeurs civilistes classiques

- 25. Prolégomènes** – Comme indiqué précédemment, identifier une valeur morale fondant un ordre juridique ou un pan de cet ordre débute par l'étude du droit positif, véritable terreau axiologique, pour s'interroger ensuite sur le contenu des valeurs le soutenant. Cette seconde étape implique, notamment, de déterminer les fonctions de ces valeurs, et éventuellement leur origine.

Toutefois, nous n'adopterons pas ici une telle démarche : l'analyse des sources précèdera celle du contenu. Ce choix ne constitue pas une entorse méthodologique mais un simple choix esthétique et didactique car il évite certains renvois alourdissant le propos et fluidifie ainsi l'étude.

- 26. Plan** – Les sources des valeurs civilistes classiques sont antagonistes, tant sur le plan philosophique que politique (**Section 1.**). La compréhension de cet antagonisme facilite l'analyse des valeurs d'autonomie de la volonté et de respect d'autrui qui empruntent chacune à l'une de ces sources. *A priori* contradictoires, ces deux valeurs fonctionnent de pair et forment une véritable axiologie civiliste cohérente (**Section 2.**).

Section 1. Des sources antagonistes

- 27. Trois sources** – Trois sources ont inspiré l'émergence des valeurs civilistes classiques : la morale chrétienne, la morale kantienne et la morale libérale.

La première s'impose par sa prégnance au sein de notre système juridique et de notre culture. RIPERT, premier auteur juridique à s'être intéressé de manière approfondie aux règles morales civilistes, la considérait d'ailleurs comme l'unique loi morale existante et pouvant sous-tendre le Code civil¹. Ne pas évoquer la morale chrétienne comme source des valeurs civilistes constituerait un grave oubli².

¹ Selon RIPERT, la loi morale chrétienne constitue « cette loi bien précise qui régit les sociétés occidentales modernes et qui est respectée parce qu'elle est imposée par la foi, la raison, la conscience, ou tout simplement suivie par habitude ou par respect humain » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, p.5).

² Il est à noter que dans la suite du propos, lors de la citation de textes bibliques, nous adopterons les abréviations communément utilisées dans les ouvrages théologiques et liturgiques.

La deuxième, la morale kantienne, est moins spontanément admise. Pourtant, élaborée au XVIII^{ème} siècle, elle a inconsciemment marqué l'élaboration et l'évolution du Code civil en plaçant le fondement de l'ordre moral dans le for interne de l'individu. De surcroît, elle reste semblable à la morale chrétienne sous certains aspects¹, ce qui justifie de la compter comme source.

Enfin, la morale libérale, en ce qu'elle place la liberté individuelle en son cœur, ne peut être ignorée au titre de source, le Code civil conférant à l'individu des pouvoirs juridiques et une liberté d'action qui n'avaient pas atteint une telle ampleur par le passé.

- 28. Plan** – Les morales chrétienne et kantienne, d'une part, et la morale libérale, d'autre part, adoptent des cheminements philosophiques différents. Là où la morale libérale exalte la liberté individuelle, placée au fondement de l'ordre moral (**Sous-section 2.**), la considération d'autrui constitue le cœur des axiologies chrétienne et kantienne (**Sous-section 1.**).

Sous-section 1. Autrui au cœur des morales chrétienne et kantienne

- 29. Opposition** – Envisager communément les morales chrétienne et kantienne surprendra théologiens et philosophes tant les différences entre elles sont importantes. Deux oppositions principales se dégagent : au niveau des sources des règles morales et au niveau des motivations des individus se conformant à celles-ci.

Opposition quant aux sources – Les sources, autrement dit les origines des ordres moraux chrétien et kantien constituent le premier et principal point d'achoppement. En effet, dans le système chrétien, la morale émane directement de Dieu et a été transmise par la Bonne-Nouvelle portée par le Christ. Étant « le sujet et l'objet de la foi »², Dieu ne peut qu'être au fondement de l'ordre moral chrétien. Bien qu'il ne naisse pas « d'une norme extérieure, mais plutôt de l'expérience de l'amour de Dieu pour chacun »³, on peut affirmer, non d'un point de vue empirique mais d'un point de vue ontologique, que la morale ne prend pas sa source dans l'individu mais hors de lui, en Dieu.

¹ Cf *infra* n°29 et s.

² J.-M. KRUMB, *Les fondements de la morale chrétienne*, éd. L'Harmattan, 2005, p.36.

³ Commission biblique pontificale, *Bible et morale – Quels critères pour discerner ?*, éd. Nouvelle Cité, 2009, p.99.

À l'inverse, dans le système kantien, l'ordre moral est une émanation directe de la Raison appartenant au monde intelligible. La morale prend donc ici source directement dans le for interne de l'individu.

Opposition quant aux motifs – Cette première opposition d'ordre métaphysique se double d'une seconde qui touche aux motivations des sujets s'y conformant. On sait qu'un ordre moral entretient un contact étroit avec la réalité et a pour vocation d'être mis en œuvre par des actions qui le perpétuent. Cette perpétuation par l'individu, sujet moral, n'est pas sous-tendue par les mêmes motivations chez le sujet dans les morales chrétienne et kantienne. Selon la première – et sans que cela consiste en un quelconque jugement sur la conduite des croyants – le respect des préceptes moraux est présenté, dans les textes bibliques, comme une des conditions d'accession au royaume de Dieu¹ ; en revanche, dans le système kantien, il n'est prescrit que par respect pour la loi morale, les motivations personnelles du sujet agissant n'entrant pas du tout en compte².

30. Plan – Néanmoins, malgré cette double opposition, le contenu de ces deux systèmes moraux reste similaire sur plusieurs plans. En érigeant autrui en finalité de l'acte moral (§1.), les axiologies chrétienne et kantienne fondent des morales altruistes et philanthropiques. De surcroît, dans ces deux systèmes, le respect des préceptes moraux conditionne l'acquisition par l'individu de sa pleine liberté (§2.). Ainsi, l'exaltation d'autrui est double : promue par le contenu de ces ordres moraux, elle conditionne la pleine jouissance, par le sujet agissant, de sa liberté individuelle.

¹ V. not. Lc 10, 25-28 ; Lc 14, 7-11 ; Lc 14, 12-14 ; Lc 18, 18-23 ; Jc 4, 10 ; 1 P 3, 10-11. (*La bible de Jérusalem*, trad. École biblique de Jérusalem, éditions du Cerf, 2000). Bien que prenant des formes et des significations différentes, ces textes érigent tous le respect de préceptes chrétiens en condition d'entrée dans le royaume de Dieu, d'accès à son amour, etc.

² Cf. not. *infra* n°36-37.

§1. Autrui, fin de l'acte moral

- 31. Plan** – Les morales chrétienne et kantienne s'inscrivent toutes deux au sein de rapports intersubjectifs dans lesquels autrui se présente comme fin de l'acte moral. Que cela soit promu par la vertu chrétienne de charité (**A.**) ou par les déclinaisons de l'impératif catégorique kantien (**B.**), notions issues de cheminements intellectuels et spirituels très différents, le résultat est similaire : moralité rime avec amour ou, du moins, pleine considération d'autrui.

A. La vertu chrétienne de charité

- 32. Vertus humaines et théologiques** – Le système moral forgé par les théologiens chrétiens repose sur une distinction entre les vertus humaines et théologiques.

Les premières sont fondées sur l'expérience matérielle, empirique de l'Homme et comptent notamment parmi elles les vertus morales cardinales : la prudence, la tempérance, la force et la justice.

Bien qu'elles procurent « facilité, maîtrise et joie pour mener une vie moralement bonne »¹, elles sont placées sous la dépendance axiologique des vertus théologiques. Celles-ci, surnaturellement implantées par Dieu dans l'esprit humain, « fondent, animent et caractérisent l'agir moral du chrétien » en « inform[ant] et vivifi[ant] toutes les vertus morales »². Elles constituent donc logiquement la « condition nécessaire d'une vie morale complète »³ en irriguant l'ensemble de l'expérience du croyant.

Trois vertus théologiques sont à dénombrer : la foi, l'espérance et la charité. Seule cette dernière devra retenir notre attention car, contrairement aux deux premières qui régissent principalement le rapport du croyant à Dieu, la charité intéresse directement le rapport du chrétien à autrui.

¹ *Catéchisme de l'Église Catholique*, Centurion / cerf / Fleurus-Mame / CECC, 1997, n°1804, p.449-450. L'utilisation de cette dernière édition du catéchisme de l'Église Catholique pourrait être considérée comme anachronique dès lors qu'elle est postérieure à l'élaboration du Code civil. Cependant, quoique cette édition marque de grandes évolutions et ruptures en matière liturgique et théologique, elle a le mérite d'être extrêmement détaillée et d'adopter une approche plus analytique, que les catéchismes antérieurs qui n'étaient bien souvent que des ouvrages à destination des plus jeunes. De plus, il n'apparaît pas que les aspects évoqués dans notre propos aient profondément évolué avec cette édition.

² *Catéchisme de l'Église Catholique*, *op. cit.*, n°1813, p.452.

³ T. D'AQUIN, *Textes sur la Morale*, trad. et comm. E. Gilson, éd. Vrin, 2011, p.217, n°270.

33. La charité – La Bonne-Nouvelle portée par Jésus-Christ et retranscrite dans le Nouveau Testament peut se résumer au commandement absolu et inconditionnel d’amour envers Dieu et envers autrui. Jésus explique ainsi : « Tu aimeras le Seigneur ton Dieu de tout ton cœur, de toute ton âme et de tout ton esprit : voilà le plus grand et le premier commandement. Le second lui est *semblable* : Tu aimeras ton prochain comme toi-même »¹.

Ce « commandement nouveau »² de charité est donc double : l’amour du croyant doit d’abord être porté sur Dieu, puis sur autrui. Cette dualité n’est cependant qu’apparente dès lors que « la raison d’aimer le prochain, c’est Dieu ; car ce [qui doit être aimé] dans le prochain, c’est qu’il soit en Dieu. Il est donc manifeste que l’acte par lequel Dieu est aimé, et celui par lequel est aimé le prochain sont de même espèce »³, qu’ils sont « semblable[s] »⁴.

Aussi, la charité n’est pas une vertu s’inscrivant au même titre que les autres dans l’ordre moral chrétien. Elle en constitue la pièce maîtresse en ce que « l’exercice de toutes les vertus est animé et inspiré par la charité », qui « les articule et les ordonne entre elles »⁵. Cette valeur est donc pleinement représentative du système axiologique chrétien qui préconise de placer l’amour d’autrui au centre de la vie du croyant. Cet amour doit le guider dans toutes ses actions dès lors qu’au travers d’autrui transparaît Dieu.

On notera enfin que la charité place nécessairement l’acte moral dans un rapport intersubjectif partant du sujet vers autrui, ce qui n’est pas nécessairement le cas de toute axiologie comme nous le constaterons au fil du propos⁶.

Ces mêmes caractères se retrouvent dans le système moral kantien, au travers de la notion d’impératif catégorique.

¹ Mt 22, 37-39. V. aussi : Mc 12, 28-34 ; Lc 10, 25-28 (*La bible de Jérusalem, op. cit.*).

² Jn 13, 34 (*La bible de Jérusalem, op. cit.*).

³ T. D’AQUIN, *Somme théologique*, t.3, éditions du Cerf, IIA IIAe, q. 25, art. 1, Concl.

⁴ Jn 13, 34 (*La bible de Jérusalem, op. cit.*).

⁵ *Catéchisme de l’Église Catholique, op. cit.*, n°1827, p.455.

⁶ Cf. *infra* n°46 et s.

B. *L'impératif catégorique kantien*

34. Avec les « Fondements de la métaphysique des mœurs »¹ et la « Critique de la raison pratique »², Kant a élaboré un système moral détaché de tout empirisme. Le but de ces ouvrages était de découvrir puis de démontrer l'existence d'une loi morale intemporelle et indépendante de l'expérience du sujet, c'est-à-dire existant *a priori*, sans aucun rapport, dans sa forme ou dans son contenu, avec le réel.

35. **Bonne volonté** – Dans cette optique, Kant se fonde sur ce qu'il considère comme un jugement populaire universel : une bonne volonté constitue nécessairement un bien au sens moral. Il énonce, en effet, que « de tout ce qu'il est possible de concevoir dans le monde, et même en général hors du monde, il n'est rien qui puisse sans restriction être tenu pour bon, si ce n'est seulement une bonne volonté »³.

Il en tire alors le postulat qu'une action morale doit être faite *par respect* pour la loi morale, et non simplement conformément à elle. La moralité de l'acte doit être sa finalité et non une simple modalité, une simple variable⁴.

36. **Raison et volonté** – Cependant, ces développements ne nous éclairent, à ce stade, que trop peu sur le contenu et la mise en œuvre de la loi morale. Ces éléments vont être révélés dans les développements relatifs aux rapports entre raison et volonté.

Kant considère que « toute chose dans la nature agit d'après des lois » et que seul un être raisonnable « a le pouvoir d'agir d'après la représentation des lois »⁵. Cela signifie que la raison humaine fait dériver de ces lois des actions, nécessaires en pratique, qui pourront être mises en œuvre par la volonté. Toutefois, la volonté n'est pas exclusivement liée à la raison : elle peut aussi se conformer aux désirs, aux inclinations de l'individu. Dans cette hypothèse, qui est celle de tout être raisonnable selon la terminologie kantienne, la détermination de la

¹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Livre de Poche, éd. 21, 2017.

² E. KANT, *Critique de la raison pratique*, coll. Folio Essais, éd. Gallimard, 2017.

³ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.57.

⁴ Ce critère empêche toutefois de prouver positivement l'existence d'un acte moral. KANT reconnaît d'ailleurs rapidement « qu'il n'y a point d'exemples certains que l'on puisse rapporter de l'intention d'agir par devoir » (E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.74), ce qui ne nuit aucunement à sa théorie dès lors qu'il se refuse à tout empirisme.

⁵ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.83.

volonté par la raison – et non par les désirs – ne se fait que par une « contrainte »¹. Cette contrainte, qui constitue un véritable « commandement » de la raison², est formulée en impératifs.

37. Les impératifs – KANT distingue deux types d'impératifs : les impératifs hypothétiques et l'impératif catégorique.

Les impératifs hypothétiques – Les impératifs hypothétiques fondent la « nécessité pratique d'une action possible, considérée comme moyen d'arriver à quelque autre chose que l'on veut »³. Ces impératifs sont pluriels et indiquent à la volonté les moyens d'atteindre une fin déterminée. L'action « n'est bonne que comme moyen pour quelque autre chose »⁴. Elle n'a donc pas de valeur en elle-même mais uniquement conformément à une certaine fin.

L'impératif catégorique – À l'inverse, l'impératif catégorique (ou impératif de la moralité) représente « une action comme nécessaire pour elle-même, sans rapport à un autre but, comme nécessaire objectivement »⁵. L'impératif est donc prescrit indépendamment de toutes circonstances factuelles et l'action préconisée est ici « bonne *en soi* »⁶. Il s'impose par sa seule forme et ne doit être obéi que pour lui-même, sans aucune considération téléologique.

Première formule – KANT explique ainsi qu'un tel impératif, s'imposant de manière inconditionnée à la volonté « ne peut se poser qu'indépendamment de tout contenu »⁷. L'inverse ramènerait l'impératif catégorique à un impératif hypothétique en l'inscrivant dans le monde sensible, dans un rapport de moyen à fin. N'étant donc que « forme pure », l'impératif de la moralité « est donc, par-là, unique et universel »⁸.

Logiquement, de cette caractéristique, est déduite la formule principale de l'impératif : « Agis uniquement d'après la maxime⁹ qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle

¹ *Ibidem.*

² *Ibid.*

³ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p.85.

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, éd. de La Table Ronde, 2005, p.102.

⁸ F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, op. cit., p.102.

⁹ Ici, le terme de maxime est à comprendre comme les règles subjectives d'action que l'individu s'impose, conformément ou non à la loi morale.

devienne une loi universelle »¹. Purement formel, il est donc délié de tout empirisme et de toute contingence en ce qu'il n'est pas orienté vers une fin.

Deuxième formule – Toutefois, il serait illusoire d'envisager la volonté sans fin, sans qu'elle soit nécessairement tendue vers un objet. En effet, « vouloir, pour l'homme, n'est pas seulement vouloir selon des règles, c'est vouloir quelque fin, et se la représenter »². Néanmoins, pour être conforme à l'impératif catégorique délié du monde sensible, la volonté ne peut viser qu'une fin objective et universelle, existant *en soi* indépendamment des désirs et inclinations de chaque être. KANT affirme alors que « l'homme, et en général tout être raisonnable, *existe* comme fin en soi, et non pas simplement comme moyen »³.

De cette affirmation est déduite la deuxième formule de l'impératif catégorique : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »⁴. Cette deuxième formule place autrui comme fin nécessaire, inconditionnelle, absolue et universelle de tout acte moral. Il peut, bien entendu, être utilisé partiellement comme moyen mais ne doit pas l'être « simplement », uniquement comme tel⁵.

Autrui doit donc constituer la fin de toute action morale et la considération de sa nature, de sa singularité doit impérativement guider la volonté. Aussi, « choisir comme fin le respect des hommes, c'est choisir comme principe d'action d'obéir à la seule loi morale »⁶.

- 38.** De la même manière qu'autrui doit être aimé comme reflet de Dieu dans la morale chrétienne⁷, il doit être respecté comme reflet de l'humanité entière chez KANT. Si la charité et l'impératif catégorique sont des notions profondément distinctes à de nombreux titres, elles partagent cette exaltation d'autrui, son élévation comme finalité nécessaire de l'acte moral. De surcroît, elles placent toutes deux l'acte moral dans une relation intersubjective détachée de toute considération factuelle.

¹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.94.

² F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, *op. cit.*, p.128.

³ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.104.

⁴ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.105.

⁵ « Quand je demande à un marchand de me vendre un objet, à un garçon de café de me servir un verre de bière [...], il est clair que je traite [...] l'homme comme moyen. La moralité ne demande pas de s'abstenir de ce genre de rapports interhumains, abstention qui rendrait toute vie impossible. [...] Ce que Kant dit, ce n'est pas cela. C'est que je ne dois pas traiter les hommes, simplement [...] comme des moyens, mais aussi, en même temps [...] comme des fins. (F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, *op. cit.*, p.132.)

⁶ F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, *op. cit.*, p.138.

⁷ Cf. *supra* n°33.

Outre cette promotion d'autrui comme fin de l'acte moral, les morales chrétienne et kantienne articulent, de manière similaire, moralité et liberté.

§2. La moralité, source de liberté

- 39. Plan** – La considération d'autrui, caractéristique des axiologies chrétienne et kantienne, est renforcée par leur importance capitale dans la pleine réalisation du sujet. En effet, la morale chrétienne (**A.**) comme la morale kantienne (**B.**) conditionnent le plein exercice de la liberté individuelle au respect des préceptes qu'elles imposent.

A. Une liberté conditionnée dans la morale chrétienne

- 40. Antinomie entre péché et liberté** – Le conditionnement de la liberté au respect de la loi morale ressort clairement du texte biblique. Jésus énonce ainsi que « quiconque commet le péché est esclave »¹, ce à quoi Paul ajoutera : « là où est l'Esprit, là est la liberté »². Ce dernier explique également se complaire « dans la loi de Dieu du point de vue de l'homme intérieur » mais apercevoir « une autre loi dans [s]es membres qui lutte contre la loi de [s]a raison et [l]'enchaîne à la loi du péché »³. La commission d'un acte contraire à la loi morale, d'un péché, empêche ainsi tout exercice par l'individu de sa liberté. Le péché asservit par opposition au respect de la loi divine qui affranchit.
- 41. Affinement de l'opposition** – Cette binarité qui ressort du texte biblique a cependant été affinée par la doctrine de l'Église. En ressort ainsi une gradation de la liberté : « Plus on fait le bien, plus on devient libre » rappelle le Catéchisme de l'Église Catholique⁴. Partant du postulat que les bonnes actions, les actions conformes à la loi morale, sont quantifiables, les théologiens font varier l'exercice de la liberté d'un individu selon la moralité de son comportement.

¹ Jn 8, 34 (*La bible de Jérusalem*, trad. École biblique de Jérusalem, éditions du Cerf, 2000).

² 2 Co 3, 17 (*Ibidem*).

³ Rm 7, 22-23 (*Ibid.*).

⁴ *Catéchisme de l'Église Catholique*, Centurion / cerf / Fleurus-Mame / CECC, 1997, p.437, n° 1733.

Péché originel – La Genèse relate, entre autres, la déchéance de l’Homme du jardin d’Éden après avoir outrepassé l’interdiction divine de manger les fruits de l’arbre de la connaissance du bien et du mal¹. Cette violation de l’interdit a été « librement » choisie par l’Homme qui a failli dans l’usage de sa liberté, ce qui l’a « rendu esclave du péché »². Conformément à la théologie chrétienne, c’est donc par le péché originel que l’Homme s’est aliéné, a assujéti sa liberté au péché en s’éloignant de la loi morale divine.

Les degrés de liberté – Cependant, l’accès au plein exercice de la liberté est toujours possible et croît avec la moralité des actions de l’individu. En effet, « tant qu’elle ne s’est pas fixée définitivement dans son bien ultime qu’est Dieu, la liberté implique la possibilité de choisir entre le bien et le mal, donc celle de grandir en perfection ou de défaillir et de pécher »³. En somme, la liberté ouvre potentiellement la voie au péché⁴.

Cependant, une libre volonté accomplissant un acte immoral conduira progressivement mais inévitablement l’individu à « l’esclavage du péché »⁵. La liberté s’amenuiserait donc à mesure que les actions éloignent le sujet de la parole divine, du respect des préceptes moraux qu’elle porte⁶.

Toute personne est donc invitée à utiliser à bon escient cette liberté pour choisir le « bien » en suivant les préceptes chrétiens. Le respect du Décalogue révélé dans l’Ancien Testament⁷ constitue à ce titre le degré minimal de moralité exigé du croyant et s’inscrit logiquement comme « la première étape nécessaire sur le chemin vers la liberté, son commencement »⁸. Ce n’est toutefois qu’en se conformant aux préceptes portés par le Christ, à « la vérité qui [...] rend libre »⁹, que la liberté humaine atteint sa forme parfaite lorsque le croyant « en adhérant librement à [Dieu], s’achève ainsi dans une bienheureuse plénitude »¹⁰.

¹ Gn 3 (*La bible de Jérusalem, op. cit.*).

² *Catéchisme de l’Église Catholique, op. cit.*, p.438, n°1739.

³ *Catéchisme de l’Église Catholique, op. cit.*, p.437, n°1732.

⁴ Le péché est, en effet, commis volontairement par l’individu (cf. *infra* n°150). Cela est d’ailleurs clairement rappelé par le Catéchisme de Pie X : « Le péché actuel [par opp. au péché originel] est celui que l’homme, arrivé à l’usage de la raison, commet par sa libre volonté » (*Catéchisme de Pie X*, partie 5, chap. 5).

⁵ *Catéchisme de l’Église Catholique, op. cit.*, p.437, n°1733.

⁶ « En s’écartant de la loi morale, l’homme porte atteinte à sa propre liberté, il s’enchaîne à lui-même, rompt la fraternité de ses semblables et se rebelle contre la vérité divine. » (*Catéchisme de l’Église Catholique, op. cit.*, p.438-439, n°1740).

⁷ Ex 20, 2-17 ; Dt 5,6-21 (*La bible de Jérusalem, op. cit.*).

⁸ JEAN-PAUL II, *Lettre encyclique – La splendeur de la vérité*, 1993, spéc. n°13 (www.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html).

⁹ Jn 8, 32 (*La bible de Jérusalem, op. cit.*).

¹⁰ Concile Vatican II, *Gaudium et Spes*, 1965, spéc. n°17.

Le conditionnement de la liberté à la moralité, quoi que susceptible de degrés, constitue donc une composante majeure de l'ordre moral chrétien. Le même constat s'impose dans la morale kantienne.

B. Une liberté conditionnée dans la morale kantienne

- 42. Autonomie de la volonté** – Comme nous l'avons exposé, la morale kantienne est fondée sur l'impératif catégorique, impératif dont les deux premières formules ont été précédemment analysées¹. KANT expose, par la suite, la troisième et dernière formule de cet impératif. Il y conçoit « la volonté de tout être raisonnable [...] comme volonté instituant une législation universelle »². Naît ainsi le principe d'« autonomie de la volonté »³ par lequel la volonté se pose à elle-même ses propres lois. Un tel principe garantit la moralité de l'action de l'individu dont la volonté « n'est pas simplement soumise à la loi ; mais [...] y est soumise de telle sorte qu'elle doit être regardée comme *instituant elle-même la loi* »⁴. De ce fait, l'action est réellement faite *par respect* pour la loi morale et non conformément à elle, caractéristique capitale de la moralité d'une action dans ce système.
- 43. Volonté et liberté** – La volonté régit ainsi les actions des individus et occupe le rôle de « causalité des êtres [...] raisonnables »⁵. Elle les fait échapper à la causalité naturelle ou « causalité du désir »⁶, du monde sensible. Cette émancipation ne peut se faire que par la liberté, propriété de la volonté, qui lui permet « de pouvoir agir indépendamment de causes étrangères qui la déterminent »⁷. La liberté est donc à la source de l'acte moral.
- 44. Liberté et moralité** – Le raisonnement ne s'arrête toutefois pas là. Se limiter à une telle énonciation reviendrait, pour KANT, à énoncer que la liberté permet d'arbitrer entre respect et absence de respect de la loi morale, plaçant ainsi la volonté dans le monde sensible, dans le monde réel régi par la causalité naturelle. Or, suivant la logique kantienne, le monde

¹ Cf. *supra* n°37.

² E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.108.

³ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.111.

⁴ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.108.

⁵ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.127.

⁶ F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, *op. cit.*, p.176.

⁷ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.127. Le terme « étrangères » est ici à comprendre comme étrangère à la raison et s'assimile donc aux causes naturelles.

sensible rend impossible tout exercice d'une quelconque liberté puisqu'il enchaîne l'individu dans le déterminisme de ses désirs et de ses instincts. L'entreprise kantienne de construction d'une loi morale détachée de tout empirisme serait donc ruinée.

La liberté ne peut donc exister qu'en dehors du monde sensible et doit nécessairement résider dans le monde intelligible, celui de la raison. Aussi, la volonté « est libre en tant qu'elle est raison, et parce qu'elle se donne à elle-même sa loi ». Or, ce monde de la raison détaché de tout empirisme ne peut prendre d'autre forme que celle de l'impératif catégorique, de la loi morale, seule véritable loi de la raison émancipée de tout lien avec le réel¹. Par conséquent, « une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales sont [...] une seule et même chose »². L'individu n'est libre que lorsqu'il agit moralement, et inversement son immoralité le prive de toute liberté, puisqu'alors il obéit à des déterminations sensibles. Morale et liberté sont donc étroitement imbriquées³.

45. Conclusion de la Sous-section 1. – Dépassant les clivages existant entre les morales chrétienne et kantienne, l'analyse révèle une communauté d'esprit entre ces deux ordres moraux, reposant sur l'exaltation d'autrui placé en leur cœur.

Celle-ci réside, d'une part, dans son élévation comme finalité nécessaire de l'acte moral, au travers de la vertu théologique de charité dans le christianisme et de l'impératif catégorique chez Kant.

Elle s'observe, d'autre part, dans le conditionnement du plein exercice de la liberté individuelle à la moralité du sujet : ce n'est qu'à la condition d'accomplir un acte moral, prenant donc autrui comme fin, que l'individu pourra jouir pleinement de sa liberté.

Constituant ainsi une première source des valeurs civilistes classiques, les morales chrétienne et kantienne inspireront notamment la valeur de respect d'autrui, dont le contenu sera développé ultérieurement⁴.

Il nous faut maintenant analyser la seconde source des valeurs civilistes, très différente des premières : la morale libérale.

¹ Cf *supra* n°37.

² E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.128.

³ Kant affirmera d'ailleurs que « la liberté est [...] la *ratio essendi* de la loi morale, mais [...] la loi morale est la *ratio cognoscendi* de la liberté » (E. KANT, *Critique de la raison pratique*, *op. cit.*, p. 20).

⁴ Cf. *infra* n°106 et s.

Sous-section 2. La liberté individuelle au cœur de la morale libérale

46. Libéralisme politique et économique – Développé à partir du XVIII^{ème} siècle, le libéralisme est un courant philosophique, politique et économique promouvant la libération de l'individu puis la protection des libertés individuelles contre l'État et contre les autres membres de la société.

Sans rentrer dans des considérations qui nous éloigneraient de notre propos, cette volonté d'émancipation de l'individu passe principalement par un projet politique fondé autour du concept de droits naturels. Ces derniers, alors principalement matérialisés dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, constituent des droits fondamentaux et inaliénables garantissant la liberté de l'individu dans ses diverses formes – circulation, propriété, etc. – et pouvant être opposés au pouvoir politique.

Le volet économique du libéralisme suit une même logique d'émancipation. Bien que différents courants historiques puissent être distingués – physiocrates, libéralisme classique et néoclassique –, l'unité de la pensée économique réside dans la limitation drastique de l'intervention de l'État dans le marché. Qu'il s'agisse de la « main invisible » de SMITH¹ ou du modèle néoclassique de concurrence pure et parfaite², l'amélioration du fonctionnement du marché et de la production de richesses passent par l'expression et l'interaction libres des volontés individuelles, processus qui serait parasité par l'intervention économique de l'État.

47. Libéralisme et moralité – Même si la pensée libérale s'y est globalement peu attardée, certains auteurs classiques du libéralisme se sont directement intéressés à la question morale. En effet, une morale conçue, dans le propos qui précède³, comme un ordre normatif contraignant et conditionnant la liberté ne pouvait s'accommoder d'une philosophie qui

¹ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t.2, trad. G. Garnier, éd. GF Flammarion, 2022, Livre IV, chap. II, p.43.

² Ce modèle, progressivement établi par des économistes néo- classiques comme WALRAS, KNIGHT, ARROW ou encore DEBREU, est considéré comme une référence dans l'analyse économique. Les auteurs postulent que la concurrence pure et parfaite permettrait d'atteindre l'équilibre sur tous les marchés, c'est-à-dire la rencontre de l'offre et de la demande, sur le marché de l'emploi, des biens, de l'épargne, etc. (V. not. J.E. STIGLITZ, J.-D. LAFAY, C.E. WALSH, *Principes d'économie moderne*, 4^{ème} éd., De Boeck, 2014, p.543-546). La concurrence pure et parfaite repose sur la réunion de cinq éléments : l'atomicité (c'est-à-dire une multitude d'agents tant du côté de la demande que de l'offre), l'homogénéité des produits, la libre entrée et sortie sur le marché, la libre circulation des facteurs de production et la transparence de l'information. Bien que non représentatif de l'ensemble des théories économiques, ce modèle illustre la prégnance des impératifs de liberté et de fluidité promus par les théories libérales.

³ Cf *supra* n°29 et s.

place l'individu et sa volonté au cœur des questions métaphysiques, politiques et économiques. Aussi s'est-il avéré nécessaire de penser l'ordre moral afin de l'articuler avec ces systèmes de pensées individualistes.

Trois auteurs serviront de base à notre propos : LOCKE, BENTHAM et SMITH. Ceux que l'on compte parmi les plus emblématiques penseurs du libéralisme classique ont en effet développé une réflexion sur la question morale qui mérite notre attention car elle a posé les bases de ce que l'on nommera « la morale libérale ».

48. **Plan** – Bien qu'attribuant des fondements distincts à l'ordre moral (§1.), leurs réflexions sur ce dernier sont unies par une communauté d'esprit faisant de la morale une norme subjective façonnée par l'individu (§2.). Ce subjectivisme constitue la caractéristique fondamentale de la morale libérale.

§1. Des fondements distincts

49. **Plan** – Deux fondements de l'ordre moral sont à distinguer chez les théoriciens libéraux : le sentiment de sympathie développé par SMITH, d'une part (**A.**), et le bonheur développé par LOCKE puis BENTHAM, d'autre part (**B.**).

A. Le sentiment de sympathie

50. **Définition** – Exposée dans sa *Théorie des sentiments moraux*¹, la philosophie morale de SMITH est fondée sur l'expérience subjective de chaque individu. Pour lui, la personne est, contrairement aux postulats kantien, pleinement ancrée dans le monde réel, dans le monde sensible². Évoluant au gré des contingences propres à ce dernier, l'individu évalue instinctivement chaque situation qui se présente à lui. Ces jugements ont pour fondement le sentiment de sympathie qui désigne toute « affinité [de l'individu] avec toute passion quelle qu'elle soit »³. La sympathie n'est donc « pas une valeur ou un sentiment » en soi mais un

¹ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Quadrige/Puf, 2^{ème} éd., 2011.

² Cf. *supra* n°34 et s.,

³ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p.27.

simple « opérateur »¹, un instrument qui permet l'évaluation de tout évènement par l'individu.

51. Des jugements subjectifs – Après avoir défini cet « opérateur », SMITH s'attarde sur ses fonctions : le sentiment de sympathie permet d'évaluer la convenance d'une action ainsi que la vertu, le mérite ou le démérite d'une personne. L'ensemble de ces jugements n'est donc pas fondé sur une règle objective et extérieure à l'individu mais s'appuie uniquement sur le ressenti subjectif de celui-ci. En effet, SMITH énonce qu'afin d'évaluer la convenance d'une situation, l'individu ne fait que se référer à ses émotions. Ainsi, lorsque « les passions [...] de la personne principalement concernée [par la situation présente] sont en parfait accord avec les émotions sympathiques du spectateur, elles apparaissent nécessairement justes, convenables et adéquates à leur objet »² ; à l'inverse, le désaccord entre les passions d'une personne et les émotions du spectateur mène au jugement inverse.

Cette même logique se retrouve également en matière d'évaluation de la vertu d'un individu. Selon SMITH, la vertu ne consiste qu'en une action dépassant le simple degré de convenance. Le jugement de convenance étant intrinsèquement subjectif, la vertu l'est donc aussi nécessairement. Enfin, une même logique s'applique à l'évaluation du mérite ou du démérite d'une personne.

De manière générale, et pour conclure ce point, l'auteur affirme que « nous approuvons ou désapprouvons la conduite d'un autre homme suivant ce que nous sentons quand, ramenant son cas en nous-mêmes, nous pouvons ou non sympathiser complètement avec les sentiments et les motifs qui la dirigent »³. L'expérience précède ainsi la règle morale : c'est uniquement après avoir ressenti de la sympathie pour un fait ou une idée que l'individu en déduit sa moralité⁴.

52. Le spectateur impartial – Reléguer l'ordre moral aux sentiments de sympathie de l'individu présente cependant le risque de faire fluctuer la moralité d'un acte au gré des

¹ M. BIZIOU, C. GAUTIER, J.-F. PRADEAU, « Introduction », in. A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., p.7.

² A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., p.37.

³ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., p.171.

⁴ Sur l'empirisme de la morale libérale, cf *infra* n°61.

humeurs et envies de chaque individu. Pour autant, l'auteur n'abandonne pas l'idée de généralité et de constance de l'obligation morale.

Intervient alors la figure du « spectateur impartial », qui n'est autre que l'« agent » de l'opérateur de sympathie¹. Cette figure, formée par l'expérience du jugement, intervient comme un référentiel de conduite pour l'individu se perfectionnant au fil de son existence. Il est une figure distincte du sujet jugeant qui lui permet d'évaluer lui-même ses actions et celles des autres en mesurant l'adéquation ou l'écart avec ce référentiel. Ce spectateur impartial permet à SMITH de conférer une certaine objectivité et constance à sa philosophie morale en y atténuant la place de l'émotion et du ressenti, même s'il ne s'explique guère sur sa nature ou sur sa formation.

Malgré cela, cette figure n'enlève rien à la subjectivité de la morale smithienne qui, même en reprenant en substance les préceptes chrétiens, prend sa source dans l'individu et son ressenti.

Au sentiment de sympathie se substitue, chez LOCKE puis BENTHAM, le bonheur individuel comme fondement de l'ordre moral.

B. Le bonheur individuel

- 53. Plan** – Amorcée par LOCKE au XVII^{ème} siècle (1.), la philosophie morale plaçant le bonheur de l'individu comme étalon d'arbitrage entre Bien et Mal a été complétée et systématisée par BENTHAM au XVIII^{ème} siècle (2.)

1. Dans la philosophie de Locke

- 54.** Dans son *Essai philosophique concernant l'entendement humain* publié en 1689, LOCKE élabore une doctrine morale plaçant le bonheur ou le malheur projeté par l'individu à la source même de tout jugement². Comme chez SMITH, le jugement moral n'est qu'une sous-catégorie du jugement en général et relève donc de la même logique. Cela justifie qu'après

¹ M. BIZIOU, C. GAUTIER, J.-F. PRADEAU, « Introduction », in. A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., p.9.

² J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Livre de Poche, 2009.

avoir défini ce qu'il entend par les notions de Bien et de Mal, l'auteur s'intéresse au Bien et au Mal au sens moral.

55. Bien et Mal, au sens général – LOCKE établit une corrélation intangible entre les notions de Bien et de Mal, d'un côté, et celles de plaisir et de douleur, de l'autre. Il affirme que « les choses ne sont bonnes ou mauvaises que par rapport au plaisir, ou à la douleur »¹. Est donc Bien « ce qui est propre à produire et à augmenter le plaisir en nous, à diminuer et abrégier la douleur ; ou bien, à nous procurer ou conserver la possession de tout autre bien, ou l'absence de quelque mal que ce soit »². A l'inverse, et logiquement, est Mal « ce qui est propre à produire ou à augmenter en nous quelque douleur, ou à diminuer quelque plaisir que ce soit ; ou bien à nous causer du mal, ou à nous priver de quelque bien que ce soit »³.

56. Bien et Mal, au sens moral – Cette acception du Bien et du Mal est reproduite en matière morale. LOCKE énonce que ces notions « ne sont autre chose que la conformité ou l'opposition qui se trouve entre nos actions volontaires et une certaine loi [...] qui nous attire du bien ou du mal par la volonté et la puissance du législateur ; et [...] qui n'est autre chose que le plaisir ou la douleur qui [...] accompagnent l'observation ou la violation de la loi »⁴.

L'auteur compte, parmi les lois visées⁵, la loi « divine » qu'il considère comme la « seule pierre de touche par où l'on peut juger de la rectitude morale »⁶ d'une personne. LOCKE se réfère bien entendu ici à la loi morale chrétienne exposée auparavant⁷. Il a été démontré, à son sujet, que celle-ci doit être suivie par amour pour Dieu et non par volonté de se préserver d'un mal ou de se garantir un bien. Rien de tel pourtant chez LOCKE : les hommes jugent du bien ou du mal « si en qualité de devoirs ou de péchés, [leurs actions] peuvent leur procurer du bonheur ou malheur de la part du Tout-puissant »⁸. Certes, il se réfère à Dieu

¹ J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, op. cit., p. 385, II, 20, §2.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, op. cit., p.544, II, 28, §5.

⁵ Locke distingue trois sortes de lois morales : la loi divine, la loi civile et la loi d'opinion et de réputation (J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, op. cit., p.545, II, 28, §7). La notion de loi morale est donc très largement entendue, ce qui justifie, afin de donner de la cohérence à notre propos, de le restreindre à la loi divine, la plus à même d'être considérée comme une loi morale au regard des deux autres.

⁶ J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, op. cit., p.546, II, 28, §8.

⁷ Cf. *supra* n°32-33 et 40-41. Nous sommes bien conscients que la doctrine théologique a pu évoluer depuis et que Locke était de confession protestante. Il n'en reste pas moins chrétien et les principes moraux fondamentaux exposés plus tôt dans nos développements s'appliquent à l'ensemble des courants du christianisme.

⁸ J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, op. cit., p.546, II, 28, §8.

comme source de la loi morale ; Bien et Mal restent toutefois indexés sur les individus et leur subjectivité, non sur la puissance et la connaissance transcendantales de Dieu, comme dans la morale chrétienne¹.

Le Bien ou le Mal, dans leur sens moral, ne dépendent donc pas de l'acte en lui-même mais uniquement du bonheur ou du malheur qui en découle ou en découlerait pour l'individu.

Le système lockien reste cependant peu étayé à ce sujet. Il faudra attendre les écrits de BENTHAM pour que soit véritablement systématisé l'usage du bonheur individuel comme critère d'évaluation de la moralité d'une action.

2. Dans la philosophie de Bentham

57. Principe d'utilité – Dans son *Introduction aux principes de morale et de législation* publiée en 1789, BENTHAM a développé une philosophie politique et morale fondée sur le principe d'utilité². L'usage de ce principe consiste à « approuve[r] ou désapprouve[r] toute action [...] selon la tendance qu'elle semble avoir à augmenter ou à diminuer le bonheur de la partie dont l'intérêt est en jeu ou, en d'autres termes, à promouvoir ce bonheur ou à s'y opposer »³. Est donc considéré comme utile ce qui « tend à produire du bénéfice, des avantages, du plaisir, du bien ou du bonheur [...] ou [...] à empêcher que du dommage, de la douleur, du mal ou du malheur n'adviennent »⁴. Il ne s'agit donc pas ici de l'utilité telle qu'elle est communément appréhendée, c'est-à-dire au sens matériel qualifiant un moyen pratique, profitable vers une fin quelconque. L'utilité est, pour BENTHAM, uniquement entendue comme synonyme de favorable au bonheur de l'individu. La logique est donc exactement similaire dans ses fondements à celle développée par LOCKE⁵.

La différence se situe dans l'aboutissement de la théorie : BENTHAM étend le champ de ce principe, non seulement à l'ordre moral, mais aussi à l'ordre juridique. Il l'érige en principe général et absolu devant guider les décisions tant individuelles que collectives.

¹ Cf. *supra* n°32-33.

² J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011.

³ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p.26, n°2.

⁴ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p.26, n°3.

⁵ Cf. *supra* n°54-56.

- 58. Utilité et sympathie** – Après l’avoir identifié positivement, BENTHAM distingue le principe d’utilité d’autres principes, dont le principe de sympathie¹. Ce point marque une opposition claire entre les théories smithienne et benthamienne. En effet, ce dernier critique de manière virulente le critère de sympathie de SMITH qui s’apparenterait plus à un caprice du sujet qu’à un véritable fondement conséquent de l’ordre moral. BENTHAM considère ainsi que ce principe ferait varier le jugement individuel concernant un acte ou une personne selon que « quelqu’un se trouve disposé à les approuver ou à les désapprouver, tenant cette approbation pour une raison suffisante à elle-même »². Dénuée de toute emprise stable et quantifiable sur le réel, la sympathie ne ferait « qu’élever chaque sentiment en fondement et norme de lui-même »³.

Deux fondements de l’ordre moral ressortent donc des travaux des penseurs libéraux : la sympathie et le bonheur. Bien qu’en apparence distincts, ils sont unis par un subjectivisme identique qui constitue la caractéristique principale de la morale libérale.

§2. *Un subjectivisme identique*

- 59. Plan** – Les libéraux ont élaboré une morale profondément subjective. En effet, l’ensemble de l’édifice moral est surplombé par l’individu, érigé en moraliste souverain (**A.**). Définissant librement les notions de bien et de mal, l’individu n’est plus contraint de prendre autrui pour fin ; ce dernier est simplement et logiquement envisagé comme une limite (**B.**).

A. L’individu, moraliste souverain

- 60. Un arbitrage individuel** – Que l’on se réfère à la théorie smithienne, lockienne ou benthamienne, l’individu est immanquablement érigé en arbitre du bien et du mal. La morale est façonnée par la personne, au travers de ses sentiments ou de sa raison. Chez LOCKE et BENTHAM, l’arbitrage entre bien et mal est effectué consciemment par l’individu évaluant

¹ Cf. *supra* n°50 et s.

² J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p.39, n°11.

³ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p.41, n°12.

une situation ou une personne. En revanche, une telle présentation serait trop caricaturale concernant les travaux de SMITH.

D'une part, chez ce dernier, le propos est plus nuancé dès lors que sa morale est fondée sur le sentiment de sympathie. Or, la notion de sentiment recouvre toute « faculté de sentir, de comprendre ou d'apprécier un certain ordre de choses, de valeurs »¹ : il mêle donc *sensation*, processus instinctif presque inconscient, et *appréciation*, processus évaluatif conscient. La moralité smithienne n'est donc pas pleinement et absolument reléguée à un arbitrage individuel conscient.

D'autre part, le jugement moral chez SMITH prend aussi en compte le jugement d'autrui et de la société, ceux-ci participant à l'évaluation de la moralité d'une situation². Le jugement de la collectivité ne reste cependant qu'une variable parmi d'autres au sein de ce processus individuel d'évaluation.

Ainsi, bien que partiellement instinctif et collectif, le jugement moral chez SMITH reste profondément subjectif et grandement relégué aux penchants et inclinations individuels de chaque individu.

61. Une morale empirique – Seule l'expérience permet à l'individu de devenir ce moraliste souverain. Les auteurs libéraux accordent en effet une importance capitale aux faits, au réel, à l'expérience individuelle. Celle-ci n'est plus, comme dans les morales kantienne ou chrétienne, le terreau de l'immoralité³, mais son exact opposé : la moralité y prend ses racines. Le jugement moral ne peut se former qu'empiriquement par l'observation des conséquences attachées à chaque acte, chez BENTHAM et LOCKE⁴, ou « en constatant [de manière répétée] que toutes les actions d'un certain genre ou déterminées par telle ou telle circonstance sont approuvées ou désapprouvées »⁵, chez SMITH.

Ce dernier illustre d'ailleurs parfaitement cet empirisme lorsqu'il évoque la question de l'homicide, interdit moral et juridique primordial. Loin d'être le produit d'une norme naturelle, fondamentale ou même transcendantale, l'immoralité de l'homicide ne serait que

¹ www.cnrtl.fr. V° « sentiment », sens II., B. (date de consultation : 01/10/2022).

² V. not. A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Quadrige/Puf, 2^{ème} éd., 2011, p.225-226.

³ Cf. *supra* n°39 et s.

⁴ LOCKE réfute d'ailleurs expressément l'existence d'un quelconque principe inné chez l'homme (J. LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Livre de Poche, 2009, p.133 et s. (I, 1, §1)).

⁵ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p.226.

le produit de l'« aversion » ressentie à la vue ou à la pensée d'un tel acte, cette aversion constituant ensuite le socle de la règle générale prohibant le meurtre¹.

62. La liberté, préoccupation fondamentale – Ce subjectivisme et cet empirisme sont cohérents avec le système de pensée de ces auteurs. Ayant placé la liberté individuelle au centre de l'ensemble de leurs réflexions politiques, philosophiques et économiques, il est naturel qu'il en soit de même en matière morale. La liberté étant fondamentale, la morale ne pouvait être que subjective et empirique afin de laisser l'individu disposer pleinement de cette liberté. La morale libérale est donc façonnée uniquement au regard de cette liberté individuelle qui surpasse toute autre considération.

63. La liberté, condition de la moralité – L'articulation entre moralité et liberté en est bouleversée. Contrairement aux morales chrétienne et kantienne², la liberté n'est plus une conséquence mais une condition de la moralité. Finalement, seul l'exercice par l'individu de sa liberté peut garantir la moralité de son action, puisque c'est en arbitrant par sa raison ou ses sentiments qu'il déterminera le contenu des notions de Bien et de Mal.

En d'autres termes, la liberté garantit la moralité, qui n'est autre chose que la traduction de la liberté. On ne s'étendra pas plus avant sur le caractère tautologique de ce raisonnement, qui n'a finalement d'autre but que de préserver la liberté de l'individu, à défaut de garantir sa moralité.

¹ « L'homme qui, pour la première fois, observa un meurtre inhumain commis par avarice, envie, ou par un injuste ressentiment sur une personne qui, de plus, aimait et avait confiance en son meurtrier, qui vit les derniers tourments de la personne mourante, et qui l'entendit expirer en se lamentant bien plus de la perfidie et de l'ingratitude de ce traître que de la violence qui lui avait été faite ; cet homme n'eut pas besoin, pour concevoir combien une telle action était horrible, de réfléchir que l'interdiction d'ôter la vie venait de l'une des règles de conduite les plus sacrées, que cette action était une violation manifeste de cette règle et que, conséquemment, elle était très blâmable. Il est évident que son aversion pour ce crime naquit de manière instantanée, avant qu'il ait formé pour lui-même une telle règle générale. Au contraire, la règle générale qu'il pourrait se former ensuite, serait fondée sur l'aversion qu'il a senti naître nécessairement en son cœur, à la pensée de cette action et de toutes les autres du même genre » (A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, op. cit., p.226). Cet extrait appelle plusieurs remarques concernant la morale smithienne. Tout d'abord, ses dimensions factuelle et émotionnelle surprennent dans un domaine moral, soucieux d'établir des règles générales, stables et absolues visant au perfectionnement de l'individu et des rapports interindividuels. Comment alors établir une règle générale à partir d'un exemple aussi circonstancié, factuel et appelant clairement à l'émotion et à la sensibilité du lecteur ? Comment légitimer l'interdit du meurtre à partir d'un exemple aussi restreint ? De même, comment expliquer ce rejet quasi-unanime de l'homicide par les membres de la société alors même que la grande majorité d'entre eux n'ont jamais été témoins d'un tel acte ? À notre sens, l'empirisme libéral pêche ici par excès de simplicité et montre ses limites dans l'élaboration d'une véritable morale ne résidant pas uniquement dans un arbitrage individuel dénué de portée collective.

² Cf. *supra* n°39 et s.

Enfin, la prépondérance de la liberté sur la moralité influe nécessairement sur la place d'autrui dans l'acte moral.

B. Autrui, limite de l'acte moral

64. La morale libérale étant centrée sur l'individu et sur l'exercice de sa liberté, elle ne peut laisser qu'une place secondaire, résiduelle, à autrui. La morale prend sa source dans le for intérieur de la personne qui doit pouvoir agir selon ses propres critères de moralité. Contrairement aux morales chrétienne et kantienne¹, autrui ne constitue plus la fin nécessaire de tout acte moral. La morale libérale ne s'ordonne donc plus de manière systématique autour d'une relation intersubjective.

Il ne faut pourtant pas déduire d'un tel constat la toute-puissance de l'individu : l'absence de prise en compte d'autrui reviendrait à anéantir toute idée de société ou de collectivité, dès lors que chaque individu pourrait légitimement nuire à autrui, notamment en entravant l'exercice de sa propre liberté. Ainsi, quoiqu'autrui ne soit pas nécessairement la fin de l'acte moral, il intervient inmanquablement comme *limite* à ce dernier. Arbitrant librement entre bien et mal, l'individu ne doit pas, pour autant, porter volontairement atteinte à la capacité d'autrui d'exercer cette même prérogative.

Est ainsi considéré comme moralement bon ce qui profite au sujet agissant – ce qui lui est sympathique ou utile, selon les auteurs –, mais à la condition que cela ne nuise pas à cette même liberté morale d'autrui.

65. Conclusion de la Sous-section 2. – Bien que reposant sur des fondements différents – sentiment de sympathie ou bonheur individuel –, les philosophies morales développées par les auteurs libéraux classiques restent unies par un identique subjectivisme qui rend légitime leur regroupement sous cette dénomination de morale libérale. Cette dernière constitue ainsi une axiologie subjective, empirique et fondée sur la liberté individuelle de chaque personne.

¹ Cf. *supra* n°31 et s.

66. Conclusion de la Section 1. – L’antagonisme entre les sources des valeurs civilistes est donc saisissant. Les oppositions sont multiples.

D’abord, là où les morales chrétienne et kantienne placent autrui comme la fin nécessaire de tout acte moral – au travers de l’impératif catégorique et de la vertu de charité –, la morale libérale l’inscrit comme une simple limite.

Ensuite, alors que la moralité conditionne la liberté chez les premiers, la relation est inversée pour la seconde.

Enfin, tandis que les préceptes moraux chrétiens et kantien se veulent objectifs, intangibles et extérieurs à la volonté individuelle, les libéraux établissent un ordre moral subjectif dont l’épicentre est l’individu, érigé en moraliste souverain.

Malgré ce profond antagonisme au niveau de leurs sources, les valeurs civilistes classiques profitent d’un contenu cohérent.

Section 2. Un contenu cohérent

67. L’antagonisme des sources des valeurs civilistes laisse place à une certaine cohérence de leur contenu. Malgré les profonds clivages idéologiques opposant la morale libérale et les morales chrétienne et kantienne, le Code civil est parvenu, sans se contredire, à puiser dans ces trois ordres pour former un système axiologique cohérent au sein du droit des obligations¹. Ainsi, la volonté individuelle se voit conférer une valeur normative ; pourtant, ses prérogatives sont limitées par autrui dont l’intégrité physique, matérielle et morale doit être impérativement respectée.

¹ Notre propos portera largement sur le droit des contrats et, de manière plus restreinte, sur le droit de la responsabilité délictuelle. Il ne s’agit pourtant pas d’un choix de fond – le droit de la responsabilité ayant subi de nombreuses évolutions axiologiques depuis la promulgation du Code – mais d’un choix pratique : le droit de la consommation n’a que peu mobilisé des concepts issus de ce domaine. Il nous apparaît, dès lors, plus opportun de nous concentrer sur le droit des contrats qui, pour sa part, a été profondément bouleversé par l’arrivée de cette nouvelle législation. Sur la définition du champ d’étude concernant le Code civil, cf. *supra* n°23.

- 68. Plan** – Deux valeurs morales se dégagent de l'étude du Code civil pré-consumériste¹ : du point de vue individuel, l'autonomie de la volonté (**Sous-section 1.**) ; du point de vue interindividuel, le devoir de respect d'autrui (**Sous-section 2.**). Sans prendre parti sur l'opportunité ou la légitimité de ce système de valeurs, il apparaît difficile de nier sa cohérence.

Sous-section 1. L'autonomie de la volonté

- 69. Plan** – L'analyse de la valeur d'autonomie de la volonté s'effectuera en deux temps. Il nous faudra, d'abord, étudier les manifestations de cette valeur dans le Code civil pré-consumériste (§1.). Par induction, ces manifestations nous permettront d'identifier la nature et le contenu de l'autonomie de la volonté, valeur civiliste classique directement issue de la morale libérale (§2.).

§1. Les manifestations de l'autonomie de la volonté

- 70. Remarque liminaire** – Les développements qui suivent visent à analyser les manifestations, dans le droit civil pré-consumériste, de la valeur d'autonomie de la volonté. Les articles qui seront cités ici ont été renumérotés suite à la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Afin de bien marquer la temporalité dans laquelle nous situons notre propos, nous conserverons l'ancienne numérotation.
- 71. Plan** – De l'étude du droit positif pré-consumériste ressort un double constat : la volonté se voit conférer une valeur normative (**A.**) ; elle profite, en outre, d'une protection contre toute intervention exogène (**B.**).

¹ Sur la notion, cf. *supra* n°23.

A. *Une volonté normative*

- 72. Plan** – La normativité de la volonté ressort de l’ancien article 1134 du Code civil qui la place à la source de l’engagement contractuel (1.). Elle est accentuée par la primauté que lui accorde le Code civil, tant sur le juge que sur la forme du contrat (2.).

1. *Une volonté à la source de l’engagement contractuel*

- 73. L’ancien article 1134 du Code civil** – Un célèbre article, emblématique de l’esprit civiliste, surgit instantanément dans l’esprit de tout juriste s’interrogeant sur la place de la volonté en matière contractuelle : l’ancien article 1134 alinéa 1^{er}. Le texte dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »¹. Il consacre la liberté contractuelle, c’est-à-dire la liberté de contracter ou non, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu du contrat, ainsi que son corollaire : la force obligatoire des conventions.

- 74. La loi prime juridiquement sur la volonté** – Cela ne vaut, toutefois, qu’à la condition que ces conventions soient « légalement formées ». Cela implique notamment « le consentement de celui qui s’oblige », selon l’ancien article 1108 du Code civil². Ainsi, par son consentement libre et éclairé, par sa volonté, toute personne peut créer une norme ayant une valeur contraignante, à condition bien sûr que cette volonté rencontre celle d’autrui.

Pourtant, une telle assertion n’a pas toujours été partagée par tous les commentateurs, certains d’entre eux ayant remis en cause le caractère fondamental de la volonté individuelle dans la création d’obligations. S’appuyant sur la condition que les conventions doivent être « légalement formées », ils ont à raison mis l’accent sur la loi comme source de normativité de la convention, au lieu et place du consentement³. PORTALIS énonçait ainsi que « le maintien de l’ordre public dans une société est la loi suprême » et qu’ainsi, « protéger des

¹ Le nouvel article 1103 du Code civil est sensiblement similaire puisqu’il dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Cette différence de sujet s’explique par une redéfinition des termes de contrats et de conventions qui ne nous retiendra pas ici tant elle nous éloignerait de notre propos.

² Les conditions de validité du contrat sont aujourd’hui présentes à l’article 1128 qui vise « le consentement des parties ». Une fois de plus, le contenu des deux articles reste sensiblement similaire pour ce qui touche à notre propos.

³ À ce sujet, V. not. E. GOUNOT, *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau éd., 1912.

conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'État »¹. La loi primerait donc sur les volontés particulières qui n'auraient de valeur qu'en vertu de celle-ci².

75. La volonté prime axiologiquement sur la loi – Il n'est cependant pas de notre propos de renverser cette hiérarchie et de prouver que la norme particulière instaurée par le contrat prime sur la norme générale de la société qu'est la loi. Notre propos est de déterminer les manifestations de la valeur d'autonomie de la volonté au sein du Code civil pré-consumériste. Il ne s'agit donc pas d'établir une vérité juridique mais *axiologique*³.

Aussi, pouvons-nous affirmer, en nous affranchissant de ces débats⁴, que l'ancien article 1134 confère à la volonté individuelle une autorité certaine, un pouvoir d'arbitrage dont l'ordre juridique prend acte et que le Code civil l'érige en principe premier, en principe générateur du contrat. En effet, même si la loi permet bien évidemment de sanctionner cet engagement, on ne peut nier la puissance conférée aux volontés des parties qui, au moment de leur rencontre, actent la naissance du contrat. Une telle négation reviendrait à couper le Code civil de ses racines axiologiques et ainsi s'empêcher d'en comprendre la portée philosophique et politique.

Ce pouvoir normatif octroyé à la volonté est renforcé par la préférence que lui accorde le Code civil.

¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, éd. 1827, t. VI, p.362.

² Pour un approfondissement de la question, cf. *infra* n°90-91.

³ Pour un approfondissement de la distinction, cf. *infra* n°92-96.

⁴ Sur la question de l'existence juridique de l'autonomie de la volonté : pour une approche historique, V. not. : V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980 – Pour une approche juridique, V. not. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *op. cit.* ; E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997.

2. Une volonté préférée

76. Plan – La volonté individuelle profite d’une confiance particulière de la part du législateur. Celle-ci ressort de la primauté qui lui est accordée par rapport au juge (**a.**) et par rapport à la forme du contrat (**b.**), cette double primauté découlant du principe de force obligatoire exposé précédemment.

a. Une volonté primant sur le juge

77. Plan – L’intervention du juge dans le contenu du contrat était strictement prohibée dans le Code civil pré-consumériste. Son immixtion au sein de la relation contractuelle était perçue comme potentiellement néfaste en ce qu’elle pourrait modifier le contenu du contrat, consenti par les parties. Deux exemples incarnaient parfaitement cette préférence accordée à la volonté : la sanction très cantonnée de la lésion par le Code (**a.**) et le refus de toute révision pour imprévision par la jurisprudence (**β.**).

a. Le rejet de la lésion comme cause générale de rescision

78. Définition – La lésion désigne le « préjudice que subit l’une des parties au contrat [...] du fait de l’inégalité originaire des prestations réciproques », d’une « disproportion de valeurs entre elles »¹. Dans cette hypothèse, les parties ont valablement consenti mais les prestations des parties s’avèrent déséquilibrées.

Dans sa rédaction initiale, en son ancien article 1118, le Code civil comptait la lésion comme un vice du consentement au champ d’application extrêmement limité. Sont ainsi notamment soumis à une rescision pour lésion les actes lésionnaires du mineur non émancipé², les partages faisant subir à un des copartageants une lésion de plus du quart³ ou encore toute vente d’immeuble lésant le vendeur de plus des sept douzièmes⁴.

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 608. V° “Lésion”.

² Art. 1305, C. civ. anc.

³ Art. 887, C. civ.

⁴ Art. 1674, C. civ.

79. Méfiance à l'égard du juge – Les hypothèses étaient donc peu nombreuses et bien circonscrites, même si de nouvelles sont apparues ultérieurement¹. Cette stricte limitation n'est que le reflet de la préférence accordée à la volonté des parties et, corrélativement, de la méfiance du législateur envers le juge. En effet, faire de la lésion un vice d'application générale reviendrait à permettre au juge de vérifier systématiquement l'égalité des prestations réciproques au sein de chaque contrat. Offrir une telle prérogative au juge serait doublement contraire aux principes libéraux. Non seulement le système économique libéral repose sur la fluctuation des prix au gré de la loi de l'offre et de la demande, ce qui exclut l'idée d'un juste prix, d'un prix objectif, mais surtout « les parties sont libres[,] à elles d'apprécier et défendre leurs intérêts »². Dans la logique civiliste classique, sauf certaines hypothèses particulièrement caractérisées, si les parties ont consenti à un contrat déséquilibré, il n'y a pas de raison d'intervenir car elles sont les meilleurs juges de leurs intérêts.

Tel est l'esprit sous-jacent au régime de la lésion, esprit qui traduit une préférence accordée à la volonté individuelle par le législateur.

β. Le refus de toute révision pour imprévision

80. La révision pour imprévision – Contrairement à la lésion, l'hypothèse de l'imprévision concerne des cas de déséquilibres survenus au cours de l'exécution du contrat et non lors de sa formation : un événement imprévisible survient et bouleverse l'équilibre des prestations convenu entre les parties. En principe, le juge ne pouvait intervenir que pour remédier à un cas fortuit ou un cas de force majeure³, ultérieurement défini par la jurisprudence comme un « événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution »⁴.

¹ La rescision est notamment possible en matière d'acte lésionnaire conclus par des majeurs protégés placés sous sauvegarde justice (art. 435, al. 2, C. civ. actuel), sous tutelle ou sous curatelle (art. 488, al. 1^{er}, C. civ. actuel). La lésion est aussi sanctionnée dans divers contrats particuliers tels que les contrats de ventes de semences, d'engrais ou de plants destinés à l'agriculture ou encore les conventions d'assistance maritime (pour un exposé détaillé des hypothèses de sanction de la lésion, V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2019, n°433, p.485 et s.).

² F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p.484, n°431.

³ Art. 1147 et 1148, C. civ. anc.

⁴ Cass. AP, 14 avril 2006, n°02-11.168 : *Bull. ass. plén.*, n°5 ; *JCP G* 2006. II. 10087, note P. Grosser ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. P. Jourdain ; *D.* 2006. 1577, note P. Jourdain ; *Ibid.* 1933, obs. Ph. Brun ; *JCP E* 2006. 2224, n°11, obs. Legros ; *Gaz. Pal.* 2006. 2496, concl. R. de Gouttes ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. É. Savaux ; *CCC* 2006. comm. 152, obs. L. Leveneur. Bien que cet arrêt soit postérieur à la période pré-consumériste du Code civil et qu'il abandonne notamment la

Hormis cette hypothèse strictement limitée, le principe était que le contrat continuait de tenir « lieu de loi » aux parties¹. Certains débiteurs avaient, toutefois, tenté de solliciter l'intervention du juge, tentative qui s'est soldée par un échec avec le célèbre arrêt *Canal de Craponne* rendu par la chambre civile de la Cour de cassation en 1876². Au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, la Cour dénia aux juges tout pouvoir de révision du contrat « quelque équitable que puisse leur paraître leur décision ». La règle de l'article 1134 fut érigée au rang de règle « générale, absolue » et intemporelle en ce qu'elle n'était que la « reproduction des anciens principes constamment suivis » en matière contractuelle.

Une telle solution, dictée notamment par la volonté de garantir la sécurité juridique, la stabilité du contrat, et plus généralement du système économique³, incitait donc les parties à prévoir en amont des clauses d'adaptation du contrat. Une fois encore, cette préférence accordée à la volonté des parties au détriment du juge ressort pleinement de cette jurisprudence qui affina le sens de l'ancien article 1134 du code civil. Ainsi, suivant celle-ci, les parties s'organisent librement ; leur volonté lors de la formation du contrat doit être respectée même si elle a pu évoluer par la suite. La stabilité normative de cette volonté était toujours jugée préférable à l'intervention du juge perçue comme porteuse de désordres juridique et économique.

De surcroît, la volonté des parties, parfois évanescence, prime sur la forme même du contrat.

condition d'extériorité de l'évènement, cette définition a le mérite de la clarté et de l'unicité. De surcroît, l'abandon de la condition d'extériorité n'influe aucunement sur le propos qui nous retient ici.

¹ Art. 1134 anc., C. civ.

² Cass. civ., 6 mars 1876, *D.76. 1. 195*, note Giboulot ; *S. 76. 1. 161.* ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°165, p.172 et s. Cette solution n'a aujourd'hui plus cours depuis l'ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par la loi du 20 avril 2018 qui a créé le nouvel article 1195 du Code civil. Celui-ci prévoit une possibilité conditionnée d'avoir recours au juge en cas de changement de circonstances imprévisible survenu au cours de l'exécution du contrat.

³ Pour des explications plus détaillées sur les motifs ayant sous-tendu cette jurisprudence, V. : H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, p.178, n°4.

b. Une volonté primant sur la forme du contrat

81. Absence de formalités *ad validitatem* – Par principe, sauf texte spécial, le contrat ne doit remplir aucune condition de forme *ad validitatem*. La volonté peut donc s'exprimer librement, dans les formes souhaitées par les parties, sans que le législateur s'immisce dans la matérialisation du consentement.

Bien que le Code civil identifie certains contrats – dits nommés – en leur attachant un régime particulier, les parties sont libres de conclure des contrats *sui generis*, « spécialement forgés par les parties pour répondre à des besoins très spécifiques »¹ et ne rentrant dans aucune catégorie prédéfinie.

Cette liberté est certes tempérée par des règles de preuve imposant, par exemple, la rédaction d'un écrit ; elle n'en reste pas moins un principe contractuel fondamental et illustre la primauté de la volonté des parties sur la forme du contrat.

82. La recherche de l'intention des parties – Cette primauté s'exprime aussi dans les règles d'interprétation des conventions par le juge. L'ancien article 1156 du Code civil l'invitait ainsi à rechercher la « commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cette directive d'interprétation fait donc primer l'esprit sur la lettre du contrat. En d'autres termes, « ce qui a été dit importe peu ; compte seul ce qui a été voulu »².

Quoique la jurisprudence ait dénié à cet article un caractère impératif³, il n'en reste pas moins la première directive d'interprétation adressée au juge. Les travaux préparatoires du Code civil montrent d'ailleurs l'attachement et la puissance de cette directive considérée, au même titre que l'ensemble de la section, comme une émanation directe de l'« équité »⁴ ou encore de « règles universelles [ayant] reçu l'approbation de tous les siècles »⁵.

L'approbation de cette règle n'est guère surprenante puisqu'elle repose sur une logique similaire aux exemples précédents : la volonté, l'intention des parties, doit primer sur la lettre du contrat au même titre qu'elle doit primer sur l'intervention du juge. Une fois encore, le

¹ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2019, n°95, p.108.

² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, p.868, n°618.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1995, n°94-10.478 : *Bull. civ. I*, n°466, p.324 ; *JCP 96*, IV, 356 ; *RTD civ.* 1996. 611, obs. J. Mestre.

⁴ A. FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Librairie Videcoq, 1836, p.423.

⁵ A. FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, p.325.

législateur manifeste une grande confiance en cette volonté qui doit guider prioritairement le juge dans son interprétation.

Dotée d'un pouvoir normatif, la volonté est, de surcroît, l'objet d'une protection particulière contre toute intervention exogène.

B. Une volonté protégée

83. La volonté individuelle jouit d'une double protection : contre certains vices pouvant l'affecter, d'une part ; et contre l'intervention des tiers, d'autre part.

84. Contre certains vices pouvant l'affecter – Seule une volonté libre et éclairée peut être créatrice d'obligations. L'ancien article 1109 imposait ainsi que le consentement soit « valable », c'est-à-dire qu'il n'ait pas été « donné par erreur », « extorqué par violence » ou « surpris par dol », en somme qu'il ne soit pas entaché d'un vice du consentement¹. Définis comme le « nom commun donné aux diverses perturbations qui, lors de la formation de l'acte juridique, entament la lucidité ou la liberté du consentement (erreur, dol, violence) sans cependant l'abolir entièrement »², les vices du consentement permettent à la partie dont le consentement a été altéré d'agir en nullité du contrat.

S'ils recouvrent indéniablement des hypothèses bien distinctes sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir³, ces trois vices ont en commun d'obscurcir ou de contraindre la volonté, l'empêchant alors d'être libre et éclairée. En ouvrant la possibilité aux parties victimes des vices d'agir en nullité, le législateur protège la volonté des parties au contrat. Il concrétise, par là même, la place prépondérante conférée à celle-ci : sans elle, le contrat ne peut exister juridiquement et se justifier axiologiquement.

85. Contre l'intervention des tiers – Par ailleurs, cette protection de la volonté contre certains vices se double d'une protection contre l'intervention des tiers. L'ancien article 1165 disposait, en effet, que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles

¹ Art. 1130 et s., C. civ. actuel.

² G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.1075. V^o vice, sens 2.

³ Cf. *infra* n°122 et s.

ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas [d'une stipulation pour autrui] »¹. Cet article constituait le socle textuel de l'effet relatif des conventions qui postule que celles-ci n'ont d'effet qu'entre les parties y ayant consenti. Les tiers ne peuvent s'immiscer dans la relation contractuelle ; à l'inverse, le contrat ne peut en aucun cas les obliger.

Cette règle a été, à raison, considérée comme « l'un des corollaires de la théorie de l'autonomie de la volonté : chaque individu étant indépendant, seule sa volonté peut restreindre sa liberté et le lier » et, à l'inverse, « ne peuvent être tenus que ceux qui l'ont voulu »². Bien que le droit positif ait, depuis maintenant quelques décennies, assoupli ce principe « avec le recul de l'autonomie de la volonté »³, l'effet relatif était clairement affirmé par le Code civil comme une conséquence logique de la liberté contractuelle⁴.

86. **Bilan du §1. Détermination de la prescription, terreau d'identification de la valeur –**

Des dispositions du Code civil pré-consumériste ressortent ainsi deux prescriptions : la volonté individuelle doit constituer la source de l'engagement contractuel ; la volonté individuelle doit être protégée. Ces deux prescriptions peuvent être réunies au sein d'une même prescription : il faut protéger les volontés individuelles et garantir leur libre exercice dans les rapports interindividuels.

L'identification de cette prescription générale subsumant une pluralité de dispositions nous permet d'en induire la valeur d'autonomie de la volonté.

¹ Le principe d'effet relatif des conventions est, en substance, repris à l'actuel article 1199 du Code civil.

² F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, 2019, p.745-746, n°670.

³ *Ibidem*.

⁴ Lors de l'exposé des motifs, BIGOT DE PRÉAMENEU, l'un des rédacteurs du Code, énonce simplement que « chacun ne pouvant contracter que pour soi, les obligations ne doivent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes [...]. Il serait injuste qu'un acte auquel une tierce personne n'a point concouru pût lui être opposé » (A. FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 238). L'idée est donc simple et directement reliée à la liberté contractuelle : le tiers ne peut être affecté par une convention à laquelle il n'a pas consenti.

§2. L'identification de l'autonomie de la volonté

87. Plan – L'étude des différentes normes protégeant et exaltant la volonté individuelle prend sens sous l'angle axiologique. Il apparaît en effet que l'ensemble de ces dispositions est uniformément sous-tendu par une même valeur : l'autonomie de la volonté. Après avoir défini cette dernière (**A.**), il nous faudra en analyser l'origine, la filiation, pour mettre en évidence le lien qu'elle entretient avec la morale libérale (**B.**).

A. La définition de l'autonomie de la volonté

88. Plan – Loin d'être un principe juridique, l'autonomie de la volonté est une valeur, à la fois morale et économique (**1.**), se caractérisant par son subjectivisme (**2.**).

1. Une valeur morale et économique

89. Plan – L'adhésion juridique du Code civil à l'autonomie de la volonté n'est que partielle (**a.**). Pourtant, son adhésion axiologique est entière, même si l'autonomie de la volonté ne constitue pas l'unique valeur le sous-tendant (**b.**).

a. Une adhésion juridique partielle

90. L'absence de norme juridique – Comme nous l'avons brièvement expliqué¹, la doctrine a bien souvent relativisé le rôle de la volonté individuelle dans la formation du contrat, et ce malgré les différentes manifestations de l'autonomie de la volonté qui ont été analysées². À ce titre, relever la position juridique nuancée du Code civil à l'égard de l'autonomie de la volonté est aujourd'hui presque devenu un lieu commun tant les auteurs s'accordent, à

¹ Cf. *supra* n°74.

² Cf. *supra* n°72 et s.

raison, sur ce point¹. D'ailleurs, cet élément ne semble pas avoir eu tant d'influence directe sur les rédacteurs du Code, qui ne la mentionnent aucunement dans les travaux préparatoires.

91. Hétéronomie de la volonté – Il est vrai qu'envisagée d'un point de vue juridique comme « le pouvoir de la volonté d'être la source et la mesure des droits subjectifs, d'être un organe créateur de droit »², sa réalité est contestable. En effet, seule les conventions « légalement formées » sont protégées et sanctionnées par l'ordre juridique. Cette exigence est le fondement duquel découlent de multiples conditions telles que la « capacité de contracter des parties », l'existence d'un « objet certain qui forme la matière de l'engagement » et d'une « cause licite dans l'obligation », pour ne citer que les conditions essentielles³ et en passant sous silence la multitude de réglementations spéciales. Seule la loi octroie donc à certains contrats remplissant certaines conditions une valeur normative ; la volonté n'aurait qu'un rôle incident. C'est pourquoi plusieurs auteurs ont parlé, non pas d'autonomie, mais d'hétéronomie de la volonté dès lors que le pouvoir normatif de cette dernière ne lui est pas propre mais lui est conféré par la loi⁴.

Cela ne doit pas nous surprendre outre mesure tant ce constat s'impose. L'autonomie de la volonté dans sa forme la plus pure ne pourrait s'accommoder d'une quelconque législation entravant son pouvoir puisque chacun serait alors capable d'imposer aux autres sa volonté. Cela reviendrait, comme l'a fait remarquer Portalis, à « dissoudre l'État »⁵ et anéantir toute idée de norme générale et absolue dès lors qu'« aucun ordre juridique ne peut renoncer à tout contrôle sur les conventions privées qui peuvent devenir source d'injustice et de désordre »⁶.

Quoique ces considérations soient tout à fait exactes juridiquement, elles ne le sont pas du point de vue axiologique.

¹ Pour ex., V. not. : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2019, p.36, n°29 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, p. 182 et s., n°138 et s. ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, 2020, p.87, n°89 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2020, p.252-253, n°264.

² V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p.63.

³ Art. 1108 anc., C. civ. Art. 1128 nouv.

⁴ N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p.56-57 ; C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002. 1. p. 901 et s., spéc. p. 906.

⁵ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, éd. 1827, t.6, p.362.

⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, p.186, n°144.

b. Une adhésion axiologique entière

92. Rappel – Il a été expliqué qu'une valeur repose sur un jugement évaluatif contenant « des prédicats spécifiques, qu'on peut appeler appréciatifs ou dépréciatifs »¹ et ordonnant ainsi le monde réel et sensible dans des catégories binaires : bon-mauvais, honnête-malhonête, beau-laid, utile-inutile, etc.². Ces jugements évaluatifs, identifiés par induction à partir d'une ou plusieurs prescriptions se dégageant de l'analyse du droit positif, peuvent avoir des finalités diverses. Aussi, alors qu'une valeur morale repose sur un arbitrage binaire entre bien et mal, entre ce qui est favorable ou néfaste au perfectionnement de l'individu ou des rapports interindividuels, une valeur économique vise à un perfectionnement du fonctionnement du marché économique³.

93. Formulation de la valeur – Du Code civil émane une prescription claire : il faut protéger les volontés individuelles et garantir leur libre exercice dans les rapports interindividuels⁴. De cette prescription peut alors être induite le jugement évaluatif la sous-tendant qui postule que ce qui est voulu par l'individu est bon dès lors qu'il est le seul juge légitime de ses intérêts ; de surcroît, ce qui est bon pour l'individu profite à l'ensemble de la société.

Ici réside la valeur d'autonomie de la volonté qui peut se formuler de manière binaire et simplifiée : *est bon ce qui est consenti et voulu par l'individu ; est mal ce qui lui est imposé*. Pour résumer et, en reformulant le célèbre aphorisme de FOUILLÉE⁵, nous pourrions affirmer que : « qui dit *volontaire*, dit bien ».

94. Une valeur morale – La formulation de cette valeur nous permet d'en déterminer la ou les finalités. L'autonomie de la volonté doit d'abord être regardée comme une valeur morale car la volonté individuelle et sa préservation sont envisagées comme un facteur de perfectionnement des individus et, par conséquent, des rapports interindividuels. Chaque individu est considéré comme apte à déterminer seul ce dont il a besoin : sa volonté, tant

¹ R. OGIEN, « Normes et valeurs » in. *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, M. Canto-Sperber (dir.), t.2, Quadrige/PUF, 2004, p.1354 et s., spéc. p. 1355.

² Cf. *supra* n°8.

³ Cf. *supra* n°13.

⁴ Cf. *supra* n°70 et s.

⁵ La formule originale est évidemment : « qui dit contractuel, dit juste » (A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd., Paris, Hachette, 1985, p. 410).

qu'elle est libre et éclairée, qu'elle est l'expression de sa Raison, ne peut que s'orienter vers le Bien. Dans cette optique, toute entrave à cette volonté ne peut donc constituer qu'un obstacle à son épanouissement.

95. Une valeur économique – Toutefois, l'autonomie de la volonté ne peut être considérée comme une valeur exclusivement morale. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le libéralisme s'est principalement développé en matière économique autour d'une volonté de favoriser et fluidifier l'exercice des libertés individuelles en vue d'une amélioration du fonctionnement du marché et d'un développement de la production de richesses¹. Quel que soit le courant du libéralisme, la libre expression des volontés individuelles est considérée comme le moyen optimal d'organisation du marché économique, comme « le meilleur moyen d'établir entre [les parties] les rapports les plus justes et les plus utiles »². En effet, dès lors que l'on considère que le marché s'autorégule simplement par les échanges interindividuels, « il faut laisser faire les automatismes économiques, la fameuse "main invisible" du marché » afin que ce « libre jeu des volontés individuelles assure l'équilibre économique et la prospérité générale »³.

L'autonomie de la volonté s'intégrant parfaitement dans une telle logique, elle doit être considérée de même comme une valeur économique.

96. Une valeur au sein d'un ensemble axiologique – On pourra s'étonner que la volonté individuelle soit restreinte par d'autres conditions et qu'elle ne puisse s'exercer sans entraves dès lors qu'elle est ainsi considérée comme axiologiquement bonne, tant moralement qu'économiquement.

À cela, il est possible d'objecter que le Code n'est pas uniquement sous-tendu par cette valeur. L'analyse axiologique révèle en effet une seconde valeur morale, le respect d'autrui, qui sera abordée ci-après et qui vient encadrer l'autonomie de la volonté. Bien que cette dernière constitue la valeur morale principale, le respect d'autrui agit comme un correctif et limite sa portée⁴.

¹ Cf. *supra* n°46.

² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, p.178, n°132.

³ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p.34, n°23.

⁴ Sur la valeur de respect d'autrui, cf *infra* n°106 et s.

Outre cela, le Code civil est animé par des considérations bien plus matérielles de maintien de l'ordre, de la sécurité et de la stabilité s'expliquant aisément par le contexte historique de sa promulgation.

Il n'y a donc aucun paradoxe à relever à la fois l'adhésion juridique partielle du Code civil et l'adhésion axiologique caractérisée à l'autonomie de la volonté. L'autonomie de la volonté est bien une valeur sous-tendant le Code civil ; elle n'est cependant qu'une valeur parmi d'autres, ce qui explique ses « conséquences édulcorées »¹ en droit.

L'identification du contenu de cette valeur nous permet d'en examiner les caractères.

2. Une valeur subjective

97. L'autonomie de la volonté est une valeur profondément subjective. On entendra ici ce terme comme synonyme d'individuel, au sens de ce qui n'est « valable que pour un seul sujet »², n'a pas de validité universelle, absolue, en soi. Un tel qualificatif ne fait aucun doute lorsqu'il est appliqué à une valeur qui confère à l'individu un pouvoir axiologique de détermination de ce qui est bon ou mauvais, l'érigant ainsi en moraliste souverain.

En plaçant la volonté individuelle en son cœur, l'autonomie de la volonté est donc une valeur formelle ; elle n'est que pure forme. Seul son mode d'arbitrage entre bien et mal est déterminé alors que son contenu précis, les préceptes qu'elle porte, nous sont *a priori* inconnus. En ce sens, l'autonomie de la volonté est une valeur neutre qui ne prend pas parti sur le bien-fondé des choix individuels.

Cette subjectivité constituera, avec l'émergence du droit de la consommation, un point important d'opposition entre les ordres moraux civiliste et consumériste, au sein duquel le contenu des valeurs est précisément déterminé et s'impose aux individus³.

La détermination du contenu et des caractères de l'autonomie de la volonté ne laisse aucun doute sur sa filiation.

¹ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p.37, n°30.

² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige/PUF, 3ème éd., 2010, p.1036.

³ Sur l'axiologie consumériste originelle de manière générale cf. *infra* n°274 et s. Sur son impérativité, cf. *infra* n°356 et s. Sur son objectivité, cf. *infra* n°351 et s.

B. La filiation de l'autonomie de la volonté

98. Plan – L'étude de la filiation de l'autonomie de la volonté constitue une étape indispensable à sa définition : il est aussi capital de comprendre les origines d'un concept que d'en saisir les traits distinctifs, dès lors que les premières déterminent souvent les seconds. Aussi, sera-t-il impératif de dissiper toute ambiguïté sur une éventuelle filiation entre les morales chrétienne et kantienne et l'autonomie de la volonté (1.). Cette relation lointaine fait, d'ailleurs, pâle figure face à celle, puissante, qui l'unit à la morale libérale (2.).

1. Une insuffisante filiation avec les morales chrétienne et kantienne

99. Plan – L'autonomie de la volonté n'entretient qu'une filiation purement terminologique avec la morale kantienne (a.) et son lien avec la morale chrétienne reste extrêmement ténu (b.).

a. Une filiation purement terminologique avec la morale kantienne

100. Identité ? – La terminologie « autonomie de la volonté » a été utilisée pour la première fois par KANT, dans son essai sur les *Fondements de la métaphysique des mœurs* paru en 1785. Comme développé précédemment¹, l'autonomie de la volonté au sens kantien émane de la troisième formule de l'impératif catégorique qui conçoit « la volonté de tout être raisonnable [...] comme volonté instituant une législation universelle »². On pourrait donc croire que les autonomies kantienne et civiliste suivent la même logique : au même titre que la raison fixe ses propres lois morales, l'individu se fixerait sa loi contractuelle.

101. Altérité – Se cantonner à une telle assertion reviendrait cependant à caricaturer gravement la philosophie morale kantienne. En effet, il a été démontré que ce principe

¹ Cf. *supra* n°42 et s.

² E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Livre de Poche, éd. 21, 2017, p.108.

permet simplement à la volonté d'imposer à l'individu une loi morale – l'impératif catégorique – détachée de tout empirisme, du monde sensible. Ainsi, « une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales [étant] [...] une seule et même chose »¹, l'individu n'est libre que s'il suit les préceptes de la loi morale, de l'impératif catégorique.

La différence avec l'autonomie au sens civiliste est donc importante. Contrairement à cette dernière, l'autonomie kantienne n'est pas synonyme de liberté au sens général : elle n'offre à l'individu ni la possibilité de définir lui-même le contenu des notions de bien et de mal, ni d'arbitrer librement entre elles. Même dans leurs modalités, leur opposition est totale : l'autonomie kantienne n'existe que dans le monde dit intelligible (par opposition au monde sensible) alors que l'autonomie civiliste a vocation à s'exercer matériellement et juridiquement.

Ainsi, malgré une identité terminologique, ces deux concepts sont profondément opposés, l'assertion contraire étant souvent due à une déformation de la philosophie morale kantienne².

De manière similaire, l'hypothèse d'une filiation entre l'autonomie de la volonté au sens civiliste et la morale chrétienne doit être écartée.

b. Une filiation lointaine avec la morale chrétienne

102. Droit canonique et consensualisme – Les manifestations juridiques de l'autonomie de la volonté développées précédemment³, ont parfois été considérées comme des émanations directes des travaux des canonistes médiévaux. En effet, ceux-ci ont été d'une importance capitale dans l'instauration du consensualisme contractuel, c'est-à-dire la possibilité de conclure un acte juridique par le simple échange de consentements. Très tôt, le droit

¹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p.128.

² Pour exemple, il nous semble inexact d'affirmer que la théorie kantienne a été « transposée dans le domaine juridique par les auteurs du droit international privé, puis par les civilistes qui puisèrent en elle une lecture contract centrée sur la volonté des parties » (S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année – Les obligations*, 15^{ème} éd., Hypercours Dalloz, 2022, p.35, n°67). Non seulement la distinction entre autonomie de la volonté aux sens kantien et juridique a été soulignée par le passé (cf. not. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p.9 ; A. RIEG, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^{ème} siècle, *Arch. Phil. Droit*, 1968, p.33), mais en outre, elle relève ici d'une vision inexacte de la morale kantienne qui reposerait sur « la faculté qu'a la volonté de se donner à elle-même sa loi et de définir sa propre morale » (S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année – Les obligations*, *op. cit.*, p.35, n°67). Ainsi, la reconnaissance d'une filiation directe entre les autonomies kantienne et civiliste ne peut que découler d'un détournement du propos kantien.

³ Cf. *supra* n°70 et s.

canonique a reconnu la force obligatoire d'une promesse en assimilant sa violation à un mensonge et donc à un péché¹. De cette règle morale est ensuite née la règle juridique *pacta sunt servanda*, à partir du XIII^{ème} siècle².

103. Droit canonique et autonomie de la volonté – Le principe du consensualisme conférant une valeur juridique au consentement de l'individu pourrait donc aisément être relié à la valeur d'autonomie de la volonté. Celle-ci ne serait alors finalement qu'une émanation de la morale chrétienne.

De telles conclusions constitueraient pourtant un réel contresens. Les canonistes n'ont pas eu pour but d'octroyer à l'individu un pouvoir de définition et d'arbitrage entre bien et mal, entre ce qui lui est utile et ce qui lui nuit. En effet, il ne s'agissait pas « d'exalter la force créatrice de la volonté en fondant sur elle l'effet obligatoire du contrat mais de justifier le respect des promesses par un souci moral »³. Les canonistes souhaitaient avant tout instaurer des préceptes moraux encadrant les manifestations de volonté et non donner champ libre à celles-ci. Cela explique pourquoi leurs travaux ne portent que sur l'aspect *négatif* et contraignant du consensualisme – le respect de la parole donnée – et non sur son aspect *positif* et libérateur – la possibilité offerte à l'individu de se lier par la parole en fonction de ce qu'il juge bon, utile, etc.

Cette distinction permet d'illustrer la dualité des fondements axiologiques internes au consensualisme, dès lors que ces deux aspects ne sont pas l'expression d'une même valeur. Alors que l'aspect positif n'est que l'expression de l'autonomie de la volonté, l'aspect contraignant du consensualisme est sous-tendu par la seconde valeur civiliste qu'est le respect d'autrui. En effet, l'obligation de respecter ses engagements vise bien plus à protéger autrui contre les éventuelles variations de volonté de son cocontractant qu'à exalter la volonté individuelle.

¹ G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t.II, Paris, LGDJ, 1957, n°37, p.17, n°42, p.19 ; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, Les éditions Domat-Montchrestien, 1933, p.10 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., Economica, 2012, p.153-154 ; J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 2010, p.813-814, n°531.

² Pour un exposé détaillé retraçant l'apparition et la mutation de la règle, V. not. : D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p.153 et s. ; J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p.813-814, n°531.

³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p.155.

Sans rentrer plus avant dans l'étude de ce point qui sera analysé ultérieurement¹, on peut ainsi conclure que l'autonomie de la volonté comme arbitrage individuel et libre entre bien et mal n'entretient qu'un lien très ténu avec la morale chrétienne.

Dénuée de filiation avec les morales chrétienne et kantienne, l'autonomie de la volonté n'est pourtant pas dépourvue de racines. Celles-ci proviennent assurément de la morale libérale.

2. Une puissante filiation avec la morale libérale

104. Le lien entre la valeur d'autonomie de la volonté et la morale libérale ne fait aucun doute. En effet, cette valeur reproduit parfaitement les postulats libéraux identifiés plus tôt². Valeur subjective et individuelle, l'autonomie érige l'individu en moraliste souverain pouvant et devant déterminer le contenu des notions de bien et de mal, arbitrer seul entre ce qui lui profite et ce qui lui nuit. De même, cette valeur ne s'applique qu'à l'individu isolément : autrui n'intervient pas dans la définition de l'autonomie de la volonté, point caractéristique de la morale libérale³. Enfin, comme noté précédemment, l'autonomie de la volonté correspond pleinement aux postulats du libéralisme économique, qui repose sur « l'idée fondamentale [...] – qui le déforme sans doute un peu, comme tout résumé – selon laquelle l'État doit "laisser faire et laisser passer" »⁴.

La définition de cette valeur laisse ainsi transparaître de manière évidente son origine libérale à tel point qu'il semble superflu de développer ce point plus avant.

105. Conclusion de la Sous-section 1. – Dotée d'un pouvoir normatif de grande envergure ainsi que d'une protection contre le cocontractant et les tiers, la volonté individuelle occupe une place cruciale dans l'édifice juridique et axiologique du Code civil. Au point que l'on peut en induire la valeur d'autonomie de la volonté, qui réside dans la formule : *est bon ce qui est consenti et voulu par l'individu ; est mal ce qui lui est imposé*. À la fois morale et

¹ Cf. *infra* n°108-109, n°148.

² Cf. *supra* n°59 et s.

³ Cf. *supra* n°64.

⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, p.178, n°132.

économique, cette valeur émane indéniablement de la philosophie morale libérale qui érige l'individu, sa volonté et ses sentiments en référentiels axiologiques centraux.

La première valeur civiliste classique étant identifiée, il nous faut maintenant analyser la seconde d'entre elle, déjà entr'aperçue : le respect d'autrui qui s'inscrit comme limite à la valeur d'autonomie.

Sous-section 2. Le respect d'autrui

- 106. Plan** – En adoptant un cheminement similaire à celui précédemment adopté en matière d'autonomie de la volonté, l'étude des manifestations juridiques de la valeur de respect d'autrui (§1.) précédera le travail d'identification de celle-ci (§2.).

§1. Les manifestations de la valeur de respect d'autrui

- 107. Plan** – L'étude du Code civil pré-consumériste fait apparaître deux types de manifestations de l'impératif de respect d'autrui. Il impose, d'une part, à l'individu le respect de la parole donnée : une fois inscrite dans un rapport contractuel, la volonté est figée ce qui permet une protection d'autrui contre d'éventuels revirements qui pourraient lui nuire (**A.**). D'autre part, au-delà de cette hypothèse, le Code civil sanctionne, par plusieurs biais, toute nuisance volontairement causée à autrui (**B.**).

A. Le respect de la parole donnée

- 108. La double lecture de l'ancien article 1134 du Code civil** – L'ancien article 1134 du Code civil peut être lu de deux manières bien différentes. Il faut, pour cela, distinguer deux aspects de l'engagement contractuel qui sont souvent entremêlés : l'expression et la réception d'une volonté.

L'expression d'une volonté – Du point de vue de l'individu actif, c'est-à-dire exprimant sa volonté au sein du contrat, l'article 1134 confère – comme dit précédemment – à la

volonté des parties une valeur normative érigeant cette dernière en source d'obligations¹. Sous cet angle, il est évident que cet article constitue une manifestation juridique emblématique de l'autonomie de la volonté, première valeur civiliste².

La réception d'une volonté – Cependant, du point de vue opposé, celui de l'individu réceptionnant cette volonté, l'article prend une tout autre dimension : il vient contraindre la volonté de l'individu actif en la figeant et en lui conférant stabilité et intangibilité dans le temps.

Quoique chaque partie ait, en principe, consenti de manière libre et éclairée au moment de la formation du contrat, il est possible que cette volonté varie ultérieurement, et ce, principalement dans les contrats à exécution successive, ceux dont l'exécution s'étend dans la durée. C'est alors que l'ancien article 1134 n'intervient plus seulement au service de la volonté, mais aussi contre cette dernière, en la paralysant dans les limites du contrat. D'ailleurs, l'arrêt *Canal de Craponne* déniait au juge tout pouvoir de révision en cas d'imprévision se prête, de la même manière, à cette double lecture³.

109. Respect de la parole donnée et respect d'autrui – Envisagée activement, une puissance particulière est accordée à la volonté ; envisagée passivement, la volonté est figée, liée, emmurée dans les limites du champ contractuel. Non seulement elle est autonome, au sens où elle fixe sa propre norme, mais en outre, elle s'autonomise par rapport au sujet l'ayant émis, en acquérant une relative indépendance à son égard.

Imposer à l'individu le respect de sa parole dès lors qu'elle a été donnée dans un cadre contractuel permet alors de lui conférer une stabilité. Celle-ci n'est pourtant qu'un moyen au service du cocontractant : elle lui offre une protection contre les éventuels revirements de volonté de l'autre partie. Cette paralysie de la volonté vise avant tout à garantir l'honnêteté et la constance envers autrui, envers son cocontractant.

La liberté accordée par l'autonomie de la volonté est donc tempérée par un devoir de respect de sa parole. Ces considérations ne valent, bien entendu, qu'en l'absence d'un *mutuus dissensus*, d'une volonté commune des parties de rompre leur engagement⁴. Dans

¹ Cf. *supra* n°73-75.

² Cf. *supra* n°92 et s.

³ Cass. civ., 6 mars 1876, *D.76. 1. 195*, note Giboulot ; *S.76. 1. 161*. ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédé, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°165, p.172 et s. (Cf. *supra*).

⁴ Art. 1134, al. 2, anc., C.civ.

cette hypothèse, l'autonomie de la volonté reprend ses droits : la rupture du contrat étant conforme à la volonté des deux parties, il est logique de la permettre. Il apparaît ainsi clairement que la volonté n'est paralysée que dans l'hypothèse où son revirement irait à l'encontre des intérêts du cocontractant.

110. L'engagement unilatéral de volonté – Une ombre point, toutefois, sur ce tableau. L'hypothèse envisagée depuis le début de notre analyse est celle du contrat, de la rencontre de deux volontés, hypothèse dans laquelle le respect de la parole donnée constitue une valeur primordiale. Il n'en est pas de même lorsqu'une seule volonté est exprimée, c'est-à-dire en présence d'un engagement unilatéral de volonté visant à créer une obligation à la charge de son auteur envers un tiers.

Alors qu'une partie de la doctrine se déclare favorable à sa reconnaissance¹ et que l'on en trouve aujourd'hui certaines occurrences en droit positif², le Code civil n'a initialement reconnu qu'un infime pouvoir à un tel acte. En effet, dans le Code civil pré-consumériste, la seule hypothèse où une volonté peut obliger seule son auteur est celle de la promesse d'exécuter une obligation naturelle³. La protection d'autrui contre les aléas de la volonté du sujet ne serait donc que partielle, ce qui entacherait le constat précédent.

Pareille conclusion serait inexacte. Ce rejet de l'engagement unilatéral de volonté s'explique par l'intersubjectivité propre aux valeurs civilistes dont l'application est subordonnée à l'existence d'une relation entre deux sujets identifiés, relation qui fait défaut dans l'hypothèse d'un engagement unilatéral⁴.

Outre ce respect de la parole donnée, première manifestation de la valeur de respect d'autrui, le Code civil organise, à plusieurs titres, la sanction des nuisances causées à autrui.

¹ Pour une étude d'ensemble et récente de la question, V. not. : M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995 ; Q. MONGET, *L'engagement unilatéral de volonté*, Mémoire de Master 2 Droit privé général, Université Paris II – Panthéon Assas, 2016.

² V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, p.1200-1203, n°901.

³ Art. 1235, al. 2, anc. C. civ.

⁴ Cf. not. *infra* n°137 et s.

B. La sanction des nuisances volontaires

- 111.** De nombreux dispositifs civilistes, aussi divers soient-ils, visent à sanctionner les nuisances volontaires causées par l'individu à autrui. Le qualificatif « volontaire » est ici à prendre dans son sens large de « faculté de vouloir », d'« aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider »¹. Il ne s'agit donc pas ici simplement de la sanction de l'intention de nuire *stricto sensu* mais de celle de tout acte conscient ayant nui à autrui.
- 112. Plan** – Plusieurs mécanismes civilistes attestent cet impératif de sanction tant au sein (1.) qu'au-delà du contrat (2.)

I. Une sanction au sein du contrat

- 113. Plan** – Cinq dispositifs organisent cette sanction au sein du rapport contractuel : l'obligation de bonne foi (a.), l'abus de droit (b.), le dol et la violence (c.) et enfin la faute dolosive (d.).

a. La bonne foi

- 114. En droit romain** – Notion plurimillénaire, la bonne foi est issue du droit romain. Symbolisée par la déesse *Fides* qui revêt « un double visage, à la fois religieux et sociologique »², la bonne foi n'a initialement qu'une valeur morale imposant le respect de la parole donnée³. C'est à l'époque classique du droit romain qu'elle va prendre une coloration juridique avec l'apparition des actions de bonne foi (*iudicia bonae fidei*) ouvertes aux pérégrins (non-citoyens de Rome) par opposition aux actions de droit strict (*actiones*

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.1086. V° *volonté*, sens 1.

² R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, p.17, n°13.

³ *Ibidem*.

stricti juris) réservées aux citoyens romains. Ces actions sont la cause du développement des contrats dits de bonne foi¹, dont l'usage va s'intensifier au fil des siècles².

115. Dans le Code civil – La notion de bonne foi a un sens profondément différent dans le Code civil.

Tout d'abord, tous les contrats peuvent être qualifiés « de bonne foi » au sens du droit romain, le Code civil ayant supprimé la distinction entre contrats de bonne foi et contrats de droit strict.

De plus, le Code est marqué par une double acception de la bonne foi tantôt définie comme la « croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière »³, et tantôt comme le « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation », l'« attitude d'intégrité et d'honnêteté », ou encore l'« esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime »⁴. Cette double acception nous amène à distinguer la bonne foi passive de la bonne foi active.

116. Bonne foi passive – Selon une première acception, la bonne foi peut désigner un état passif d'ignorance, d'erreur du sujet. On la retrouve principalement en droit des biens, notamment aux articles 549⁵, 550⁶, 555⁷, 2272⁸ et 2274⁹ du Code civil. Ces articles protègent tout individu de bonne foi se croyant à tort propriétaire d'un bien et l'avantagent par rapport à l'individu qui serait pleinement conscient de l'illicéité de sa situation (notamment par la perception des fruits de la chose, le raccourcissement du délai de prescription acquisitive, etc.). Cette bonne foi est aussi présente, de manière plus anecdotique, en droit

¹ On compte notamment au sein de cette catégorie le contrat de vente, de louage, de mandat, de société, etc.

² Cela s'explique notamment par leur mode de formation fondé sur le consensualisme, facilitant et fluidifiant les échanges, à une époque où le droit romain était encore extrêmement formaliste.

³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.132. V° *Bonne foi*, sens 1.

⁴ *Ibidem*. V° *Bonne foi*, sens 2.

⁵ « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède *de bonne foi* ».

⁶ « Le possesseur est *de bonne foi* quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être *de bonne foi* du moment où ces vices lui sont connus. ».

⁷ « Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever. [...] Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de *sa bonne foi*, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent. »

⁸ « Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert *de bonne foi* et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans. ».

⁹ « La *bonne foi* est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. »

de la famille, notamment en matière de mariage putatif : une personne a cru par erreur et de bonne foi à la validité d'un mariage ; dès lors, sa bonne foi va permettre au mariage de produire ses effets à son égard¹. Enfin, cette bonne foi sous-tend la théorie de l'apparence « en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité »², et qui a notamment été mobilisée en matière de mandat apparent³.

Dans toutes ces situations, cette bonne foi passive agit toujours comme protectrice des intérêts de l'individu ignorant, inconscient de sa situation, sans conditionner cette protection à un quelconque comportement positif. Autrui n'est donc pas protégé contre les agissements du sujet, bien au contraire, et les nuisances qui lui seraient causées ne sont pas sanctionnées. Cependant, envisagé du point de vue de l'individu de bonne foi, ce mécanisme récompense l'absence de nuisance volontaire aux intérêts d'autrui, l'absence d'immixtion consciente dans ces derniers.

Malgré ce lien, force est de constater que cette bonne foi passive ne constitue pas une manifestation du respect d'autrui face à la bonne foi prise en son sens actif.

117. Bonne foi active – Une fois encore, il nous faut revenir à l'ancien article 1134 du Code civil puisqu'il disposait, en son alinéa 3, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi »⁴. La bonne foi ne se limite plus ici à un état passif mais suppose un comportement positif des parties, d'où la terminologie de bonne foi *active*.

Libéralisme et solidarisme – L'étendue et l'intensité de cette obligation font toutefois débat, en doctrine comme en jurisprudence. Les rédacteurs du Code civil ont, à son sujet, été extrêmement laconiques⁵ et l'alinéa 3 de l'article 1134 n'a suscité que peu, voire aucun

¹ Art. 201, C. civ. (« Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de *bonne foi*. Si la *bonne foi* n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux »).

² G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.69. V° *Apparence*, sens 4.

³ Le mandat apparent est reconnu, par les juges, lorsque le tiers démontre qu'il a légitimement cru aux pouvoirs du mandataire apparent. Cette croyance légitime suppose la bonne foi du tiers et la démonstration que les circonstances l'autorisaient à ne pas vérifier l'existence et les limites du pouvoir du mandataire apparent (Cass. AP, 13 juill. 1962 : *D.* 1963. 277, note J. Calais-Auloy ; *JCP* 1963. II. 13105, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1963. 572, note G. Cornu ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°282, p.725 et s.)

⁴ Art. 1104, al. 1^{er}, C. civ. nouv.

⁵ BIGOT DE PRÉAMENEU, l'un des rédacteurs du Code, ne s'étend guère sur cette question dans son exposé des motifs. On peut simplement noter qu'il considère les articles 1134 et 1135 du Code civil d'alors comme la base du droit des contrats, comme une « règle fondamentale » (LOCRÉ, *La législation de France (travaux préparatoires du Code civil)*, t. XII, Librairies Treuttel et Würtz, Paris, 1828, spéc. VIII, n°30, p. 326).

débat, au cours du XIX^{ème} siècle. Il faudra attendre les écrits de DEMOGUE pour que la question de la bonne foi fasse irruption dans les discussions doctrinales¹. Depuis lors, deux courants se sont progressivement développés et opposés.

D'une part, la théorie dite libérale postule que l'obligation de bonne foi est un corollaire direct de la force obligatoire du contrat en permettant de remédier à l'imprévisibilité des parties et en leur imposant le respect de leur engagement. La bonne foi ne viserait qu'à « l'accomplissement du projet contractuel »² et ne pourrait donc constituer un outil d'intervention du juge au sein du contrat³. D'un point de vue axiologique, l'obligation de bonne foi ne serait alors qu'une manifestation de plus du respect de la parole donnée⁴.

Cependant, à cette théorie libérale s'oppose la théorie dite solidariste. Celle-ci considère l'obligation de bonne foi comme un tempérament au principe de la force obligatoire de la convention et plus largement à la théorie de l'autonomie de la volonté. En imposant la « transparence »⁵, la « décence »⁶ et la « cohérence »⁷ dans les rapports contractuels comme précontractuels, elle s'inscrirait comme un principe fondamental structurant le contrat et permettant de dépasser la rigidité du simple échange des volontés. Elle offrirait ainsi au juge la possibilité de créer des obligations qui n'étaient pas *stricto sensu* inscrites initialement dans le contrat. Suivant cette acception, la bonne foi aurait donc une fonction bien plus large que celle d'assurer le simple respect de la parole donnée.

Bonne foi active et sanction des nuisances volontaires – Il est évident que ces discussions doctrinales concernant la nature et la définition de l'obligation de bonne foi dépassent largement le cadre temporel que nous nous sommes imposés. En effet, nous ne

¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n°12.

² R. JABBOUR *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, dir. L.Aynès, L.G.D.J, 2016, p.180, n°225.

³ La jurisprudence de la Cour, qui se rapproche à certains égards de la théorie libérale, énonce que « si le juge peut sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, il ne peut porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (Cass. com., 10 juill. 2007, *Les Maréchaux*, n°06-14.768, P. : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°164 ; *JCP G* 2007. II. 10154, note D. Houtcieff ; *JCP E* 2007. 2394, note D. Mainguy ; *Deffrénois* 2007. 1454, obs. E. Savaux ; *CCC* 2007, n°294, note Leveneur ; *D.* 2007. 2839, note P. Stoffel-Munck ; *Ibidem.* 2844, note P.-Y. Gautier ; *Ibid.*, Chron. C. cass. 2769, obs. R. Salomon ; *ibid.* Pan. 2972, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RLDC* 2008/46, n°2840, note P. Delebecque ; *RDC* 2007. 1107, obs. Aynès, et 1110, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2007. 773, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2007. 786, obs. Le Cannu et Dondero. V. aussi not. : Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 2016, n° 15-22.844 : *RDC* 2017. 69, J.-B. Seube).

⁴ Cf. *supra* n°108 et s.

⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, JurisClasseur, 1999, p.603 et s., spéc. n°10.

⁶ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, spéc. n°11.

⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, spéc. n°12.

pourrions arbitrer entre libéralisme et solidarisme dès lors que ces courants se sont formés postérieurement à la période pré-consumériste que nous nous proposons ici d'analyser.

Néanmoins, ce rapide exposé nous aura permis de justifier l'inclusion de la bonne foi au sein de notre analyse : envisagée au sens libéral, elle est sous-tendue par le devoir de respect de la parole donnée et donc protège autrui contre tout revirement de volonté ; au sens solidariste, elle sanctionne toute nuisance volontaire, toute absence de coopération du cocontractant et protège donc l'autre partie contre ses agissements.

En somme, quelle que soit la théorie retenue, l'obligation contractuelle de bonne foi constitue nécessairement une manifestation de la valeur civiliste de respect d'autrui. Cela confirme d'ailleurs un constat, largement partagé en doctrine, selon lequel la bonne foi est présentée comme « éminemment morale »¹, constat qui n'est finalement que le fruit de son histoire et de ses racines théologiques².

La sanction des nuisances volontaires ressort, en outre, de la sanction de l'abus de droit.

b. L'abus de droit

118. Recherche d'une définition – Création jurisprudentielle et doctrinale, l'abus est une notion paradoxale : son emploi est fréquent mais son contenu ne fait pas l'unanimité. L'incertitude sur sa substance se ressent dans toute tentative de définition. Ces difficultés ne sont que la résultante de décennies d'oppositions doctrinales, tant sur l'existence que sur le contenu de la notion. Les retracer consisterait, pour notre analyse, une tâche fastidieuse ; aussi, se contentera-t-on de dégager les grandes lignes nécessaires à notre propos, c'est-à-dire à l'identification des valeurs sous-tendant ce mécanisme.

Mettant de côté la question de l'existence même de la notion d'abus, il nous faut pourtant en saisir le contenu. Le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant énonce, notamment, que l'abus consiste en un « usage excessif d'une prérogative juridique », en une « action consistant pour le titulaire d'un droit [...] à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des

¹ K. MIMOUNI, *Droit, morale et bonne foi. Application en droit privé contractuel*, dir. G. Wiederkehr, thèse dactyl. Strasbourg III, 2006, p.9. Pour un exposé des racines morales de la notion de bonne foi mais *in fine* une opinion contraire, V. R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p.16 et s., n°11 et s.

² Cf. *supra* n°114.

normes qui en gouvernent l'usage licite » ou même en une « faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui »¹.

Plusieurs conceptions de l'abus ressortent de ces définitions : tantôt l'abus consiste en un usage détourné d'un droit, hors de sa finalité première² ; tantôt il est une faute de comportement dans l'exercice d'un droit, se caractérisant par exemple par une volonté de nuire ou par un usage égoïste.

119. Tentative de systématisation – À cette diversité d'acceptions ont répondu plusieurs tentatives de systématisation, dont celle de Monsieur le Professeur STOFFEL-MUNCK dans sa thèse de doctorat³. Celui-ci renonce à unifier la définition de l'abus en matière contractuelle. En effet, selon l'auteur, l'abus recouvre trois mécanismes distincts : l'abus par déloyauté qui est un manquement à l'obligation de bonne foi⁴, à une norme générale de civilité dans les rapports contractuels et qui doit ainsi être entendu comme une faute de comportement ; l'abus de liberté contractuelle par contravention à l'ordre public relatif au contenu même du contrat ; et, enfin, l'abus de prérogative contractuelle consistant à user d'une prérogative contractuelle en la détournant de sa finalité première.

120. Rejet. Cette présentation a le mérite de présenter clairement et de manière systématique la polysémie inhérente à la notion d'abus. Toutefois, elle ne convient pas à notre propos et, de surcroît, ne convainc pas totalement.

Abus de liberté contractuelle – Tout d'abord, à ce stade de l'analyse, l'abus de liberté contractuelle par contravention à l'ordre public doit être exclu de notre propos. Celui-ci consiste en l'insertion par un cocontractant de clauses contrevenant à des dispositions d'ordre public, que ce dernier soit de direction ou de protection⁵. L'exemple le plus topique est la législation de lutte contre les clauses abusives qui permet au juge de réputer non écrites « les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.7. V° *abus*, sens 1.

² Cela fait directement écho à la conception développée par JOSSERAND qui définit l'abus comme « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité » (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^{ème} éd., préf. D. Deroussin, Dalloz, 2006, n°292).

³ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.

⁴ Cf. *supra* n°114 et s.

⁵ Sur la notion d'ordre public, cf. *infra* n°414 et s.

contrat »¹. Ce type d'abus est, cependant, issu du droit de la consommation² : il ne relève ni de la législation civiliste, ni *a fortiori* de l'ordre axiologique qui le sous-tend. Il ne concerne donc pas notre actuelle démonstration.

Abus par déloyauté et abus de prérogative contractuelle – En outre, la distinction entre abus de prérogative contractuelle et abus par déloyauté est tenue. Le fait de détourner une prérogative de sa finalité implique nécessairement un comportement déloyal du cocontractant. Cela vaut en matière de rupture d'un contrat à durée indéterminée, de fixation du prix, etc. Il a ainsi été noté que l'obligation de bonne foi – l'abus par déloyauté, dans le propos du Professeur STOFFEL-MUNCK – et l'abus de prérogative contractuelle sont tous deux des « mode[s] de contrôle du comportement au cours de l'exécution de la convention »³ et qu'ils ont tous deux « pour mission de vérifier la légitimité de l'attitude d'une partie au cours de l'exécution du contrat »⁴. L'évaluation du détournement d'un droit, d'une prérogative de sa finalité première, revient finalement à l'évaluation du comportement de son auteur et serait teintée de la même subjectivité. Outre ce point, les travaux de Mme JABBOUR ont démontré l'identité de fonction et de sanction des deux notions⁵.

La distinction entre l'obligation de bonne foi prise dans son versant négatif et l'abus de prérogative contractuelle serait donc superflue pour notre étude puisque « si [l']on admet l'existence dans tout contrat de l'obligation d'agir de bonne foi, il n'est pas besoin de parler [...] d'abus de droit »⁶.

121. Abus et sanction des nuisances volontaires – L'utilisation du terme d'abus se limitera donc, dans notre propos, à l'idée d'abus de prérogative contractuelle. Celui-ci n'étant alors qu'une forme particulière, spécifique, du manquement à l'obligation de bonne foi consistant dans l'usage d'un droit détourné de sa finalité motivé par une intention de nuire ou dans une perspective purement égoïste, il vise de manière similaire à protéger l'individu contre les nuisances volontairement causées par son cocontractant. Il doit à ce titre être compté comme une manifestation de la valeur de respect d'autrui.

¹ Art. L. 212-1 et s., C. conso.

² Sur la législation de lutte contre les clauses abusives en droit de la consommation, cf. *infra* n°200-201, n°214 et s., n°329 et s.

³ R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n°156, p.131.

⁴ R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op.cit.*, n°164, p.137.

⁵ R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op.cit.*, n°163 et s., p. 137 et s.

⁶ G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, LGDJ, 1957, p. 181, n°465.

À la bonne foi et l'abus de droit, s'ajoutent ensuite le dol et la violence comme manifestation de la valeur de respect d'autrui.

c. Le dol et la violence

122. Déjà brièvement évoqués comme manifestations juridiques de l'autonomie de la volonté¹, les vices du consentement – erreur, dol et violence – constituent, pour une part d'entre eux, des manifestations de la valeur de respect d'autrui. Seuls le dol et la violence peuvent, en effet, se réclamer de cette double identité ; l'erreur doit être préalablement écartée.

123. **L'erreur. Présentation** – L'erreur consiste en une croyance erronée, un décalage entre la réalité des faits ou du droit et la représentation que s'en fait un cocontractant. Toute erreur n'est cependant pas cause de nullité d'un acte juridique pour des raisons évidentes de fluidité et de sécurité des transactions. Pour entraîner la nullité du contrat, l'ancien article 1110 du Code civil disposait que l'erreur devait porter sur « la substance même de la chose », objet de la convention, ou sur la personne, lorsque la considération de celle-ci est la cause principale de la convention². Sont exclues de ce champ les erreurs dites indifférentes, c'est-à-dire les erreurs sur une qualité non substantielle, les erreurs sur la valeur et celles portant sur les motifs restés en dehors du champ contractuel. De surcroît, même si l'erreur porte bien sur une qualité essentielle, elle ne sera sanctionnée que si elle est considérée comme excusable par les juges et si elle n'est pas attribuable à une négligence, à une inattention blâmable de l'*errans*³.

Exclusion – Sans rentrer dans les détails du régime, il apparaît clairement que l'erreur ne repose pas sur une volonté de protection d'une partie contre les agissements de son cocontractant. La sanction de l'erreur reste dominée par l'impératif de protection de la volonté des parties qui constitue une « volonté de qualité inférieure, viciée [...] dans son élément de conscience par l'erreur »⁴. Ce vice du consentement traduit ainsi la recherche par

¹ Cf. *supra* n°84.

² Le nouvel article 1132 dispose que l'erreur doit porter sur « les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant », ce qui reprend, en substance, la formule antérieure.

³ L'exemple le plus courant est celui de l'erreur sur sa propre prestation ou, de manière plus récente, l'erreur commise par « un professionnel averti lorsqu'il contracte dans le domaine de son activité habituelle » (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2018, p.329, n°290).

⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p.75, n°41.

le législateur de la volonté parfaite du sujet et le rejet d'une volonté erronée, qui ne saurait être « suffisante pour donner la vie au contrat » au prétexte que « mal vouloir c'est encore vouloir »¹.

Chez RIPERT, ce constat était pourtant le symptôme d'une racine morale distincte de l'autonomie de la volonté. Puisque le législateur ne se contente pas d'une volonté entachée d'erreur et recherche une volonté parfaite dénuée de tout vice, l'autonomie de la volonté ne pourrait entièrement légitimer ce mécanisme. L'erreur ne serait donc pas qu'une simple protection du consentement et viserait à empêcher toute « exploitation de l'erreur d'autrui »². Cet argument nous semble, néanmoins, excessif pour deux raisons.

D'une part, bien qu'il puisse y avoir, dans les faits, « exploitation de l'erreur »³ par le cocontractant de l'*errans*, l'erreur ne vise pas, dans sa substance, à sanctionner une quelconque exploitation, même inconsciente et passive, d'une erreur par un cocontractant. L'existence ou non d'une telle exploitation est indifférente au prononcé de la nullité. De surcroît, et contrairement au dol ou à la violence, l'*errans* ne peut prétendre à aucune indemnisation de la part de son cocontractant qui est indemne de tout reproche.

D'autre part, l'argument peut être retourné contre l'auteur. En effet, c'est justement par la recherche de ce consentement parfait, non vicié et éclairé que le législateur trahit son attachement et sa confiance dans la volonté des parties, conçue comme un véritable référent axiologique. Ce rejet d'une volonté de qualité inférieure serait donc l'expression d'une considération particulière pour la volonté individuelle et constituerait une manifestation supplémentaire de la valeur d'autonomie de la volonté.

Bien entendu, cette recherche d'une volonté parfaite n'est pas infinie dès lors que sont notamment exclues les erreurs inexcusables qui n'auraient pas dû être commises et qui, si elles étaient sanctionnées, porteraient atteinte aux intérêts du cocontractant. Il n'empêche que le mécanisme de l'erreur est bien plus l'expression de la valeur d'autonomie de la volonté que celle du respect d'autrui.

Seuls le dol et la violence doivent alors être retenus pour notre analyse.

¹ *Ibidem*.

² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p.82, n°44.

³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p.82, n°44.

124. Le dol. Présentation – L’ancien article 1116 du Code civil dispose que le dol consiste en des « manœuvres » d’une partie, sans lesquelles « l’autre partie n’aurait pas contracté »¹. L’erreur n’est plus fortuite mais provoquée par le cocontractant.

La notion de « manœuvres » implique, par définition, une action positive de l’auteur du dol. Afin d’élargir le champ d’application de ce vice, la jurisprudence a assimilé aux manœuvres, le mensonge² et, plus tard, le silence³. À cet élément matériel, doit ensuite s’ajouter un élément intentionnel : les manœuvres, mensonges ou silences doivent avoir été accomplis avec l’intention de tromper le cocontractant.

Le dol ne peut être sanctionné que s’il a été commis personnellement par le cocontractant. En cas de dol par un tiers, la seule possibilité de la victime est donc d’agir en nullité du contrat sur le fondement de l’erreur. La règle n’est toutefois pas aussi absolue puisque certains tiers, tels que le représentant⁴, le gérant d’affaires⁵ ou le porte-fort (bien que plus récemment)⁶ d’une partie ont pu être considérés comme auteurs de dol. Cet assouplissement reste relatif dans le sens où ces tiers ont tous, à des intensités variables, un rôle de représentation du cocontractant. Ce lien particulier entre le cocontractant et le tiers-auteur du dol ne tempère donc qu’à la marge le principe initial, qui veut que seule la partie au contrat puisse commettre un dol.

On précisera enfin que l’erreur inexcusable, lorsqu’elle est provoquée par un dol, n’est pas un obstacle à la sanction⁷. À l’instar de l’erreur, la sanction encourue est bien évidemment la nullité du contrat mais la victime peut aussi obtenir le versement de dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi.

Inclusion – Contrairement au cocontractant de *l’errans*, l’auteur du dol a participé activement et volontairement, par ses actes ou par son silence, au processus d’altération du consentement.

¹ Le dol est aujourd’hui défini à l’article 1137 du Code civil.

² V. not. Cass. req., 6 fév. 1934, S. 1935. 1. 296.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n°69-12.180 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 1974: *Bull. Civ. III*, n°330, p.251 ; *D.* 1974. IR. 252 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 58 et s. Pour une présentation de la réticence dolosive et, plus généralement, de l’obligation d’information en droit civil, cf. *infra* n°165 et s.

⁴ V. not. Cass. req. 20 nov. 1905, S. 1906. 1. 124 - Cass. civ. 1^{ère}, 2 nov. 1954 : *Gaz. Pal.* 1955. 1. 74 – Cass. com. 27 nov 1972, *Bull. Civ. IV*, n°308, p.287.

⁵ Cass. civ. 7 juil. 1960, *Bull. Civ. I*, n°371, p.305.

⁶ Cass. com. 27 fév. 1996, n°94-11.241 : *Bull. Civ. IV*, n°65, p. 50 ; *Defrénois* 1996. 1205, note Dagonne-Labbé.

⁷ Cf. not. Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001 : *D.* 2001. 2702, note D. Mazeaud ; somm. com., p.3236, obs. L. Aynès ; *JCP G* 2001. I. 330, n°10, obs. Constantin ; *Defrénois*, 2001. 703, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2001. 353, obs. J. Mestre et B. Fages. Cette solution est aujourd’hui consacrée à l’article 1139 du Code civil qui dispose que : « L’erreur qui résulte d’un dol est toujours excusable ».

Du point de vue de la victime, ce mécanisme vise bien évidemment à protéger son consentement, à corriger ce qu'a fait sa volonté viciée. Sous cet angle, le dol constitue, sans l'ombre d'un doute, une manifestation de la valeur d'autonomie de la volonté¹.

En revanche, ce constat n'explique, ni pourquoi il n'est pas sanctionné lorsqu'il est commis par un tiers, ni pourquoi l'erreur inexcusable n'y fait pas obstacle, et pas davantage pourquoi l'auteur du dol peut être condamné au versement de dommages et intérêts. Pour expliquer cela, il faut envisager le dol, non plus seulement comme la cause d'une volonté viciée, mais aussi comme un agissement volontaire et malveillant d'une partie au contrat envers une autre. En effet, bien que le législateur cherche à protéger leur consentement, il cherche aussi à sanctionner les nuisances volontaires des parties entre elles². Dès lors, si le dol a une visée non seulement protectrice mais aussi sanctionnatrice, on comprend mieux le rejet du dol d'un tiers, l'indifférence du caractère inexcusable de l'erreur ainsi que la possible condamnation de l'auteur à indemniser la victime.

Cela justifie donc de considérer aussi le dol comme une manifestation de la valeur de respect d'autrui en ce qu'il sanctionne les nuisances volontaires causées à ce dernier.

125. La violence. Présentation – La violence, troisième et dernier vice du consentement, se différencie profondément du dol. Elle ne se limite pas à un simple travestissement de la réalité mais suppose une contrainte ayant permis d'« extorqu[er] »³ le consentement d'une partie par « la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »⁴. Cette violence doit être illégitime : par exemple, en 1804, elle ne pouvait résider dans la crainte révérencielle « envers le père ou la mère ou autre ascendant »⁵ et, aujourd'hui, ne peut résulter de la menace d'employer une voie de droit⁶. Aussi, à la différence du dol, la

¹ Cf. *supra* n°84.

² Comme le notait RIPERT, en matière de dol, « l'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui qui a été trompé que sur l'acte de celui qui a trompé » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, p.87, n°47).

³ Art. 1109 anc., C. civ.

⁴ Art. 1112 anc., C. civ. Art. 1140 nouv., C. civ.

⁵ Art. 1114 anc., C. civ.

⁶ Le principe est repris aujourd'hui à l'actuel article 1141 du Code civil mais la jurisprudence antérieure est abondante en la matière. V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 1961 : *Bull. civ.* I, n°289, p.230 (un débiteur souscrit une reconnaissance de dette sous la menace de poursuites judiciaires proférées par le créancier) – Cass. com., 30 janv. 1974 : *D.* 1974.382 (validité d'une reconnaissance de dette souscrite sous la menace de poursuites pénales). Pour plus de références, V. not. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2019, p.350-351, n°313.

violence peut parfaitement émaner d'un tiers, sans que cela n'empêche l'action en nullité de la victime¹.

Inclusion – Malgré cette différence, le constat, déjà effectué pour le dol, s'impose en matière de violence. Le vice de violence est bien sous-tendu par la valeur d'autonomie de la volonté dès lors que le résultat final est d'annuler un contrat issu d'un consentement contraint et vicié et donc de protéger la volonté des parties.

Cependant, une fois encore, ce constat ne permet pas de saisir ce vice dans son intégralité. En effet, la définition même de la violence s'attarde autant sur le consentement vicié que sur l'acte générateur d'extorsion. Il est nécessaire de prouver « la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent » suscitée par l'acte de violence et pas simplement de prouver que le consentement a été troublé. La distinction entre les violences légitimes et les violences illégitimes renforce ce constat : certains actes de violences, bien qu'ayant probablement vicié le consentement, ne sont pour autant pas considérés comme répréhensibles par le Code civil.

L'accent mis sur la gravité de l'acte fait ainsi ressortir l'impératif de sanction sous-tendant le vice de violence, au même titre que le dol. Il convient donc de considérer la violence comme une manifestation de la valeur de respect d'autrui.

La sanction des nuisances volontaires au sein du rapport contractuel émane enfin de la faute dolosive.

d. La faute dolosive

126. Présentation – En cas d'inexécution du contrat par une partie, celle-ci n'est tenue d'indemniser son cocontractant qu'à hauteur du dommage prévisible lors de la conclusion, c'est-à-dire le dommage « dont l'éventualité n'a pu être ignorée par le débiteur, en raison des clauses, des conditions et de l'objet du contrat »².

Cette règle est pourtant assortie d'une exception en cas de faute dolosive. L'ancien article 1150 du Code civil disposait ainsi que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts

¹ Art. 1112 anc., C. civ. Art. 1142 nouv., C. civ.

² G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.368. V° *Dommage*, sens II.

qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée »¹. Les conséquences d'une telle faute vont même au-delà puisque la jurisprudence a, par la suite, considéré qu'elle rendait ineffectives les clauses de non-responsabilité² et les clauses de non-concurrence³.

127. Dol et faute dolosive – Contrairement au dol vice du consentement, la faute dolosive n'a pas lieu lors de la formation du contrat mais lors de son exécution : elle désigne « tout acte intentionnel et illicite par lequel le débiteur refuse d'exécuter son obligation »⁴. La sanction diffère, de même, puisque la faute dolosive n'emporte logiquement pas la nullité du contrat mais la condamnation du contractant fautif aux dommages et intérêts prévisibles et imprévisibles.

Quoique la faute dolosive se distingue du dol vice du consentement, elle partage avec lui son caractère délibéré. La faute dolosive n'est constituée que lorsqu'elle est commise de manière consciente, sans pour autant qu'elle soit sous-tendue par une intention de nuire⁵.

128. Faute dolosive et sanction des nuisances volontaires – À l'instar des notions vues précédemment, la faute dolosive a une double visée : protéger le contractant victime – notamment en lui octroyant une indemnisation plus conséquente – et sanctionner le contractant fautif des nuisances volontaires causées à autrui. Cependant, l'étroite imbrication entre ces deux fonctions ne constitue pas un obstacle à l'inclusion du mécanisme au sein de notre propos. Il y a donc lieu de considérer la faute dolosive comme une manifestation de la valeur de respect d'autrui.

Au travers des notions de bonne foi, d'abus de droit, de dol, de violence et de faute dolosive, le Code civil organise, au sein du contrat, une large protection des individus contre les nuisances volontaires de leurs cocontractants. Cette protection s'étend, de surcroît, au-delà du contrat.

¹ Art. 1231-3 nouv., C. civ.

² Cass. com., 25 juin 1980 : *JCP G* 1980. IV. 338 ; *RTD civ.* 1981. 165, obs. G. Durry – Cass. com., 15 juin 1989 : *D.* 1960. 97, note R. Rodière.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1982 : *D.* 1983. 384, 3^{ème} esp., note C. Larroumet.

⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2019, p.901, n°843.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 fév. 1969 : *Gaz. Pal.* 1969. 1. 204.

2. Une sanction au-delà du contrat

129. Les obligations extracontractuelles – L'ensemble de notre propos s'est jusqu'à présent limité à l'hypothèse contractuelle, c'est-à-dire celle dans laquelle des effets de droit résultent de la rencontre de deux ou plusieurs volontés. L'analyse de l'axiologie du régime du contrat révèle, tout d'abord, l'existence de la valeur d'autonomie de la volonté¹, puis de celle du respect d'autrui².

L'hypothèse extracontractuelle nous place donc dans un registre profondément différent puisque la création d'obligations n'est plus volontaire mais involontaire. L'idée même d'autonomie de la volonté n'y a donc plus de sens. Toutefois, les obligations extracontractuelles dans le Code civil pré-consumériste restent, encore plus qu'au sein du contrat, imprégnées par cet impératif de protection de l'individu contre les nuisances d'autrui.

130. La responsabilité pour faute – Le principe cardinal de la responsabilité civile délictuelle figure à l'ancien article 1382 du Code civil, qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »³. À ce principe, s'ajoute l'ancien article 1383 qui précise que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »⁴.

Trois conditions doivent donc être réunies : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. On perçoit déjà, à ce stade, la protection contre les nuisances d'autrui que procure à tout individu ce régime de responsabilité. S'il est vrai que ces trois conditions constituent « l'inévitable trilogie »⁵ commune aux ordres moral et juridique, seule la faute nous retiendra ici puisqu'elle est la seule condition conférant une dimension individuelle et psychologique à la sanction.

¹ Cf. *supra* n°88 et s.

² Cf. *infra* n°136 et s.

³ Art. 1240 nouv., C. civ.

⁴ Art. 1241 nouv., C. civ.

⁵ L. DE NAUROIS, « L'obligation de réparer le dommage causé injustement (responsabilité délictuelle du fait personnel). Essai de confrontation des théories juridique et morale », *Mélanges offerts à J. Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p.545 et s, spéc. p.545.

131. La faute – Présente à l'article 1382 sans être définie par le Code, la faute se décompose en deux éléments : un élément matériel et un élément moral.

L'élément matériel – Tour à tour défini comme le « manquement à une obligation préexistante »¹, comme « une défaillance de conduite »², ou même comme « un manquement à un devoir général de prudence ou de diligence »³, l'élément matériel de la faute reste « trop polymorphe pour se laisser enfermer dans une définition générale »⁴. Si l'on perçoit instinctivement la teneur de cet élément – un individu a fait ce qu'il n'aurait pas dû ou n'a pas agi comme il aurait dû –, il est délicat de le circonscrire dans une définition précise⁵. Cela n'a rien de tautologique et ne doit pas inquiéter outre mesure : la malléabilité de cette notion va de pair avec sa fonction qui est de sanctionner et réparer tout acte répréhensible et dommageable pour autrui. Une définition plus précise empêcherait l'adaptation du droit à des faits toujours changeants et contingents.

L'élément moral – S'ajoute à cet élément matériel, l'élément moral. Il ne suffit pas que soit prouvée l'action ou l'abstention répréhensible ; il faut encore que celle-ci soit imputable à l'individu⁶. Ce dernier doit être conscient de ses actes, de leur portée, sans pourtant avoir nécessairement eu l'intention de provoquer le dommage. La faute repose donc sur la conscience, le discernement de l'individu au moment de l'acte dommageable. C'est ce qui ressort de la lecture croisée des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, tels qu'interprétés lors de la période pré-consumériste. Étaient donc classiquement considérés comme non-fautifs les *infans*⁷ ainsi que les personnes atteintes de troubles mentaux⁸.

¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^{ème} éd., LGDJ, 1905, n°863, p.279.

² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.2, Le fait juridique, 14^{ème} éd., Sirey, 2011, p.77, n°66.

³ Art. 1242 du Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017.

⁴ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2016.

⁵ Comme le notaient RIPERT et BOULANGER dans leur traité : « La faute en soi est une pure abstraction. Être en faute consiste à ne pas se conduire comme on devrait le faire. » (G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété, L.G.D.J., 1957, p.332, n°899).

⁶ Sur la notion d'imputabilité, V. P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. dactyl., dir. J. Foyer, Université Paris II, 1984.

⁷ Cette solution a été abandonnée par la jurisprudence au travers d'une série d'arrêts rendus en 1984 qui suppriment l'exigence de discernement comme condition de caractérisation de la faute (Cass. AP, 9 mai 1984, *Bull civ.* n°2 et 3, Arrêts *Derguini* et *Lemaire* : D. 1984.525, concl. J. Cabannes, note F. Chabas ; *JCP G* 1984. II. 20256, note P. Jourdain ; *RTD civ.* 1984. 508, obs. J. Huet ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°196).

⁸ La loi du 3 janvier 1968 a inséré l'article 489-2 du Code civil, aujourd'hui numéroté 414-3, qui met fin à cette irresponsabilité. Il dispose en effet que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ».

132. Faute et sanction des nuisances volontaires – L'élément moral est fondamental pour quiconque prétend analyser les valeurs régissant le régime de responsabilité civile pour faute. Ce dispositif ne vise pas simplement à réparer le dommage et à déterminer à qui cela doit incomber ; l'ancien article 1382 vise aussi à sanctionner l'individu fautif, c'est-à-dire celui ayant, en pleine possession de ses moyens, causé injustement et à tort, un dommage à autrui. Être civilement responsable signifie se trouver dans l'obligation de réparer les dommages causés à autrui, mais aussi de répondre de ses actes, de ses choix et décisions. La décision d'indemnisation repose ainsi tant sur la considération du dommage subi par la victime que sur l'acte commis par son auteur. En ce sens, les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil organisent, à travers la notion de faute, une sanction de tout individu causant consciemment un dommage à autrui.

133. L'émergence de la responsabilité objective – A la fin du XIX^{ème} siècle, l'industrialisation s'intensifiant, le machinisme et la circulation automobile se développant, la société française a été confrontée à une complexification de l'indemnisation des dommages. Ceux-ci n'étant plus causés par la faute d'un individu, mais par des dysfonctionnements mécaniques ou par un enchevêtrement de causes complexes, l'exigence probatoire d'une faute s'est avérée problématique, laissant nombre de victimes sans indemnisation.

L'idée d'une responsabilité objective, détachée de l'idée de faute, a alors émergé et s'est développée tout au long du XX^{ème} siècle, d'abord par la création d'un régime général de responsabilité du fait des choses¹, d'un régime d'indemnisation des accidents du travail², puis, bien plus tard, d'un régime d'indemnisation des accidents routiers impliquant un véhicule terrestre à moteur³. Ces régimes se détachent de la notion de faute⁴. Ils reposent simplement sur les exigences de preuve d'un dommage et d'un lien de causalité entre le fait d'un individu et le dommage. La charge probatoire étant facilitée pour la victime, son

¹ Cass. civ. 16 juin 1896, *Teffaine* : DP 1897. 1. 433, cond. L. Sarrut, note R. Saleilles ; S. 1897. 1. 17, note A. Esmein – Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930 : DP 1930. 1. 57, concl. proc. gén. Matter, note G. Ripert ; S. 1930. 1. 121, note P. Esmein ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, *op. cit.*, n°202.

² L. du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail.

³ L. n° 85-677 du 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁴ Sur l'influence de ces techniques de réparation collective et objective sur la place de la faute civile, V. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2014, n°236 et s., p. 203 et s.

indemnisation est garantie. La volonté de protection de l'individu – dont nous recherchons les manifestations – serait donc parfaitement assurée.

Les fondements axiologiques de ces nouveaux régimes de responsabilité¹ sont pourtant profondément différents de ceux du régime de responsabilité pour faute. En effet, la sanction n'est plus fondée sur la conscience d'un individu fautif mais sur la causalité entre son action et le dommage². Sans se prononcer sur la légitimité ou l'opportunité de ces régimes, on peut donc se ranger aux propos du doyen RIPERT qui affirmait que « faire découler la règle de responsabilité de la loi de causalité [...] détruit l'idée morale qui, seule, peut justifier la responsabilité »³, cette dernière se transformant en une « loi mécanique de cause » ou en une « loi économique de répartition »⁴.

134. Ainsi, en matière extracontractuelle, seul le régime de responsabilité pour faute peut être considéré comme manifestation de la valeur de respect d'autrui en ce qu'il sanctionne les atteintes volontaires, ou du moins conscientes, à l'intégrité physique (sanction des dommages corporels), psychique (sanction des dommages moraux) et patrimoniale (sanction des dommages matériels) d'autrui. En somme, c'est l'analyse du psychisme de l'auteur du dommage qui confère à la responsabilité pour faute cette empreinte axiologique caractéristique du Code civil.

135. Bilan du §1. Détermination des prescriptions, terreau d'identification de la valeur –

L'analyse du droit positif pré-consumériste a ainsi révélé deux types de prescriptions. La première impose à l'individu le *respect de sa parole donnée* pour garantir à autrui sa protection contre tout revirement potentiellement préjudiciable ; la seconde sanctionne, au sein comme au-delà du contrat, *tout acte ou abstention volontaire nuisant à autrui*.

¹ Les identifier nous emmènerait sur des rivages bien éloignés de notre sujet. De plus, RIPERT avait déjà apporté un début de réponse quant aux motivations morales des tenants de ces théories : « Il ne faudrait pas croire que, dans l'élaboration de cette théorie nouvelle, les esprits n'aient pas été guidés par les plus hautes considérations morales. La répétition du même genre de dommages, causés par la même catégorie de personnes à la même catégorie de victimes, atteste l'existence d'une inégalité résultant de la vie sociale et crée une nervosité plus grande qui ne permet plus de concevoir le dommage comme fatal. Ces idées devaient pousser les esprits à ne plus se contenter du vieux principe de la loi *Aquilia* » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p.207, n°115).

² Bien qu'elle ne constitue plus une condition d'engagement de la responsabilité, la faute civile conserve tout de même un rôle subsidiaire tant pour la détermination du *quantum* des dommages et intérêts que sur les possibilités de recours contre l'auteur du dommage (Sur ce point, V. not. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, respectivement : n°363 et s., p. 309 et s ; n°372 et s., p. 320 et s.).

³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p.211, n°117.

⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p.217, n°120.

Ce constat va, à présent, nous permettre d'identifier le respect d'autrui comme valeur morale civiliste.

§2. L'identification de la valeur de respect d'autrui

136. Plan – À l'instar de la méthodologie précédemment adoptée¹, la définition de la valeur de respect d'autrui (**A.**) devra précéder la détermination de ses racines, de sa filiation (**B.**).

A. La définition de la valeur de respect d'autrui

137. Contrairement aux développements qui ont permis l'identification de l'autonomie de la volonté comme valeur morale et économique², il ne sera point nécessaire ici de discuter de la nature axiologique du respect d'autrui. Il n'existe, en effet, aucune ambiguïté sur son absence de nature juridique, contrairement à l'autonomie de la volonté, qui a longtemps divisé les auteurs³. Aussi, partions-nous du postulat que le respect d'autrui a une nature exclusivement axiologique, nature qui se manifeste au sein du Code civil sans pour autant constituer un principe juridique.

138. Plan – Définir cette valeur implique de résoudre un paradoxe qui n'est qu'apparent. En effet, alors que son contenu est objectivement déterminé (**1.**), elle mobilise des considérations subjectives lors de son application (**2.**).

1. Une valeur au contenu objectif

139. Formulation et finalité de la valeur – Le respect d'autrui s'exprime de deux manières différentes en droit civil : d'une part, il impose le respect de la parole donnée ce qui évite tout revirement qui serait préjudiciable au cocontractant ; d'autre part, il sanctionne toute nuisance découlant d'un acte volontaire ou du moins conscient. En apparence bien différents,

¹ Cf. *supra* n°87 et s.

² Cf. *supra* n°94-95.

³ Cf. *supra* n°90-91.

ces deux prescriptions ne sont que la traduction d'une même valeur et portent en commun cet impératif de respect de l'individu.

Sans aller jusqu'à la vénération, la révérence ou le culte, le respect d'autrui doit ici être entendu, de manière plus souple, comme le « fait de prendre en considération »¹ l'autre, en adoptant une attitude honnête, droite et transparente envers lui. Cette valeur pourrait ainsi se formuler de la manière suivante : *est mal, tout acte volontaire, ou du moins conscient, nuisant à autrui ; est bien, tout acte profitant à autrui ou du moins ne l'affectant pas.*

Suivant notre grille axiologique, la finalité morale de cette valeur ne fait pas l'ombre d'un doute tant il est difficilement contestable qu'elle participe à un perfectionnement tant de l'individu que des rapports interindividuels².

140. Un contenu objectif – Contrairement à l'autonomie de la volonté, qui n'est que pure forme³, le contenu du respect d'autrui est objectivement déterminé par sa formule. La possibilité de déterminer le contenu de la valeur morale est ici déniée à l'individu qui doit se conformer aux préceptes dictés par cette dernière. Cela s'explique par la différence profonde existant entre autonomie de la volonté et respect d'autrui : là où la première est, par nature, une valeur-pouvoir au service de l'individu, la seconde est une valeur-obstacle encadrant ses agissements.

2. Une valeur d'application subjective

141. Une valeur fondée sur le psychisme – Malgré un contenu objectivement déterminé, le respect d'autrui mobilise des considérations subjectives lors de son application. Qu'elle s'appuie sur l'intention, la volonté ou même la conscience du sujet agissant, l'application de cette valeur repose nécessairement sur le psychisme de l'individu, et ce alors même que son contenu est objectif.

Cette composante du respect d'autrui est fondamentale et a déjà été entr'aperçue au sujet des régimes de responsabilité objective⁴. Elle permet d'asseoir la valeur morale au plus profond de l'esprit du sujet : la sanction porte, certes, sur ses agissements mais aussi, au

¹ J. REY-DEBOVE, A. REY, *Le Petit Robert*, Ed. le Robert, 2013. V° « respect ».

² Pour un exposé du critère, cf. *supra* n°13.

³ Cf. *supra* n°97.

⁴ Cf. *supra* n°133.

travers d’eux, sur ses intentions, ses pensées. Le manquement au respect d’autrui doit nécessairement être sous-tendu par une disposition psychique, aux formes diverses – conscience, intention, volonté, etc. –, mais qui atteste toujours de l’adhésion du sujet à son action ou à son abstention, et parfois même aux conséquences de celles-ci. Le jugement moral acquiert ainsi une plénitude certaine en englobant l’individu tant dans sa matérialité que dans sa mentalité.

- 142. Une valeur intersubjective** – Outre ce point, le respect d’autrui, tout comme l’autonomie de la volonté, n’a vocation à s’appliquer que dans la relation qu’entretiennent deux sujets identifiés, dans une relation intersubjective. Cette remarque peut sembler évidente et logique ; elle n’en reste pas moins nécessaire tant cette intersubjectivité constituera une différence importante avec l’axiologie consumériste¹.

La valeur de respect d’autrui ayant été définie, il est possible d’en identifier la filiation.

B. La filiation de la valeur de respect d’autrui

- 143. Plan** – Le respect d’autrui, dans ses deux formes, n’entretient qu’une filiation restreinte avec la morale libérale (1.). À l’inverse, le constat d’une puissante filiation entre cette valeur et les morales chrétienne et kantienne s’impose (2.).

1. Une filiation restreinte avec la morale libérale

- 144.** L’analyse de la filiation entre la morale libérale et la valeur de respect d’autrui implique de distinguer selon les deux manifestations de cette dernière : le respect de la parole donnée et la sanction des nuisances volontaires.

¹ Sur le caractère objectif de la protection consumériste, cf. *infra* n°351 et s. Sur son caractère collectif, cf. *infra* n°390 et s.

145. Respect de parole donnée. *Filiation ?* – Comme nous l’avons démontré précédemment, la morale libérale s’articule autour de l’idée fondamentale de liberté individuelle qui est érigée comme source de moralité. Celle-ci repose, selon les auteurs libéraux, sur un arbitrage individuel et empirique de l’individu entre bien et mal¹. Ces considérations constituent la source de la première valeur civiliste qu’est l’autonomie de la volonté².

L’influence libérale pourrait, néanmoins, s’étendre au-delà de cette valeur. En effet, il serait possible de considérer le devoir de respect de la parole donnée comme un corollaire logique de l’autonomie de la volonté. Sans celui-ci, les volontés individuelles seraient entièrement libres, variant au gré des envies et des circonstances, ce qui à terme annihilerait la valeur d’autonomie de la volonté. Sans obligation de respecter sa parole, comment garantir à l’individu ce qu’il a voulu et donc, suivant l’axiologie libérale, ce qui est bon ?

Une filiation limitée – Admettre ce raisonnement serait toutefois oublier les travaux des canonistes ayant favorisé l’émergence de la règle *pacta sunt servanda*. Comme nous l’avons rappelé, il apparaît que leurs travaux visent plus à garantir le respect de la parole qu’à garantir à l’individu une liberté de choix³. De surcroît, la rigueur de cette valeur, ne souffrant peu ou prou aucune exception, ne coïncide pas avec les préceptes libéraux. Suivant ces derniers, il serait envisageable que ce devoir de respect de la parole donnée cède lorsque cette parole s’avère trop nuisible pour l’individu qui a promis⁴. La rigueur de ce devoir dans le Code civil pré-consumériste limite donc grandement la filiation avec la morale libérale.

146. Sanction des nuisances volontaires – Le constat est plus nuancé en matière de sanction des nuisances volontaires. Il a été démontré, qu’au sein de l’ordre moral libéral, autrui s’impose comme une limite aux prérogatives axiologiques de l’individu agissant⁵. En sanctionnant les nuisances qui sont causées à autrui, on pourrait admettre que le Code civil lui reconnaisse ce rôle de limite à l’action.

En revanche, l’importante considération envers autrui que laisse transparaître cette valeur marque un certain décalage avec la morale libérale qui ne l’envisage que de manière

¹ Cf. *supra* n°59 et s.

² Cf. *supra* n°104.

³ Cf. *supra* n°103.

⁴ Cela existe dans le droit anglo-saxon au travers du mécanisme de l’*efficient breach of contract* qui permet à une partie constatant que l’exécution du contrat lui est trop préjudiciable de rompre unilatéralement le contrat et d’indemniser son cocontractant.

⁵ Cf. *supra* n°64.

incidente et anecdotique. Cette importance d'autrui dans l'architecture de la valeur ne permet de conclure, une fois encore, qu'à une filiation limitée avec la morale libérale.

Le lien entre respect d'autrui et morale libérale est donc ténu. Ce constat est, de plus, accentué par la puissante filiation qui relie cette valeur aux morales chrétienne et kantienne.

2. *Une puissante filiation avec les morales chrétienne et kantienne*

147. Plan – Le lien qui unit la valeur de respect d'autrui et les morales chrétienne et kantienne est global et se retrouve tant dans le contenu de la valeur (**a.**) que dans son application (**b.**).

a. Une filiation dans le contenu

148. Respect de la parole donnée – Que l'on se situe dans les morales chrétienne ou kantienne, la fidélité à la parole donnée constitue un pilier du système moral.

Dans la morale chrétienne – Plusieurs aspects du christianisme trahissent, en effet, un attachement au respect de la parole donnée. Le Septième Commandement, qui prohibe le vol¹, a été interprété de manière large par l'Église comme imposant notamment le respect des personnes, de leurs biens², et impliquant ainsi que « les promesses doivent être tenues »³. Cette exigence n'est, cependant, pas nouvelle : on sait que les travaux des canonistes ont très tôt assimilé la violation d'une promesse à un mensonge et, par conséquent, à un péché, à une infraction à la loi morale⁴.

De manière plus générale, on peut trouver trace de cet impératif de respect de la parole dans le texte biblique. La « règle d'or »⁵ y énonce que « tout ce que vous désirez que les autres fassent pour vous, faites-le vous-mêmes pour eux »⁶. Aussi, un individu souhaitant

¹ Ex 20, 15 ; Dt 5, 19 ; Mt 19, 18 (*La bible de Jérusalem*, trad. École biblique de Jérusalem, éditions du Cerf, 2000).

² Il implique aussi le respect de « l'intégrité de la création », c'est-à-dire de l'ensemble des êtres vivants et inanimés, ce qui ne concerne guère notre propos (*Catéchisme de l'Église Catholique*, Centurion / cerf / Fleurus-Mame / CECC, 1997, n°2401 et s., p.577 et s.).

³ *Catéchisme de l'Église Catholique*, op. cit., n°2410, p.579.

⁴ Cf. *supra* n°102-103.

⁵ *Catéchisme de l'Église Catholique*, op. cit., n°1970, p.483.

⁶ Mt 7, 12 (*La bible de Jérusalem*, op. cit.).

revenir sur sa propre parole ne peut, dans le même temps et sans se contredire, souhaiter qu'autrui respecte la sienne.

Dans la morale kantienne – Une logique similaire se retrouve dans le système kantien. La première formule de l'impératif catégorique préconise d'« agi[r] uniquement d'après la maxime qui fait que [l'on puisse] vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle »¹. Toute action morale doit donc être sous-tendue par une maxime devant être conforme à la loi morale. Aussi, même si, en soi, la maxime pourrait être universelle, il ne faut pas qu'en l'adoptant l'individu se contredise, c'est-à-dire qu'il veuille « à la fois qu'un certain principe soit objectivement nécessaire comme loi universelle, et que subjectivement il souffre d'exceptions »². Il en est ainsi du mensonge : l'individu conçoit objectivement la vérité comme loi universelle mais apporte subjectivement, par son mensonge, une exception à ce principe. En effet, tout mensonge suppose, par principe, une exigence de vérité.

Ce qui vaut pour le mensonge vaut, de la même manière, pour la violation d'une promesse : il est impensable, en violant une promesse, de considérer que la maxime de cette action doive être érigée en loi universelle sous peine d'anéantir, par-là, l'idée même de promesse.

149. Sanction des nuisances volontaires – La sanction polymorphe de toute nuisance volontaire envers autrui s'inspire de même nettement des morales chrétienne et kantienne, dans lesquels l'autre doit être envisagé comme une fin, au travers des concepts de vertu théologique de charité³ et d'impératif catégorique⁴. En imposant le respect d'autrui, le Code civil impose, de manière édulcorée, une place similaire à l'individu : sans en être la fin exclusive, son intérêt et les répercussions de l'acte sur lui doivent être envisagés par le sujet agissant. Autrui n'est pas une simple limite à l'action dans l'ordre moral civiliste, quoiqu'il ne puisse être une fin exclusive sous peine de priver d'effectivité la valeur d'autonomie de la volonté.

¹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Livre de Poche, éd. 21, 2017, p.94. Pour un exposé plus détaillé : cf. *supra* n°34 et s., 42 et s.

² F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, éd. de La Table Ronde, 2005, p.111.

³ Cf. *supra* n°33.

⁴ Cf. *supra* n°37.

b. Une filiation dans l'application

150. Subjectivité – Les morales chrétienne et kantienne accordent toutes deux, à l'instar de la valeur de respect d'autrui, une place prépondérante à l'intention, à la conscience du sujet.

Dans la morale chrétienne – Le système moral chrétien considère l'intention comme « un élément essentiel dans la qualification morale de l'action »¹. Bien qu'elle ne puisse pas tout, par exemple en rendant bon ou juste « un comportement en lui-même désordonné »², elle reste un critère prépondérant d'arbitrage entre moralité et péché, qui est fondé sur la volonté du pécheur.

Ce consentement à l'acte est susceptible d'une gradation selon la gravité du péché : plus le péché est grave, plus l'intensité de la volonté, de la conscience du sujet doit être importante. Pour exemple, l'Église considère que tout péché mortel requiert pleine connaissance « du caractère peccamineux de l'acte, de son opposition à la Loi de Dieu », ainsi qu'un entier consentement, c'est-à-dire « un consentement suffisamment délibéré pour être un choix personnel »³. Cela explique pourquoi, à la question de savoir si l'ignorance diminue ou non le péché, Thomas d'Aquin répondait que « puisque tout péché est volontaire, l'ignorance peut diminuer le péché dans la mesure où elle diminue le volontaire »⁴, c'est-à-dire si elle en est la cause. De manière générale tout ce qui réduit le caractère volontaire du péché réduit la gravité de ce dernier⁵.

Dans la morale kantienne – La morale kantienne attribue, elle aussi et probablement plus encore, une place primordiale à l'intention du sujet. Cette « morale de l'intériorité »⁶ a pour point de départ, comme cela a été expliqué, le jugement populaire qui énonce que « de tout ce qu'il est possible de concevoir dans le monde, et même en général hors du monde, il n'est rien qui puisse sans restriction être tenu pour bon, si ce n'est seulement une bonne volonté »⁷. L'intention du sujet, la volonté qui guide son action, constituent ainsi le « seul principe permettant de qualifier moralement la conduite humaine »⁸. Bien que cette bonne volonté ne soit pas qu'un « simple vœu », mais qu'elle doive se manifester par « l'appel à tous les

¹ *Catéchisme de l'Église Catholique, op. cit.*, n°1752, p.441.

² *Catéchisme de l'Église Catholique, op. cit.*, n°1753, p.441.

³ *Catéchisme de l'Église Catholique, op. cit.*, n°1859, p.461.

⁴ T. d'AQUIN, *Somme théologique*, t.2, éditions du Cerf, 2021, Ia IIae, q.76, art. 4, Concl.

⁵ *Catéchisme de l'Église Catholique, op. cit.*, n°1860, p.461.

⁶ R. LE SENNE, *Traité de morale générale*, PUF, 1942, p.239.

⁷ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Livre de Poche, éd. 21, 2017, p.57.

⁸ F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, éd. de La Table Ronde, 2005, p.16.

moyens dont nous pouvons disposer »¹, la moralité d'un acte revient *in fine* à la « seule bonté de notre disposition interne »².

151. Moralité et liberté – Enfin, outre cette commune subjectivité, on notera que les logiques kantienne et chrétienne d'articulation entre moralité et liberté³ se retrouvent dans l'axiologie civiliste. Il a été démontré que, dans l'optique de défendre ses droits et donc de rendre effectives ses libertés (contractuelles, etc.), l'individu agissant doit se conformer à des standards de comportement, par exemple en faisant preuve de bonne foi, en s'abstenant de violence, de dol, de tout abus, etc. Il semble ainsi qu'à l'instar des systèmes chrétien et kantien, seul un comportement moral, c'est-à-dire ici conforme aux valeurs civilistes, permette à l'individu de profiter des droits et libertés instaurés par le Code. Le Code civil conditionnerait, d'une manière certes bien plus tempérée, la liberté à la moralité de l'individu.

152. Conclusion de la Sous-section 2. – Deux types de prescriptions émanent du Code civil pré-consumériste. Il impose, d'une part, le respect de la parole donnée, ce qui garantit au cocontractant la stabilité de la volonté individuelle et le protège contre des revirements potentiellement préjudiciables. Le Code civil sanctionne, d'autre part, toute nuisance causée volontairement à autrui, tant au sein – par la sanction de la mauvaise foi, de l'abus, du dol, de la violence et de la faute dolosive – qu'au-delà du contrat – par le biais de la faute civile, telle que définie classiquement.

De ces deux éléments a pu être induite la valeur de respect d'autrui, seconde valeur composant l'axiologie civiliste classique. Sa formule est la suivante : *est mal, tout acte volontaire, ou du moins conscient, nuisant à autrui ; est bien, tout acte profitant à autrui ou du moins ne l'affectant pas*. Contrairement à l'autonomie de la volonté, elle entretient une filiation certaine avec les axiologies chrétienne et kantienne.

¹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit. p.58.

² F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, op. cit., p.47.

³ Cf. *supra* n°39 et s.

Conclusion du Chapitre 1.

153. Empruntant aux morales chrétienne, kantienne et libérale, l'axiologie civiliste classique est parvenue à effectuer une symbiose entre ces pensées profondément distinctes. La méthodologie inductive identifiée précédemment¹ nous a permis d'identifier deux valeurs : l'autonomie de la volonté et le respect d'autrui.

154. En lui conférant une force normative et en la préservant contre les vices, le Code civil protège la volonté individuelle. En outre, cette protection se double d'une certaine confiance, d'une certaine préférence : la volonté individuelle prime sur le juge et sur la forme du contrat.

Cette double considération pour la volonté individuelle permet d'induire la première valeur civiliste classique : l'autonomie de la volonté. Celle-ci repose sur une logique individuelle et subjective et réside dans la formule suivante : *est bon ce qui est voulu, consenti par l'individu ; est mauvais ce qui lui est imposé*. À la fois morale et économique en ce qu'elle vise tant au perfectionnement de l'individu qu'à celui du marché, cette valeur prend incontestablement ses racines au sein de l'axiologie libérale.

155. L'axiologie civiliste classique compte pourtant une seconde valeur : le respect d'autrui. Cette valeur postule qu'*est mal tout acte volontaire, ou du moins conscient, nuisant à autrui ; et qu'est bon tout acte profitant à autrui ou du moins ne l'affectant pas*.

D'une part, elle impose le respect de la parole donnée, ce qui ressort de la force obligatoire des conventions prévue par le Code.

D'autre part, elle les sanctionne *a posteriori* tant au sein – avec la répression de la mauvaise foi, de l'abus, du dol ou de la violence – qu'au-delà du contrat – au travers du régime de responsabilité délictuelle pour faute.

Quoiqu'il ne soit pas, par essence, une valeur subjective comme l'autonomie de la volonté, le psychisme de l'individu reste central dans la mise en œuvre de cette valeur. Aussi, cet élément, doublé de la considération particulière qu'elle impose envers autrui, ne laisse aucun doute sur le lien qui unit la valeur de respect d'autrui aux morales chrétienne et kantienne.

¹ Cf. *supra* n°11.

156. Malgré des racines antagonistes, les valeurs formant l'axiologie civiliste classique fonctionnent de manière *cohérente* : l'autonomie de la volonté confère une zone de liberté individuelle et le respect d'autrui délimite cette zone afin de préserver la liberté d'autrui. En somme, l'axiologie civiliste pourrait se résumer par la formule suivante : *est bien ce qui est voulu par l'individu sous réserve que cette volonté ne nuise pas à autrui.*

Le droit de la consommation va rompre fermement avec cet édifice axiologique par l'édification de nouvelles valeurs qui lui seront propres. Avant d'étudier ce nouvel ordre axiologique, il nous faut d'abord analyser l'effacement des valeurs civilistes classiques au sein de cette législation.

Chapitre 2. L’effacement des valeurs civilistes classiques

- 157.** Contrairement au droit civil qui a vocation à appréhender tous les types de relations interindividuelles, quelle que soit la qualité des individus, le droit de la consommation se dote, dès son émergence, d’un champ d’application *ratione personae* strict : la relation consommateur-professionnel. Dans l’optique de rééquilibrer le rapport de force entre ces deux agents¹, la législation consumériste va multiplier les dispositifs remettant en cause les principes fondamentaux du droit civil : obligations d’information détachées de la réalité du consentement du consommateur, droits de rétractation remettant en cause le principe de force obligatoire du contrat, délais de réflexion limitant le principe de liberté de conduite des pourparlers, etc.
- 158. Plan** – Cette rupture juridique diagnostiquée dès les origines de ce nouveau pan du droit se double logiquement d’une rupture axiologique. En effet, en son sein, s’effacent tant la valeur d’autonomie de la volonté (**Section 1.**) que celle de respect d’autrui (**Section 2.**).

Section 1. L’effacement de l’autonomie de la volonté

- 159.** L’autonomie de la volonté a été identifiée comme une valeur formelle et subjective², reposant fondamentalement sur la volonté individuelle conçue comme repère axiologique. Cette volonté particulière à chaque individu donne, par sa rencontre avec une autre volonté, naissance à un contrat.

Dans l’optique de concilier droit civil et droit de la consommation, il serait envisageable d’analyser le droit de la consommation comme la cause d’une mutation de l’autonomie de la volonté. Se matérialisant sous des formes juridiques différentes de celles employées par le Code civil, cette valeur survivrait au sein de la législation consumériste. En organisant par divers moyens une protection de la volonté du consommateur, il pourrait sembler que le droit

¹ Cf. *infra* n°279 et s.

² Cf. *supra* n°97.

de la consommation s'inscrit dans la logique civiliste et qu'il ne ferait, finalement, qu'actualiser et moderniser la valeur d'autonomie de la volonté.

160. Plan – Cette réminiscence n'est toutefois qu'apparente. Le droit de la consommation, bien que protégeant la volonté du consommateur par endroits, n'en fait pas un repère axiologique. Indifférent à la volonté individuelle des parties (**Sous-section 1.**) et standardisant le contrat tant dans sa forme que dans son contenu (**Sous-section 2.**), le droit de la consommation met en place des mécanismes objectifs et collectifs incompatibles avec la valeur d'autonomie de la volonté.

Sous-section 1. L'indifférence à la volonté individuelle

161. Le droit de la consommation ne se préoccupe jamais directement de la protection de la volonté subjective des individus. Cette indifférence est cependant polymorphe. En effet, dès lors que le droit de la consommation instaure des mécanismes asymétriques ne profitant pas de la même manière au consommateur qu'au professionnel, l'indifférence se matérialise différemment selon que l'on s'attarde sur la volonté du premier ou du second. Si elle profite au consommateur en lui garantissant une protection plus globale et certaine, cette indifférence contraint le professionnel en automatisant sa volonté, lors de la conclusion du contrat et de la détermination de son contenu.

162. Plan – Il nous faudra donc analyser l'indifférence à la volonté subjective de l'individu-consommateur (§1.) avant de nous pencher sur celle ayant trait à celle de l'individu-professionnel (§2.).

§1. L'indifférence à la volonté subjective de l'individu-consommateur

163. Plan – En nous fondant sur certaines dispositions emblématiques de l'émergence du droit de la consommation¹, il apparaît clairement qu'au sein des obligations d'information (**A.**), des délits de tromperie et de publicité trompeuse (**B.**) ou des mécanismes de régulation temporelle de la formation du contrat – droits de rétractation et délais de réflexion – (**C.**), la volonté subjective de l'individu consommateur n'entre guère en ligne de compte, et ce tant dans les conditions que dans le régime de ces dispositifs.

A. Les obligations d'information

164. Plan – L'obligation d'information n'est pas un mécanisme exclusivement consumériste, même si ce pan du droit en aura constitué le symbole tant il y a eu recours dès ses balbutiements. Bien que l'information soit parfois prescrite en droit civil, sa subjectivité (**1.**) tranche frontalement avec l'objectivité de l'obligation d'information en droit de la consommation (**2.**), déliée de la volonté réelle, concrète du consommateur.

1. La subjectivité de l'obligation d'information en droit commun

165. L'information en droit civil² – L'obligation d'information n'est pas un mécanisme étranger au droit commun. Malgré une présence initialement très limitée dans le Code civil³, la jurisprudence a progressivement créé et développé ce type d'obligations. L'admission de

¹ Celles-ci ont été choisies en fonction de leur prééminence chronologique dans le développement de la législation consumériste et, en conséquence, en vertu de leur importance comme symboles de ce pan du droit.

² Contrairement aux propos précédents relatifs à l'axiologie civiliste classique, nous ne limiterons pas à l'étude du Code civil pré-consumériste. En effet, notre propos n'est pas ici d'effectuer une analyse axiologique d'une certaine période mais simplement de démontrer la subjectivité des obligations d'information du droit commun, par contraste avec celles du droit de la consommation. Les obligations civilistes n'étant pas cantonnées à la période pré-consumériste, il ne nous semble guère judicieux d'omettre certains éléments contemporains pertinents tels que le nouvel article 1112-1 du Code civil.

³ Seul l'article 1602 oblige le vendeur à « expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Cette disposition est donc fort limitée tant dans son champ d'application limité au contrat de vente, que dans ses effets puisqu'aucune sanction spéciale n'était édictée par le Code. À noter, toutefois, que depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, un devoir général d'information précontractuelle a été inscrit à l'article 1112-1 du Code civil (Pour une présentation du dispositif, cf. *infra* n°167).

la réticence dolosive, c'est-à-dire d'un dol constitué par le silence d'une partie sur un élément déterminant du consentement de son cocontractant, en a été la première pierre¹. En parallèle, les juges ont reconnu l'existence d'obligations d'information sur le fondement de l'obligation de bonne foi² ou encore de la responsabilité délictuelle³. Enfin, plus récemment, par l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur a créé l'article 1112-1 du Code civil qui crée un devoir général d'information précontractuelle.

Sans prétendre à une présentation exhaustive⁴, il nous faut successivement présenter le fonctionnement de l'obligation d'information, avant et après la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016, afin d'en faire ressortir une subjectivité commune.

166. L'obligation d'information avant la réforme – La pierre angulaire de l'obligation d'information civiliste réside dans le caractère déterminant de l'information : pour être sanctionnée, il est nécessaire de prouver que l'information omise était déterminante du consentement, c'est-à-dire que le créancier de l'information n'aurait pas contracté, ou aurait contracté à des conditions différentes, s'il avait été en possession de cette information. Toute information déterminante n'est cependant pas due : la jurisprudence a ainsi exclu toute obligation d'information relative à la valeur de la prestation de l'autre partie⁵.

Ensuite, deux hypothèses principales sont à distinguer selon que le débiteur de l'information a été animé, ou non, d'une intention de tromper son cocontractant⁶.

¹ V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n°69-12.180 – Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 1974: *Bull. Civ.* III, n°330, p.251 ; *D.* 1974. IR. 252 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédé, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 58 et s. Toutefois, la Cour de cassation avait ponctuellement admis la sanction du silence d'une partie sur un élément déterminant du consentement de l'autre partie sur le fondement du dol (V. not. Cass. Req., 5 déc. 1838, *S.* 38, I, 951 – Cass. civ., 17 fév. 1874 : *D.* 74, I, 193 ; *S.* 74, I, 249).

² Art. 1134 al. 3 anc. ; Art. 1104 nouv. Cf. *supra* n°117.

³ Art. 1382 anc., C. civ., Art. 1242 nouv. Cf. *supra* 130-132.

⁴ Pour une analyse complète de l'obligation d'information, cf. not. M.FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000 : *Bull. civ.* 2000, I, n°131 ; *D.* 2002.928, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2000, comm. no 140, obs. L. Leveueur ; *Defrénois* 2000.1110, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; *LPA*, 5 déc. 2000, 14, note B. Fromion-Hébrard.

⁶ En droit civil, l'intention de tromper constitue le cœur de la distinction entre obligations d'information et réticence dolosive. Le caractère déterminant ou non de l'information omise ne peut, par exemple, fonder cette distinction. On en voudra pour preuve l'évolution de la distinction entre dol principal et incident. Traditionnellement, la doctrine attribuait des sanctions différentes à ces deux types de dol. Le dol principal, sans lequel le contrat aurait été conclu mais à des conditions différentes, ne donnait lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts. Cependant, cette dichotomie est apparue progressivement artificielle. En effet, il a été souligné la difficulté de distinguer, dans chaque litige, « entre la volonté de contracter, abstraitement considérée, et la volonté concrète de contracter à telles ou telles conditions » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022, p.490, n°347). Un certain scepticisme entoure aujourd'hui cette théorie en doctrine (V. not. *Ibidem.* ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, coll. Précis Domat, LGDJ, 19^{ème} éd., 2021, p.103, n°108), en jurisprudence (V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005 : *Bull. civ.* III, n°137 ; *CCC* 2005, n°186, note L. Leveueur ; *RDC* 2005.1025, obs. P. Stoffel-Munck) et même, plus récemment, dans la loi (Art. 1130 nouv.,

Intention de tromper – Si l’omission de l’information est sous-tendue par une intention de tromper le cocontractant et que la preuve en est rapportée, il sera possible de se fonder sur le régime de la réticence dolosive. Cette preuve est essentielle à la caractérisation de ce vice¹.

Absence d’intention de tromper – Dans le cas contraire, deux sous-hypothèses doivent être distinguées selon la qualité du débiteur.

S’il est professionnel, la jurisprudence le présume, dans une grande majorité des hypothèses, avoir eu connaissance de l’information². Sa connaissance effective de celle-ci n’est donc pas réellement recherchée par les juges : elle lui est prescrite. Cette obligation d’information du professionnel est ici susceptible de degrés allant de l’obligation de renseignement, consistant en la simple transmission d’une information, à l’obligation de conseil en vertu de laquelle le débiteur se doit d’orienter, de guider son cocontractant dans ses choix, en passant par l’obligation de mise en garde, dans laquelle il est prescrit au débiteur d’attirer particulièrement l’attention du cocontractant sur certains points³. De manière similaire, lorsque le professionnel se prétend créancier d’une information, le manquement à l’obligation ne sera caractérisé que si son ignorance était légitime. Symétriquement, le caractère averti du créancier de l’information, c’est-à-dire sa qualité de professionnel, pourra lui être opposé⁴.

C. civ.). Au vu du destin de cette distinction en matière de dol, il semble nécessaire d’écarter cette gradation dans le caractère déterminant comme critère de distinction entre réticence dolosive et obligation d’information.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, n°94-10.908 : *Bull.* I, n°78, p.51 ; *JCP G* 1996, IV, 798 ; *D.* 1996, somm. 265, obs. L. Aynès (« Attendu qu’en statuant ainsi, sans rechercher si le défaut d’information imputé à la banque avait pour objet de tromper Mme X... et de la déterminer à se rendre caution, de sorte que la réticence dolosive n’était pas caractérisée, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision »).

² Pour exemple, l’agent immobilier se doit de vérifier la constructibilité du terrain vendu (Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1985, *Bull. Civ.*, I, n°1, p.1 – Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 1990, *Bull. Civ.*, I, n°212, p.73 – Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 1982, *Bull. Civ.*, III, n°5, p.4). Pour un exposé systématique et détaillé de la question, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats, essai d’une théorie, op. cit.*, p.187 et s., n°240 et s.

³ Pour quelques illustrations jurisprudentielles de ces différents types d’information, V. not. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p.116, n°71.

⁴ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, n°96-16.439 : *Bull. Civ.* I, n°198, p.136 ; *JCP G* 99, I, 147, n°16, obs. G. Viney (« Attendu que, l’obligation d’information du fabricant à l’égard de l’acheteur professionnel n’existant que dans la mesure où la compétence de celui-ci ne lui donne pas les moyens d’apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens qui lui sont livrés »). Certains arrêts vont dans le sens inverse mais il semble qu’ils ne concernent que certaines professions bien identifiées et ne s’appliquent pas aux professionnels en général. De tels arrêts ont été rendus concernant les notaires (Cass. civ. 1^{ère}, 22 fév. 2017, n°16-13.096 : *CCC* 2017, n°95, note L. Leveneur : « les compétences et connaissances personnelles du client ne libèrent pas le notaire de son devoir de conseil ») ou encore concernant les agents immobiliers (Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005, n°02-14628 : *RCA* 2006, n°54 : « la compétence personnelle de son client ne dispensait pas l’agent immobilier de procéder, notamment par la consultation du titre de propriété, à la vérification qui lui incombait personnellement de ce que l’immeuble qu’il était chargé de louer pouvait être affecté à l’usage auquel son mandant le destinait »).

En revanche, dans la seconde sous-hypothèse – en l’absence de preuve d’une intention de tromper et si le débiteur de l’information n’est pas un professionnel –, le manquement à l’obligation ne sera retenu que s’il avait eu connaissance de l’information et de son caractère déterminant pour le créancier, et si l’ignorance de ce dernier était légitime.

167. L’obligation d’information depuis la réforme – L’article 1112-1 du Code civil, issu de l’ordonnance du 10 février 2016 fonctionne, peu ou prou, d’une manière similaire au régime élaboré par la jurisprudence. Il dispose à l’alinéa premier que « celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

Tout d’abord, le caractère déterminant de l’information assure toujours – et logiquement – son rôle de clef de voûte de l’ensemble du dispositif. Ensuite, bien que l’article ne fasse pas mention de la qualité du débiteur, le critère d’ignorance légitime est repris. Enfin, l’alinéa 6 du texte reproduit, à demi-mot, la dichotomie fondée sur l’intention de tromper du débiteur de l’information. Il énonce que « 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 », renvoyant ainsi au régime des vices du consentement et notamment à celui du dol.

168. Subjectivisme – Cette présentation sommaire, et volontairement abrégée, de l’obligation d’information en droit commun vise à faire ressortir la subjectivité inhérente à son régime : quelle que soit l’hypothèse, le mécanisme est conditionné à l’analyse de l’état d’esprit, de la conscience des deux parties.

D’abord, que l’on se situe dans le régime légal ou jurisprudentiel, toute situation suppose l’analyse du caractère déterminant de l’information pour le consentement du créancier. L’ensemble du mécanisme est donc orienté autour de la *préservation du consentement* du créancier.

Ensuite, cette subjectivité se retrouve dans la dichotomie initiale fondée sur *l’intention de tromper* du débiteur. Si la preuve de celle-ci est rapportée, la sanction du dol par réticence qui en découlera sera notamment fondée sur le psychisme du débiteur.

En l'absence de caractérisation d'une telle intention, le juge sera amené à rechercher la connaissance *effective* de l'information par le débiteur – sauf lorsqu'elle est présumée dans le régime jurisprudentiel – ou encore à évaluer la *légitimité* de l'ignorance de l'information par le créancier.

Comme nous le verrons plus avant dans notre propos¹, ce caractère légitime implique une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire en référence à un « modèle abstrait de comparaison »². Cela implique de « prendre comme référence l'individu raisonnable appartenant à la même catégorie de contractants que le créancier »³. Toutefois, cette méthode d'appréciation ne remet pas en cause le subjectivisme inhérent aux dispositifs puisque les critères qui seront pris en compte pour modeler cet individu abstrait de référence seront, au moins en partie, subjectifs : compréhension du contenu et des enjeux du contrat, confiance particulière placée dans le cocontractant, etc.

Ainsi, à des degrés variables, tous ces éléments supposent une analyse concrète de la volonté, du psychisme et de la conscience d'une ou des deux parties⁴. En somme, la matière, « même si elle prend en compte des éléments objectifs – en particulier le caractère professionnel ou non de l'activité des parties –, reste largement dominée par des considérations subjectives »⁵.

169. Lien avec l'autonomie de la volonté – Cette subjectivité laisse transparaître un souci de protection de la volonté individuelle des contractants. À ce titre, il est tout à fait recevable de considérer que l'obligation d'information civiliste est sous-tendue par la valeur d'autonomie de la volonté. Il n'est d'ailleurs pas anodin que cette multiplication des obligations d'information ait eu pour point de départ le dol, qui constitue l'une des manifestations de cette valeur⁶.

¹ Cf. *infra* n°304-307.

² H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, vol. 57, n°3, 2005. p. 627 et s., spéc. p. 629.

³ *Ibidem*.

⁴ C'est ainsi que, même dans l'hypothèse la plus « automatique », du débiteur professionnel dont la connaissance de l'information est présumée, l'obligation ne sera sanctionnée que si la preuve de son caractère déterminant du consentement du créancier est rapportée.

⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t.1, L'acte juridique*, 16^{ème} éd., Sirey, 2014, p.201, n°213 (la citation n'est pas reprise dans les éditions plus récentes).

⁶ Pour une présentation du dol, cf. *supra* n°124.

Ce subjectivisme va toutefois être battu en brèche par un droit de la consommation hermétique à toute considération relative à la volonté concrète, réelle de l'individu-consommateur.

2. *L'objectivité de l'information en droit de la consommation*

170. Présentation – L'obligation d'information a constitué, et constitue toujours à l'heure actuelle, l'outil privilégié du législateur consommériste.

Ce mouvement débute avec la loi du 22 décembre 1972 réglementant le démarchage à domicile, qui impose une multitude de mentions devant figurer au sein du contrat : nom et adresse du fournisseur, conditions d'exécution du contrat, désignation précise de la nature et des caractéristiques, etc.¹. Par la suite, une obligation similaire sera imposée aux professionnels proposant des contrats de crédit à la consommation. Ils seront astreints à faire figurer, dans leurs publicités² ou dans leurs offres préalables³, des informations cruciales quant au contrat (taux effectif global d'intérêt, durée, nature et objet du crédit, modalités de remboursement anticipé ou non, etc.). Un formalisme identique sera, en outre, prescrit en matière de contrats de crédit immobilier⁴.

Le contrat de vente, bien que déjà réglementé par le Code civil⁵, sera aussi le terreau de nouvelles obligations d'information consomméristes. Le vendeur est, en effet, tenu d'« informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente »⁶.

Le législateur va ensuite dépasser les distinctions contractuelles et conférer une assise générale à l'obligation d'information consommériste. En vertu de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, tout professionnel doit « communique[r] au consommateur, de manière lisible et compréhensible », « les caractéristiques essentielles du bien ou du service », son

¹ Art. 2, L. n°72-1137 du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

² Art. 4, L. n°78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit

³ Art. 5, L. n°78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

⁴ Art. 4 et 5, L. n°79-596 du 13 juill. 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

⁵ Art. 1602 al. 1, C. civ. : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ».

⁶ Art. L. 112-1, C. conso. (Art. L. 113-3 anc.). Issu de l'art. 28, Ord. n° 86-1243 du 1 déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

prix, certaines informations sur son identité, les délais d'exécution ou de livraison du produit, etc.¹.

Les exemples pourraient être multipliés à foison. Pour autant, cet échantillon suffira à étayer notre propos car la logique qui l'irrigue est identique à l'ensemble des obligations d'information dans ce domaine.

- 171. Lien avec l'autonomie de la volonté ?** – Certes, il pourrait sembler que ces dispositifs ont pour fonction de protéger le consentement du consommateur. Qu'elles prennent la forme de mentions obligatoires dans un contrat, de modalités d'affichage ou qu'elles laissent le champ libre au professionnel sur les modalités de mise en œuvre, les obligations d'information viseraient à garantir l'intégrité du consentement du consommateur, à le préserver d'une mauvaise représentation de la réalité ou d'un engagement hâtif. Il semblerait donc logique de relier ces dispositions à l'autonomie de la volonté².
- 172. Indifférence à la volonté individuelle** – Toutefois, de telles conclusions omettraient une différence profonde empêchant de relier autonomie de la volonté et obligations consuméristes d'information. En effet, là où l'axiologie civiliste place la volonté individuelle et subjective comme un repère axiologique universel, les obligations d'information sont indifférentes à cette volonté. L'information ne porte plus sur ce qui est, ou aurait été, déterminant du consentement particulier des contractants dans chaque situation ; elle n'a trait qu'à ce qui a été fixé impérativement et invariablement par le législateur. En d'autres termes, contrairement au droit civil, la législation consumériste ne détermine pas le contenu de l'information par référence à la subjectivité de chaque contractant mais en fixe précisément le contenu *a priori* dans une optique de rééquilibrage collectif des rapports entre professionnels et consommateurs³.
- 173. Plan** – Cette indifférence à la volonté individuelle, qui ressort tant de l'objet de ces obligations que de leur régime ou de leur sanction (**a.**), traduit une appréhension objective de la volonté du consommateur (**b.**)

¹ Art. L. 111-1, C. conso. Issu de l'art. 2, L. n° 92-60 du 18 janv. 1992 renforçant la protection des consommateurs modifié et étendu par la loi du n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (loi Hamon).

² *Ibidem*.

³ Cf. *infra* n°282 et s.

a. *Les manifestations de l'indifférence à la volonté individuelle*

174. Manifestations dans l'objet des obligations – Il est indéniable que de nombreuses informations prescrites par le législateur seront déterminantes du consentement du consommateur. Les « caractéristiques essentielles du bien ou du service »¹, son prix² ou même la date de livraison du bien ou d'exécution du service³ ont quasi-invariablement une influence sur le consentement, sur la volonté subjective de tout consommateur individuel. Pourtant, il apparaît bien plus complexe de reproduire de telles considérations à propos de la « possibilité de recourir à un médiateur de la consommation »⁴, de la durée de disponibilité des pièces détachées⁵, du statut et de la forme juridique de l'entreprise du professionnel⁶, ou encore de son numéro individuel d'identification « s'il est assujéti à la taxe sur la valeur ajoutée et identifié par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts »⁷.

À moins d'envisager le consommateur comme un être savant et polyvalent, il est difficile de considérer que de tels éléments d'information détermineront immanquablement son consentement au contrat⁸. Pourtant, ces éléments sont prescrits invariablement par le législateur, indépendamment de l'importance que l'individu consommateur leur accorderait *in concreto*.

175. Manifestations dans le régime des obligations – Au-delà de l'objet de ces informations, leur mise en œuvre ne nécessite pas une appréciation subjective de l'état d'esprit de l'individu-consommateur, de son caractère averti ou non, de sa connaissance réelle ou inexistante de l'information dont il est créancier. En effet, qu'en est-il si le consommateur « victime » s'avère avoir pleinement conscience de l'information omise ? L'absence de jurisprudence spécifique à ce questionnement est évidemment due au faible intérêt individuel

¹ Art. L. 111-1, 1°, C. conso.

² Art. L. 111-1, 2°, C. conso. ; Art. L. 112-1, C. conso.

³ Art. L. 111-1, 3°, C. conso.

⁴ Art. L. 111-1, 6°, C. conso.

⁵ Art. L. 111-4, C. conso.

⁶ Art. R. 111-2, 1°, C. conso.

⁷ Art. R. 111-2, 5°, C. conso.

⁸ Pour un constat similaire, V. not. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, dir. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, p.73-74, n°70.

en jeu dans ces litiges pour le consommateur, mais aussi à l'absence de questionnement exprès des juges sur ce point. Il est probable que ceux-ci retiennent simplement la violation d'une prescription législative ou réglementaire¹ impérative, bien conscients qu'aujourd'hui, « l'obligation d'information s'est détachée de ce qui fait le consentement du contractant »².

176. Manifestations dans la sanction des obligations – Cette étanchéité à toute considération subjective ressort enfin du régime de sanction civile de ces obligations. Suivant les travaux de Mme LEROUX-CAMPELLO³, deux hypothèses sont à distinguer selon que la nullité du contrat est textuellement prévue ou non par le législateur, en cas de manquement du professionnel.

D'une part, lorsqu'elle est prévue par le texte⁴, la nullité n'est aucunement indexée sur une altération effective du consentement du consommateur. Seules la « potentialité »⁵, la « forte probabilité d'altération du consentement que recèlent ces manquements, leur gravité »⁶ fondent cette sanction. Le seul constat de la violation suffit ainsi au prononcé de la nullité sans qu'un examen d'une éventuelle atteinte effective au consentement du consommateur ne soit nécessaire.

D'autre part, lorsque le législateur ne prévoit aucune sanction civile⁷, il appartient à la jurisprudence de se prononcer. Les solutions ont grandement fluctué sur ce point : tantôt le constat du manquement a permis aux juges de prononcer directement la nullité du contrat⁸ ;

¹ En matière de prix, une pléthore d'arrêtés ont précisé les modalités d'affichage du prix. Une liste de ces arrêtés ne pourrait être exhaustive tant ils sont nombreux. On en citera, cependant, certains qui par la précision de leur champ d'application illustrent bien la casuistique et l'objectivité de la matière : V. not. Arrêté du 18 mars 1993 concernant la publicité du prix des viandes de boucherie et de charcuterie ; Arrêté du 27 mars 1987 relatif à la publicité des tarifs de coiffure ; Arrêté n°86-49/A du 3 novembre 1986 relatif aux prix et tarifs des remontées mécaniques ; etc.

² N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p.927 et s., spéc. p.930, n°5.

³ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018.

⁴ C'est par exemple, le cas de l'article L. 242-1 du Code de la consommation qui déclare nul tout contrat hors établissement ne respectant pas les mentions obligatoires prescrites à l'article L221-9 du même code. V. aussi : art. L. 242-2, L. 242-26, L. 242-32, L.242-34, C. conso.

⁵ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.77, n°39.

⁶ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.74, n°38.

⁷ L'exemple le plus probant est l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui n'était initialement accompagné d'aucune sanction spécifique. Toutefois, depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (loi Hamon), la violation de cette obligation est sanctionnée par une amende administrative d'un montant maximal de 3000 euros pour les personnes physiques et de 15 000 euros pour une personne morale (Art. L. 131-1, C. conso.). Il reste cependant dépourvu de sanction civile spécifique.

⁸ Cela a notamment été le cas en matière de manquement au formalisme dans un contrat de vente d'ameublement (Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004 : *Bull. civ. I*, n° 303 ; *D. aff.* 2005, AJ, p. 75, obs. C. Rondey ; *RTD civ.* 2005. 389, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 2005.1145, note A. Constantin ; *RDC* 2005. 323, note D. Fenouillet ; *Dr. et patrim.* 2005, n° 135, p. 85, note P. Chauvel ; *JCP G* 2005.II.10160, note N. Rzepecki ; *LPA*, 7 sept. 2005, n° 178, p. 16, note É. Bazin.). Se fondant sur le caractère d'ordre public des dispositions violées, la Cour estime qu'outre la sanction pénale expressément prévue par

tantôt la nullité du contrat a été conditionnée à la preuve d'un vice du consentement, indépendant du constat de la violation de l'obligation¹. Dans cette hypothèse, la solution sort du cadre consumériste dès lors qu'elle se fonde sur un dispositif civiliste protecteur du consentement de l'individu. La sanction n'est plus prononcée en vertu du droit de la consommation mais bien du droit civil. Elle ne constitue donc aucunement une exception au phénomène qui nous retient présentement.

Hormis ce cas, il apparaît qu'un même esprit irrigue ces solutions. Les juges font varier les sanctions selon « la gravité du manquement du professionnel »² et, lorsqu'ils prononcent la nullité sans indication expresse du législateur, « 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 »³.

La nullité, qu'elle soit prononcée par le juge ou prévue par le législateur, n'est donc pas fondée sur une altération effective du consentement du consommateur, mais sur une simple potentialité d'altération d'une volonté « abstraitement appréhendée, indépendamment du besoin concret de protection dans la relation contractuelle »⁴.

le législateur, le contrat encourt la nullité sur le fondement de l'article 6 du Code civil. Dans cette hypothèse, « la violation de la règle entraînerait donc automatiquement la nullité du contrat, sans qu'une altération du consentement n'ait à être prouvée. Les juges n'ont ainsi pas eu à rechercher si l'absence de fourniture de l'information a été déterminante de la conclusion du contrat. » (M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.81, n°41). À rapprocher de Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, n° 96-17.829 (*Bull. civ. I*, n° 290 ; *RTD civ.* 1999. 383 ; *D.* 2000, somm. comm. p. 45, obs. J.-P. Pizzio) : le non-respect du délai impératif de réflexion dans le cadre d'un contrat de démarchage entraîne automatiquement la nullité du contrat sans que celle-ci ne soit prévue par le législateur.

¹ Sur le fondement de l'ancien article L.113-3 – aujourd'hui L. 112-1 – du Code de la consommation, la jurisprudence a énoncé que « la sanction de la nullité du contrat [...] ne pouvait résulter du seul manquement aux exigences d'information sur les prix formulées par l'article [L112-1] du Code de la consommation » (Cass. civ 1^{ère}, 15 déc. 1998, n°96-19.898 : *Bull. Civ. I*, n°366. V. aussi : Cass. com., 28 juin 2005, n°13-10.582, *RJDA* 2/15 n°133.). De même, sur le fondement de l'article L. 111-1, la jurisprudence a retenu une solution similaire en énonçant qu'en « invoquant les dispositions de l'article L. 111-1 du code de la consommation [...], [le consommateur] n'a aucunement fait état d'un vice du consentement ni d'un préjudice découlant du prétendu manquement à l'obligation générale d'information invoquée » (Cass. civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008, n° 04-19.033, inédit ; cf. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.81, n°41). Les juges d'appel ont repris cette argumentation en énonçant, de manière fort claire, « qu'il ne résulte pas de [l'article L. 111-1 du Code de la consommation] que tout manquement par un professionnel à son obligation d'information soit sanctionnée par la nullité du contrat qui suppose la démonstration d'un dol » (CA Paris, 13 avr. 2012, n° 09/18440 : *CCC* 2012, n°219, obs. G. Raymond).

² M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.85, n°42.

³ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.86, n°42.

⁴ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p.87-88, n°42.

b. L'objectivation de la volonté du consommateur

- 177.** La volonté subjective individuelle ne constitue donc guère une variable déterminante de l'application ou de la sanction des obligations d'information consuméristes. Suivant leur logique, l'individu ne façonne plus le contenu de sa volonté ; le législateur détermine par avance ce qu'elle devrait contenir et lui impose un objet¹. L'information due au consommateur n'est plus personnalisée, adaptée à ses besoins concrets, mais « standardisée », « [identique] d'un contrat à un autre »². La volonté du consommateur en ressort ainsi *objectivée*.
- 178.** En outre, son objectivation est étroitement corrélée à sa collectivisation. La volonté n'est plus traitée comme le résultat d'un processus rationnel ou instinctif propre à chaque être ; elle est généralisée et essentialisée à l'échelle d'une catégorie socio-économique : le consommateur. Les obligations d'information ne protègent donc pas la volonté subjective de l'individu mais la volonté objective du consommateur moyen incarnant la collectivité des consommateurs³. Cette volonté objective et collective n'en a donc plus que le nom et n'a rien de commun avec la volonté conçue dans l'axiologie civiliste classique comme une notion universelle et abstraite⁴.

L'indifférence à la volonté subjective de l'individu-consommateur ressort, en outre, des délits de tromperie et de publicité trompeuse qui, malgré les différences profondes qui les séparent, doivent être traités communément tant ils sont similaires dans leur rapport à cette volonté.

¹ On ne peut, à ce titre, que se ranger au propos de Mme RZEPECKI qui remarque, dans sa thèse, que « contrairement aux apparences [...] le droit de la consommation n'exige nullement un consentement éclairé et réfléchi. Il se borne à édicter des mesures qui, espère-t-il, favoriseront un consentement éclairé et réfléchi » (N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p.120, n°131).

² J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p.126, n°79.

³ Ces considérations seront développées dans la suite du propos : cf. *infra* n°282 et s.

⁴ Cf. *supra* n°93 et s.

B. Les délits de tromperie et de publicité trompeuse

- 179.** La présentation de ces deux infractions devra précéder l'analyse de leurs rapports avec la volonté du consommateur et, par conséquent, de leur lien avec la valeur d'autonomie de la volonté.
- 180. Loi du 1^{er} août 1905** – La loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles est fréquemment considérée comme la première loi relevant du droit de la consommation¹. Bien que participant indirectement à la protection du consommateur, entité encore inexistante dans les idées à cette époque, cette loi avait deux objectifs initiaux : la protection de l'intégrité physique des clients par la réglementation de la composition des produits et la protection des professionnels honnêtes d'une concurrence déloyale. Pour autant, il est aujourd'hui commun de la considérer comme faisant partie du droit de la consommation². Son champ d'application a été étendu – notamment aux contrats de prestation de service³ – mais, dans l'ensemble, le texte aujourd'hui codifié n'a pas été profondément retouché.
- 181. Délit de tromperie** – La loi de 1905 a notamment créé le délit de tromperie, aujourd'hui codifié aux articles L. 441-1 et suivants du Code de la consommation. Ceux-ci sanctionnent le fait d'induire ou de tenter d'induire en erreur son cocontractant notamment sur l'essence du produit – sa nature, son origine, sa composition, etc. –, sa quantité ou sur la nature de son usage – risques, aptitude à l'emploi, etc.⁴. Contrairement à l'immense majorité des délits consuméristes, toute personne peut se rendre coupable de tromperie, qu'elle soit professionnelle ou non.

¹ V. not. : Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021, p.7, n°10 ; J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.36, n°37.

² « La loi du 1^{er} août 1905 [...], au départ destinée à protéger les professionnels intègres et loyaux, est devenue au fil du temps une véritable "charte de protection" des intérêts du consommateur, eu égard aux insuffisances des sanctions civiles de la formation du contrat » (Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021, p.226-227, n°272).

³ L. n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁴ À noter que l'auteur d'un délit de tromperie encourt, depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, deux ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende (Art. L. 454-1, C. conso.). Certaines circonstances aggravantes telles que l'utilisation de poids, mesures et autre instruments faux ou inexacts ou encore l'utilisation d'instruments visant à fausser certaines mesures ou modifier frauduleusement un produit peuvent porter ces peines à cinq ans d'emprisonnement et 600 000 euros d'amende (Art. L. 454-2 et 454-3, C. conso.). Avant cette loi, les peines étaient de deux ans d'emprisonnement et/ou une amende de 37500 euros (Art. L. 213-1, C. conso. anc.).

De plus, l'article L. 411-1 dispose que « dès la première mise sur le marché, les produits et les services doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs ». L'article impose au responsable de la première mise sur le marché d'un produit, ou d'un service, de vérifier « que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur ». Cette obligation générale de conformité des produits et services n'est pas assortie de sanctions spécifiques mais un manquement à celle-ci peut constituer l'élément matériel du délit de tromperie.

182. Le délit de publicité trompeuse – Par une loi du 27 décembre 1973, le législateur a créé l'incrimination de publicité trompeuse¹, remplaçant alors le délit de publicité mensongère². Contrairement à ce dernier qui supposait la preuve de la mauvaise foi de l'auteur, ce nouveau délit incriminait « toute publicité comportant [...] des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles [...] », etc.³, sans que soit requise la preuve d'une intention de tromper⁴. Ce délit prévient ainsi toute présentation publicitaire visant à fausser ou à maquiller la vérité.

Il est à noter que ce délit a été abrogé et remplacé par celui de pratiques commerciales trompeuses en 2008⁵, par une loi transposant la directive européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales⁶. En refondant intégralement la matière, cette directive a marqué le point de départ d'un véritable tournant axiologique, menant à l'avènement d'une nouvelle axiologie consumériste. Cet avènement faisant l'objet de développements ultérieurs⁷, notre propos se cantonnera ici à l'infraction de publicité

¹ Art. 44, L. n° 73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (loi « Royer »). Ce délit sera codifié par la suite à l'article L121-1 du Code de la consommation avant d'être abrogé en 2008.

² Art. 5, L. n°63-628 du 2 juil. 1963 rectificative portant maintien de la stabilité économique et financière.

³ Considérant que l'on en saisit déjà l'esprit à ce stade, le texte de l'article est volontairement tronqué afin de faciliter la lecture.

⁴ Cf. *infra* n°262-263. Cass. crim., 4 déc. 1978 : *Bull. crim.* 1978, n°342 ; *D.* 1979, inf. Rap. P.180, obs. G. Roujou de Boubée – Cass. crim., 8 mai 1979 : *Bull. crim.* 1979, n°167 ; *RTD com.* 1980. 401, obs. P. Bouzat – Cass. crim., 5 avril 1995 : *JCP G* 1995, IV, 1695 – Cass. crim., 12 nov. 1997, n°96-84.396 : *JurisData* n°1997-005080 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 24, obs. J.-H. Robert.

⁵ L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁶ Dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

⁷ Sur la nouvelle axiologie consumériste, cf. *infra* n°608 et s. Sur la participation du droit des pratiques commerciales déloyales à cette émergence, cf. *infra* n°457 et s.

trompeuse qui, pour sa part, relève pleinement de l'axiologie originelle du droit de la consommation.

183. Lien avec l'autonomie de la volonté ? – Le lien entre les délits de publicité trompeuse et de tromperie et la valeur d'autonomie de la volonté pourrait, à première vue, aisément être caractérisé. La sanction de tout procédé visant à tromper, à induire en erreur le cocontractant sur le produit ou la prestation de services faisant l'objet du contrat, avait indéniablement pour effet de préserver l'intégrité et la clairvoyance du consentement des cocontractants. En sanctionnant les possibles causes d'une aliénation de celle-ci, le législateur aurait montré son attachement à l'expression de la véritable volonté individuelle, érigée en repère axiologique.

184. Indifférence à la volonté subjective du consommateur – Pourtant, une fois de plus, une telle présentation s'avère trompeuse et omet les particularités fondamentales de la législation consumériste originelle : son objectivité et son automaticité. En effet, comme cela sera développé¹, ces infractions sont constituées dès qu'un écart entre la réalité et les dires du professionnel est constaté. Cela ressort notamment de l'incrimination de la tentative² : l'influence de la pratique sur le consommateur n'est pas déterminante dans le prononcé de la sanction. Point n'est donc besoin de démontrer une altération effective, concrète, du consentement du cocontractant.

Cet élément est crucial pour saisir la différence fondamentale existant entre ces infractions et les vices du consentement – outre, bien évidemment, la distinction des domaines civil et pénal. Ces infractions sont d'application objective et se constituent indépendamment de toute considération relative à la volonté subjective de l'individu-consommateur ; les vices du consentement – hormis l'erreur – sont orientés autour de la protection de la volonté individuelle et de la sanction de la nuisance volontaire causée à autrui³. Même s'il est indéniable que les délits de tromperie et de publicité trompeuse eurent et ont, dans de nombreuses situations, un effet protecteur du consentement des

¹ Cf. *infra* n°285 et s.

² Le dispositif relatif à la publicité trompeuse sanctionnait toute publicité « fausse ou de nature à induire en erreur » (Art. 44, I, L. n° 73-1193 du 27 déc. 1973 ; V. aussi : Cass. crim., 8 mai 1979 : *op. cit.*). De même, la tromperie est caractérisée par le fait de « tromper ou de tenter de tromper » (art. L. 441-1, C. conso.).

³ Cf. *supra* n°122 et s.

consommateurs, un tel constat reste insuffisant pour conclure à un soubassement axiologique civiliste.

L'absence de considération de la législation consumériste pour la volonté subjective de l'individu-consommateur ressort, en dernier lieu, des droits de rétractation ainsi que des délais de réflexion, mécanismes régulant temporellement la formation du contrat.

C. Les mécanismes de régulation temporelle de la formation du contrat

185. Classiquement, le Code civil envisage la formation du contrat comme un évènement instantané qui réside dans la rencontre des volontés des parties, ce véritable « coup de foudre contractuel »¹. Une fois cette rencontre effectuée, le contrat est conclu et tient « lieu de loi à ceux qui [l'ont] fait »². Ainsi, dès cette rencontre et sauf hypothèse de vice du consentement ou de *mutuus dissensus*, les parties ne peuvent revenir sur leur engagement³.

Cette puissante instantanéité de l'engagement contractuel a été jugée dangereuse par le législateur dans la conclusion de certains contrats mettant en relation un consommateur et un professionnel. La complexité, l'importance financière de ces engagements, ainsi que l'écart technique, économique et juridique entre les parties, ont mené à une régulation temporelle du processus de formation du contrat par deux mécanismes principaux : les droits de rétractation et les délais de réflexion.

186. Plan – Bien qu'étant, en apparence, sous-tendus par la valeur d'autonomie de la volonté, les droits de rétractation (1.) et les délais de réflexion (2.) s'affranchissent de l'axiologie civiliste par l'indifférence qu'ils manifestent à l'égard de la volonté subjective du consommateur.

¹ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. juridiques Lefebvre, 1998, p. 17.

² Art. 1134 al. 1^{er} C.C. anc ; Art. 1103 C.C.

³ Cf. *supra* n°72 et s.

1. Les droits de rétractation

187. Définition – Le droit de rétractation peut se définir comme la faculté offerte à une partie au contrat (généralement le consommateur), par la loi ou par le contrat, de se rétracter après la conclusion de celui-ci, de retirer son consentement¹. Nos développements n’envisageront que le cas des droits de rétractation d’origine légale, les autres n’étant que des prérogatives données de manière contingente à une partie.

188. Manifestations – Par une loi du 12 juillet 1971², le législateur a octroyé un droit de rétractation, d’une durée de trois mois, aux clients ayant souscrit un contrat d’enseignement à distance, ce en échange d’une indemnité dont le montant est plafonné³. Cette loi marque la première – quoique timide – manifestation de ce mécanisme.

Son véritable avènement a lieu avec la loi du 22 décembre 1972, instaurant un cadre légal en matière de démarchage à domicile⁴. Cette loi, souvent considérée comme « la première loi clairement consumériste »⁵, instaure notamment un droit de rétractation d’ordre public d’une durée de 7 jours suivant la commande ou l’engagement d’achat au profit du client⁶. Bien que le texte ne vise pas le « consommateur », la catégorie utilisée de « client » doit être considérée comme strictement identique. Cette différence de vocable n’est due qu’à l’absence de popularisation de la terminologie de consommateur, à l’époque de la rédaction du texte.

Cette loi marque le véritable point de départ de la diffusion du droit de rétractation dans de multiples contrats : dans les contrats de crédit à la consommation⁷, d’achat ou de construction d’un bien immobilier à usage d’habitation par acte sous seing privé⁸, dans tout

¹ Sur le fonctionnement de ce mécanisme, cf. *infra* n°226 et s. V. aussi : M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, th. dactyl., dir. C. Brenner, Université Paris II – Panthéon Assas, 2021.

² L. n°71-556 du 12 juil. 1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu’à la publicité et au démarchage faits par les établissements d’enseignement.

³ Art. L. 444-8, C. éduc. Issu de l’art. 9, al. 3, L. n°71-556 du 12 juil. 1971 : « Jusqu’à l’expiration d’un délai de trois mois à compter de la date d’entrée en vigueur du contrat, celui-ci peut être unilatéralement résilié par l’élève moyennant une indemnité dont le montant ne saurait excéder 30 p. 100 du prix du contrat, fournitures non comprises. Les sommes déjà versées peuvent être retenues à due concurrence. »

⁴ L. n°72-1137 du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

⁵ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020. p.37, n°37.

⁶ Art. 3, L. n°72-1137 du 22 déc. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile (abrogé).

⁷ Art. L. 312-19, C. conso. (L. 311-12 anc.). Issu de l’art. 7, L. n°78-22 du 10 janv. 1978 relative à l’information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (loi Scrivener).

⁸ Art. L. 271-1, C. cons. hab. Issu de l’art. 20, L n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

contrat conclu à distance ou hors établissement¹, dans les contrats dits de « multipropriété »², de courtage matrimonial³, d'achat de métaux précieux⁴, d'assurance sur la vie⁵, etc.

189. Comme cela sera analysé de manière plus détaillée ultérieurement, ces contrats se forment toujours par la rencontre des volontés⁶. Toutefois, est octroyée à l'une des parties la possibilité de rétracter son consentement, alors même que celui-ci a été valablement donné et est exempt de vice. Recouvrant des matières fort distinctes, ces droits tendent tous à la protection du consommateur face à un contrat complexe ou à un enjeu financier et juridique d'importance.

190. Lien apparent avec l'autonomie de la volonté – Le droit de rétractation pourrait alors être perçu comme une prérogative conforme à l'autonomie de la volonté en ce qu'il garantit, bien au-delà des dispositifs civilistes, « que le consentement du consommateur [...] est pleinement libre »⁷ et éclairé. Non seulement le consommateur profite d'une protection civiliste de sa volonté contre tout vice ou toute intervention extérieure⁸, mais cette volonté serait en outre maintenant si puissante qu'elle pourrait briser les chaînes au sein desquelles elle s'est librement enserrée, en remettant en cause un contrat valablement formé. Dans cette optique, et si l'on reprend la formule de l'autonomie de la volonté précédemment énoncée⁹, le droit de rétractation n'interviendrait donc plus à l'encontre, mais au service de l'autonomie de la volonté. Permettre à l'individu de rétracter son consentement constituerait ainsi l'aboutissement ultime de la logique de cette valeur.

¹ Art. L. 211-18 et s., C. conso. (L. 121-21 anc.). Issus des art. 1, L. 88-21 du 6 janv. 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offres de vente dites de « télé-achat » ; abrogé et étendu par la loi du n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (loi Hamon). Cf. *infra* n°320 et s., n°370, n°516 et s., n°533 et s.

² Art. L. 224-79, C. conso. (L. 121-64 anc.) Issu de L. n° 98-566 du 8 juil. 1998 portant transposition de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers et de la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques.

³ Art. L. 224-91, C. conso. Issu de l'art. 6, L. n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales.

⁴ Art. L. 224-99, C. conso. Issu de la L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (Loi Hamon).

⁵ Art. L. 132-5-1, C. assur. Issu de la L. n°81-5 du 7 janv. 1981 relative au contrat d'assurance et aux opérations de capitalisation. Cf. *infra* n°242 et s., n°324 et s., n°508 et s.

⁶ Cf. *infra* n°226 et s.

⁷ É. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008. 3028.

⁸ Cf. *supra* n°84-85.

⁹ Est bon ce qui est voulu, consenti par l'individu ; est mal ce qui lui est imposé : Cf. *supra* n°93.

191. Lien illusoire avec l'autonomie de la volonté – Il semble cependant que de telles considérations pèchent par simplicité dès lors qu'elles omettent la subjectivité caractéristique de cette valeur. Bien qu'*in fine* la volonté de l'individu soit, dans un certain nombre de cas, protégée, elle ne l'est pas nécessairement. Cette protection n'est que ponctuelle et n'est pas au cœur du dispositif.

Cette indifférence s'exprime, d'une part, au travers de l'attribution généralisée du droit de rétractation à l'ensemble des consommateurs, quelle que soient les circonstances de conclusion du contrat. Elle se manifeste, d'autre part, par le fait que la mise en œuvre de ces droits n'est aucunement subordonnée à la preuve d'un vice du consentement ou plus généralement à une altération effective de sa volonté subjective. En somme, les droits de rétractation peuvent ponctuellement remédier à une telle situation mais profitent, plus généralement, aux consommateurs insatisfaits du produit ou du service ou ayant simplement changé d'avis, *sans qu'aucune altération de leur volonté ne soit rapportée*.

Délié de toute considération relative à la volonté subjective de l'individu-consommateur, le droit de rétractation semble donc davantage protéger l'ensemble des consommateurs, qu'une volonté individuelle conçue comme un repère axiologique universelle. En d'autres termes, le mécanisme a plus pour objet la protection collective d'une catégorie d'agents économiques que de la volonté individuelle en général, comme le prône l'autonomie de la volonté.

Cela explique l'unilatéralité du dispositif : celui-ci n'est accordé qu'aux consommateurs et uniquement dans certaines situations bien spécifiques. Ce point va, là encore, à l'encontre de l'autonomie de la volonté qui veut que la volonté soit protégée de manière universelle, indifférenciée, indépendamment de la situation ou de son émetteur, dès lors qu'elle est considérée comme un repère axiologique inconditionnel. Cette valeur ne peut donc s'accommoder de dispositifs ponctuels et ne bénéficiant qu'à certaines catégories d'individus.

Ainsi, bien que la volonté du consommateur soit indirectement protégée, la réminiscence de la valeur d'autonomie n'est qu'apparente. Par ailleurs, cela ne concerne pas seulement les droits de rétractation puisque le même constat s'impose s'agissant des délais de réflexion.

2. Les délais de réflexion

192. Définition et manifestations – Contrairement au droit de rétractation, le délai de réflexion impose aux cocontractants une période avant l'expiration de laquelle « le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation »¹. Le fonctionnement de ce mécanisme est donc bien différent de celui du droit de rétractation : il intervient avant l'expression du consentement et s'impose aux consommateurs, qui n'ont d'autre choix que de respecter ce délai².

À l'instar du droit de rétractation, le délai de réflexion est imposé dans le cadre de contrats complexes ou lourds d'implications financières ou personnelles. Pour exemple, dans les contrats de crédit immobilier³, d'enseignement à distance⁴, d'acquisition ou de construction d'un immeuble à usage d'habitation au moyen d'un acte notarié⁵ ou même encore de chirurgie esthétique⁶, la partie jugée faible – qu'elle soit qualifiée de consommateur, d'acquéreur non-professionnel, d'emprunteur, etc. – bénéficie d'un délai impératif de réflexion.

193. Lien apparent avec l'autonomie de la volonté – Même si elle entrave la liberté des parties en régulant temporellement la formation du contrat, le délai de réflexion pourrait être envisagé comme agissant au service de l'autonomie de la volonté. En effet, imposer au consommateur un temps de réflexion lui permettant d'examiner l'opportunité et la portée de son engagement viserait à garantir l'intégrité de son consentement et sa soustraction à tout artifice éventuellement déployé par le cocontractant. Cette recherche d'une volonté libre

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.313. V° *Délai*, sens 2.

² Il nous semble que ce caractère impératif empêchant toute acceptation avant l'expiration du délai fait partie de la définition même du délai de réflexion. Aussi, ce vocable ne saurait être utilisé lorsque la loi prévoit un simple délai de maintien d'une offre tout en n'empêchant pas son destinataire de l'accepter prématurément (V. not. art. L. 312-18, C. conso.). Cependant, le propos qui suit au sujet du délai de réflexion vaudra *a fortiori* pour ce type de délai.

³ Art. L. 313-34, al. 2, C. conso. (art. L. 312-10 anc.). Issu de l'art. 7, L. n°79-596 du 13 juil 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier. La disposition crée, en réalité, deux délais : un délai d'obligation du prêteur du maintien de l'offre de prêt pendant 30 jours, d'une part ; un délai de réflexion impératif du consommateur de 10 jours suivant la réception de l'offre, d'autre part.

⁴ Art. L. 444-8, C. éduc. Issu de l'art. 9, L. n°71-556 du 12 juil. 1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement

⁵ Art. L. 271-1, al. 5, C. cons. hab.

⁶ Art. L. 6322-2, C. santé pub.

traduirait l'attachement du législateur à la volonté éclairée de l'individu comme repère axiologique et serait sous-tendue par la valeur d'autonomie de la volonté.

194. Lien illusoire avec l'autonomie de la volonté – Pourtant, à l'instar du droit de rétractation¹, les délais de réflexion n'entretiennent qu'un lien apparent avec l'autonomie de la volonté. Bien qu'indirectement la volonté de l'individu soit ponctuellement protégée, la collectivité des consommateurs reste prioritairement le sujet de cette protection. Les délais de réflexion ne laissent pas transparaître un attachement à la volonté individuelle *per se*, conçue de manière indifférenciée et universelle ; seuls les consommateurs dans leur ensemble constituent la cible de cette protection. Une fois encore, l'unilatéralité et la relativité de ces mécanismes ponctuellement accordés empêchent d'établir un lien certain avec l'autonomie de la volonté qui, elle, protège la volonté individuelle de tout individu, en toute situation.

195. Conclusion du §1. – Tant dans les obligations d'information, les délits de tromperie et de publicité trompeuse, que dans les droits de rétractation et délais de réflexion, la législation consumériste démontre une absence de considération pour la volonté subjective de l'individu-consommateur. Les mécanismes sont ainsi hermétiques à cette composante prépondérante de l'axiologie civiliste.

Bien qu'elle s'exprime autrement, cette indifférence à la volonté subjective se retrouve aussi du côté de l'individu professionnel.

§2. L'indifférence à la volonté subjective de l'individu professionnel

196. L'indifférence consumériste à la volonté individuelle s'exprime ici différemment : alors qu'il faisait *profiter* tout consommateur des dispositifs protecteurs, ce phénomène a pour effet de *contraindre* le professionnel. Il apparaît, en effet, que le droit de la consommation automatise sa volonté de contracter en lui imposant, par principe, de conclure un contrat avec le consommateur à certaines conditions. Dès lors qu'elle est automatisée, la volonté n'est

¹ Cf. *supra* n°190-191.

plus la résultante d'un processus individualisé de réflexion et d'interaction avec le réel. C'est en ce sens que se manifeste l'indifférence du droit de la consommation à la volonté du professionnel.

197. Plan – Deux phénomènes caractérisent cette automatisation de la volonté du professionnel : l'automatisation de sa volonté de contracter (**A.**) et l'automatisation de sa volonté dans la détermination du contenu du contrat (**B.**). Ce phénomène signe, en droit positif, un recul de la liberté contractuelle et, au niveau axiologique, de la valeur d'autonomie de la volonté.

A. L'automatisation de la volonté de contracter

198. Prohibition du refus de vente ou de prestation de service. Historique – L'alinéa 1 de l'article L. 121-11 du Code de la consommation prohibe tout refus de vente ou de prestation de service du professionnel à un consommateur¹. Ce délit, initialement issu d'une loi du 21 octobre 1942², avait pour objectif d'interdire aux commerçants « d'exploiter la pénurie existante par une limitation délibérée de l'offre de produits et de services, limitation qui ne pouvait manquer de provoquer une inflation de la demande et, partant, une augmentation du coût de la vie »³.

Reproduite par l'ordonnance du 30 juin 1945⁴, l'infraction « perd de [son] intérêt, au fur et à mesure du rétablissement de conditions économiques normales »⁵ jusqu'à sa dépénalisation entre professionnels avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁶. Entre

¹ Une telle interdiction figure, de même, à l'article 225-2 du Code pénal. Sa fonction est cependant différente puisqu'elle vise notamment à sanctionner le refus de fourniture d'un bien ou d'un service fondé sur l'origine, le sexe, la situation familiale, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, etc. Cette disposition sanctionne ainsi un refus sous-tendu par certains motifs discriminatoires et non un refus de manière générale comme le fait l'article L. 121-11 du Code de la consommation.

² Art. 38, L. 21 oct. 1942.

³ P. GULPHE, « L'évolution du délit de refus de vente », *Dix ans de conférence d'agrégation, Études offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p.423 et s., spéc. p. 424.

⁴ Art. 37, 1^o, a, ord. 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix

⁵ P. GULPHE, « L'évolution du délit de refus de vente », *op. cit.*, spéc. p. 424. La sanction civile de ces refus entre professionnels, bien que maintenue par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, fut abrogée par la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁶ Art. 36, 2^o, ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce comportement n'est plus réprimé en soi mais peut constituer un abus de position dominante (art. L. 420-2, C. com.) ou une rupture brutale des relations commerciales (art. L. L. 442-6, I, 5^o, C. com.).

professionnels et consommateurs, l'infraction reste « puni[e] de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5^{ème} classe »¹.

Ainsi, bien qu'initialement étranger aux considérations consuméristes modernes, le refus de vente ou de prestation de service est aujourd'hui une infraction circonscrite aux relations entre professionnels et consommateurs.

199. Automatisation du consentement – Cette infraction est constituée dès l'expression du refus de fournir un bien ou un service par le professionnel. Quoiqu'il s'agisse d'une infraction intentionnelle, cette intention, « inhérente au refus incriminé »², n'est pas sujette à une preuve distincte³.

L'article L. 121-11 réserve toutefois une exception à l'incrimination si le professionnel démontre que son refus était sous-tendu par un « motif légitime ». Pour exemple, le professionnel pourra argüer de l'absence de la marchandise en stock⁴ ou invoquer le fait que le client ne correspond pas à la catégorie de personnes visées⁵. À l'inverse, les convictions personnelles et religieuses du professionnel ne peuvent fonder un motif légitime de refus⁶. En somme, « si le motif invoqué est objectif, l'infraction ne sera pas constituée [...]. En revanche, si le motif invoqué est subjectif, [...] les juridictions ont tendance à considérer qu'il est [...] illégitime »⁷.

L'infraction est donc indifférente à la volonté individuelle du professionnel puisqu'elle oblige tout vendeur de biens ou fournisseur de services – en somme, l'immense majorité des professionnels – à consentir de contracter avec tout consommateur, sauf à rapporter la preuve d'une impossibilité matérielle de conclure le contrat. Par principe, le consentement est dû ; et ce n'est que par exception, et sous réserve de la preuve par le professionnel, que son refus sera légitimé.

¹ Art. R. 132-1, C. conso.

² A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2015, p.697, n°1342.

³ Cf. *infra* n°255 et s.

⁴ Cass. crim., 21 oct.1998, n°97-80.981 : *Bull. Crim.* n°273 ; *JCP G* 1999, II, 10163, note Freund ; *RTD com.* 1999.526, n°12, obs. B. Bouloc ; *CCC* 1999, comm. 33, note G. Raymond ; *JCP E* 2000, p.990, note Garaud.

⁵ CA Paris, 30 mai 2002, n°2001/01169 : *JurisData* n°2002-182604 ; *CCC* 2002, comm. 181, note G. Raymond.

⁶ Ces solutions sont dégagées de nombreux litiges opposant des pharmaciens refusant de délivrer des contraceptifs hormonaux à leurs patients. V. not. Cass. Crim. 21 oct. 1998, n°97-80.981 : *op. cit.* ; CEDH, 2 oct. 2001, *Pichon et Sajous c/ France* : *JCP E* 2002, 1045, note Raynaud)

⁷ J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p.173, n°127.

Les premières composantes de la liberté contractuelle – la liberté de contracter et de choisir de son cocontractant – et, par voie de conséquence, l'autonomie de la volonté subissent donc une atteinte importante.

L'automatisation de la volonté du professionnel touche, en outre, la détermination du contenu du contrat.

B. L'automatisation de la volonté quant au contenu du contrat

200. Les clauses abusives. Définition – La lutte contre les clauses abusives a été le fruit de plusieurs décennies de législation¹. Au terme de cette évolution, est considérée comme abusive toute clause, insérée dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, « qui [a] pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »². Toute clause peut donc être considérée comme abusive sauf si elle porte « sur la définition de l'objet principal du contrat [ou] sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert »³.

Identification⁴ – Actuellement, deux listes de clauses abusives ont été édictées par le pouvoir réglementaire : une liste « noire » qui recense les clauses qui doivent être irréfragablement présumées abusives⁵ et une liste « grise » de clauses devant être simplement présumées abusives⁶. Le rôle du juge varie donc selon la liste concernée : en présence d'une clause relevant de la liste « noire », la clause est irréfragablement réputée abusive ; si la clause relève de la liste « grise », le professionnel pourra apporter la preuve de l'absence de caractère abusif de la clause et cette preuve sera laissée à l'appréciation du juge.

¹ Cette lutte débute par la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (loi Scrivener) qui pose les premiers jalons de la prohibition des clauses abusives. Sans citer l'intégralité des lois ayant trait à ce point (pour un exposé historique détaillé, V. not. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DÉPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.183 et s., n°167), la loi n°95-96 du 1^{er} fév. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial est incontournable car elle va modifier le régime de la loi Scrivener et fixer de nombreux aspects de la lutte contre les clauses abusives, inchangés depuis.

² Art. L. 212-1 al. 1^{er}, C. conso.

³ Art. L. 212-1 al. 3, C. conso.

⁴ La question des critères d'identification du caractère abusif d'une clause sera abordée ultérieurement : cf. *infra* n°329 et s.

⁵ Art. L. 212-1 al. 4, C. conso. ; Art. R. 212-1, C. conso.

⁶ Art. L. 212-1 al. 5, C. conso. ; Art. R. 212-2, C. conso.

En dehors de ces listes, le juge s'est progressivement octroyé un pouvoir d'appréciation et de contrôle du caractère abusif des clauses. Ainsi, le juge peut déclarer une clause abusive, alors même qu'elle ne serait pas visée par un décret, en se fondant simplement sur la définition légale de la clause abusive¹. Il peut aussi se fonder sur les travaux de la Commission des clauses abusives, organisme ayant vocation à édicter des recommandations générales ou sectorielles par lesquelles elle « recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif »². Il est à noter que cette double méthode d'identification – par les listes et par le juge – constitue un symptôme d'une standardisation du contrat qui fera l'objet de développements à venir³.

Sanction – Que cela résulte de l'application d'une liste ou de l'appréciation du juge⁴, une clause jugée abusive sera réputée non écrite⁵. Cette sanction, inchangée depuis l'apparition du dispositif⁶, consiste à faire disparaître, automatiquement et rétroactivement, la clause litigieuse du contrat⁷. Le contrat est donc maintenu et reste valable, par principe. Ce n'est que par exception, lorsque le contrat ne peut « subsister sans ces clauses »⁸, que la nullité pourra être prononcée. Cependant, comme cela a été noté, cette hypothèse s'avère rarissime puisque la détermination du caractère abusif d'une clause ne porte pas sur l'objet ou le prix⁹ et que seule la disparition de clauses relatives à ces éléments peut, dans la majorité des cas, empêcher la survie du contrat.

201. Automatisation de la volonté – Ainsi, sauf hypothèse exceptionnelle où la clause sanctionnée constituait « la cause impulsive et déterminante du contrat »¹⁰, le contrat survivra, « indifféremment de l'importance de la clause pour les parties »¹¹. La sanction du

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991 : *D.* 1991. J. 449, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1991. 526, obs. J. Mestre. Sur l'appréciation et le contenu de la notion de déséquilibre significatif, cf. *infra* n°214 et s., n°329 et s.

² J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DÉPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.200, n°179.

³ Cf. *infra* n°214 et s.

⁴ À noter qu'outre cette voie d'action ouverte individuellement, une action en suppression des clauses abusives a été instituée et permet aux associations de consommateurs d'agir afin de demander la suppression de clauses abusives contenues dans un contrat ou dans un modèle de contrat (Art. L. 621-8, C. conso.).

⁵ Art. L. 241-1 al. 1, C. conso.

⁶ Art. 35, al. 2, L. n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (loi Scrivener)

⁷ Sur la question du réputé non-écrit, V. not. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron. 59 ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, Rech. jur., 2006, n° 47.

⁸ Art. L. 241-1 al. 2, C. conso.

⁹ Y. PICOD, N. PICOD, comm. sous art. L. 241-1, C. conso., 2020, Dalloz, p.346.

¹⁰ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., coll. Droit & Professionnels, LexisNexis, 2019, p. 388, n°664.

¹¹ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p.210, n°126.

« réputé non écrit » « impose [...] le maintien du contrat privé de la clause jugée abusive, alors même que la clause nulle présenterait un caractère essentiel pour le professionnel »¹. Le contrat survit en étant modifié indépendamment de la volonté des parties ou, du moins, de celle du professionnel. Son consentement, donné au contrat initial, n'empêche aucunement son maintien sous une nouvelle forme, rétroactivement appliquée. La troisième composante de la liberté contractuelle – la liberté de déterminer le contenu du contrat – s'en voit donc grandement altérée. En ce sens, l'automatisation de sa volonté dans la détermination du contenu du contrat est indéniable.

202. Conclusion de la Sous-section 1. – L'indifférence à la volonté subjective des individus consommateurs et professionnels caractérise donc, de manière polymorphe, les dispositifs consuméristes.

Pour le consommateur, elle est le signe d'une protection globale et collective. Les consommateurs profitent des dispositifs, indépendamment de toute considération relative à leur volonté individuelle. Ainsi, les obligations d'information sont prescrites et sanctionnées sans que soit considérée la volonté des consommateurs victimes. Ensuite, les droits de rétractation et de réflexion ne protègent pas tant la volonté individuelle subjective que la collectivité des consommateurs : leur attribution généralisée aux consommateurs et limitée à eux atteste cette priorité accordée à cette catégorie d'agents économiques sur la volonté, conçue comme un repère axiologique universel. Enfin, la sanction des délits de publicité trompeuse et de tromperie n'est pas dépendante d'une atteinte effective au consentement des consommateurs. La protection a plus pour objet la collectivité des consommateurs que la volonté individuelle.

Si elle *profite* au consommateur, cette indifférence *contraint* le professionnel. Celui-ci voit sa volonté automatisée : il est tenu de consentir à la conclusion de certains contrats – par le biais de l'infraction de refus de vente ou de prestation de services – à certaines conditions – la sanction d'une clause abusive maintenant un contrat indépendamment de son consentement.

Cette indifférence constitue ainsi le premier signe d'un effacement de l'autonomie de la volonté au sein du droit de la consommation

¹ 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 1er février 1995 », *JCP G* 1995. I. 3854, n° 15.

Le phénomène global de standardisation du contrat en est le second.

Sous-section 2. La standardisation du contrat

203. Plan – Le phénomène de standardisation du contrat désigne une tendance législative à aligner les contrats sur des modèles préconçus, tant relativement à leur forme (§1.) qu'à leur contenu (§2.).

Le lien avec l'effacement de l'autonomie de la volonté réside dans un changement de conception du contrat : d'un accord résultant de volontés individuelles, et portant tant sur le contenu que sur la forme, librement déterminés par les parties, le contrat devient progressivement une notion recouvrant un ensemble de catégories prédéfinies – contrats de crédit, de vente, de prestation de services, etc. –, au sein desquels la volonté des parties n'a qu'un rôle cantonné au choix de ladite catégorie.

§1. Une standardisation formelle

204. Plan – Le Code civil confère aux parties la liberté de déterminer la forme du contrat, en vertu de la valeur d'autonomie de la volonté¹. Par principe, *ad validitatem*, aucune formalité n'est requise : la volonté des parties suffit, indépendamment de toute condition de forme. Le droit de la consommation s'inscrit en rupture avec ce principe.

Plusieurs méthodes sont utilisées par le législateur pour astreindre les parties à conférer au contrat une certaine forme² : le recours à des mentions obligatoires (A.), à des mentions manuscrites (B.) ainsi qu'à des modèles préétablis (C.). Ces procédés sont à l'origine de cette standardisation formelle, qui porte tant sur le contrat *stricto sensu* que sur la période précontractuelle³.

¹ Cf. *supra* n°81.

² Nous nous rangeons ici derrière la typologie dégagée par M. JULIEN dans son ouvrage (J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p. 282-284, n°202-204).

³ Comme cela sera exposé dans le propos qui suit, certains manquements au formalisme précontractuel peuvent faire encourir la nullité au contrat.

A. *La standardisation par les mentions obligatoires*

205. La première cause de standardisation du contrat réside dans le développement des mentions obligatoires au sein du contrat mais aussi avant sa conclusion. Ce procédé étant extrêmement usité par la loi, notre exposé ne saurait prétendre à l'exhaustivité.

206. **Avant la conclusion du contrat. Les fiches d'information** – De telles mentions sont, tout d'abord, imposées dans les fiches d'informations précontractuelles. Il en est ainsi notamment en matière de contrat de crédit. L'article L. 312-12 du Code de la consommation dispose que l'emprunteur en devenir doit se voir remettre « sur support papier ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement »¹. Cela implique l'apposition de plus de vingt mentions différentes allant des classiques mentions de l'identité du prêteur ou du montant total dû par l'emprunteur, à celles bien plus précises relatives aux éventuels frais de notaire, au droit au remboursement anticipé, ou encore aux éventuelles sûretés exigées².

Au-delà de ces mentions portant directement sur le contrat, la fiche doit mentionner, « en caractères lisibles », la mention suivante : « un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager »³. Cette mention générique participe, d'une manière d'autant plus flagrante, au phénomène de standardisation : les documents précontractuels n'informent plus sur le contrat à venir, mais sur la catégorie de contrat en général et sur l'obligation la plus élémentaire qu'une telle catégorie comporte⁴. Il ne s'agit plus vraiment ici d'information : le contrat est érigé en véritable instrument d'éducation juridique du consommateur.

¹ Tout manquement à ce formalisme précontractuel sera sanctionné par une amende administrative (Art. R. 341-2, C. conso.) et par la déchéance pour le prêteur du droit aux intérêts (Art. L. 341-1, C. conso.). Bien que la nullité du contrat ne soit pas encourue, le non-respect de ces dispositions influe directement sur le contenu du contrat et sur la cause principale de l'engagement du prêteur : la perception d'intérêts.

² Art. R. 312-2, C. conso.

³ Art. L312-12 al. 3, C. conso.

⁴ On s'interroge d'ailleurs sur l'opportunité d'une telle mention qui serait aisément déduite de la mention totale du coût du prêt pour l'emprunteur. Une obligation similaire réside à l'article L. 221-14 al. 2 du Code de la consommation qui impose, qu'en matière de contrat à distance, « la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement ». L'objectif n'est donc pas d'informer sur les modalités du contrat en voie de conclusion. La mention fait plutôt office de rappel pédagogique des conséquences générales et immédiates de ce type de contrat. Ici encore, le non-respect de cette disposition fait, notamment, encourir la nullité au contrat (Art. L. 242-2, C. conso.).

Les autres documents – Le Code impose aussi, sans parler spécifiquement de fiche d'information, la communication, « de manière lisible et compréhensible »¹, ou « par écrit ou sur un support durable », d'autres informations spécifiques. Cela concerne certains types de contrats considérés comme particulièrement dangereux, tels que les contrats conclus à distance et hors établissement², ceux portant sur un service financier³, ou encore les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme⁴.

207. Au sein du contrat – Au-delà du domaine précontractuel, le droit de la consommation impose de nombreuses mentions obligatoires au sein même des contrats. Il en est notamment ainsi en matière de contrats conclus hors établissement⁵ ou de contrats de services de communications électroniques⁶.

Ce formalisme textuel se double parfois même d'un formalisme matériel. Le législateur impose, par exemple, que le contrat de crédit soit établi « sur un support papier ou sur un autre support durable », qu'il soit distinct de tout autre document, qu'il s'ouvre par un « encadré » informant « l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit »⁷, et même qu'il soit rédigé en caractères supérieurs au corps huit⁸.

Qu'elles soient contractuelles ou précontractuelles, les mentions obligatoires participent pleinement à ce phénomène de standardisation formelle du contrat, au même titre que la reproduction de mentions manuscrites par l'une des parties.

¹ L'exigence de lisibilité nécessite donc le recours à un écrit, ce qui justifie de parler de mentions obligatoires. Cela a été confirmé par une décision de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) sur le fondement de l'art. L. 222-6 du Code de la consommation (ACPR, 26 fév. 2018, n°2017-09).

² Art. L. 221-5, C. conso. Spécifiquement au contrat conclu à distance, l'art. L. 221-14 al. 1^{er} du même code dont l'alinéa 1 ne fait que répéter – sans s'en cacher – ce que prescrit déjà l'art. L. 221-5.

³ Art. L. 222-5 et L. 222-6, C. conso.

⁴ Art. L. 224-73, C. conso. On notera d'ailleurs que le manquement à cette dernière disposition est, notamment, sanctionné par la nullité du contrat (Art. L. 242-26, C. conso.).

⁵ Art. L. 221-9, C. conso. : « Le professionnel fournit au consommateur un exemplaire daté du contrat conclu hors établissement, sur papier signé par les parties ou, avec l'accord du consommateur, sur un autre support durable, confirmant l'engagement exprès des parties. Ce contrat comprend toutes les informations prévues à l'article L. 221-5. ». Ce formalisme est prescrit à peine de nullité du contrat (art. L. 242-1, C. conso.).

⁶ Art. L. 224-30, C. conso.

⁷ Art. L. 312-28, C. conso.

⁸ Art. R. 312-10, al. 1^{er}, C. conso.

B. La standardisation par les mentions manuscrites

208. Préalablement à la conclusion d'un contrat de cautionnement, la législation consumériste impose au consommateur la rédaction manuscrite de certaines mentions au sein du contrat. Les anciens articles L. 314-15 et L. 331-1 du Code de la consommation¹ imposaient ainsi, à toute personne physique s'engageant par acte sous seing privé envers un créancier professionnel, l'insertion d'une mention manuscrite dont le contenu était précisément prévu par la loi². De même, en cas de cautionnement solidaire, l'article L. 331-2 du même code imposait la reproduction d'une autre mention manuscrite³.

À titre liminaire, il nous faut rappeler que notre propos ne porte ici que sur le droit de la consommation, dans l'état antérieur à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Cette ordonnance a en effet supprimé du Code de la consommation l'ensemble des dispositions relatives au contrat de cautionnement. Elles ont été transférées, au prix d'importantes modifications que nous analyserons ultérieurement⁴, notamment à l'article 2297 du Code civil. L'analyse des anciennes dispositions consuméristes reste pertinente puisqu'elles incarnent, d'une part l'axiologie consumériste originelle par leur objectivité⁵, et d'autre part son évolution au travers de ses assouplissements jurisprudentiels successifs⁶.

209. Le formalisme manuscrit avait une finalité informative : il devait permettre à la caution de comprendre la nature, l'étendue et les modalités de son engagement. C'est pourquoi le

¹ Issus de la L. n°89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (dite « Loi Neiertz»). Le dispositif, initialement limité au contrat de crédit, a été étendu à tous les cautionnements conclus par des personnes physiques à des créanciers professionnels par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (dite « Loi Dutreil »). Cette extension aux personnes physiques ne constitue aucunement un obstacle à l'inclusion du dispositif au sein de notre analyse. D'une part, celui-ci est indéniablement imprégné d'un esprit consumériste de protection d'une partie réputée faible face à un professionnel, dans une situation complexe et possiblement lourde de conséquences financières. D'autre part, la large définition du consommateur adoptée aujourd'hui – toute personne physique agissant à des fins personnelles (cf. *infra* n°232 et s. ; art. liminaire, C. conso.) se rapproche de la personne physique dans les dispositions qui nous retiennent puisqu'elle n'agit pas, là non plus, dans un cadre professionnel.

² La caution devait recopier la mention suivante : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ».

³ La caution devait recopier la mention suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X ».

⁴ Cf. *infra* n°494.

⁵ Sur l'objectivité de l'axiologie consumériste originelle, cf. *infra* n°351 et s.

⁶ Sur l'assouplissement jurisprudentiel généralisé, cf. *infra* n°490 et s. Sur la sanction de la faute de la caution, cf. *infra* n°537 et s. Sur la sanction de la fraude de la caution, cf. *infra* n°526 et s.

non-respect de ces formalités entraînait la nullité de l'engagement¹. Interprétant le texte de manière stricte, la jurisprudence a considéré que celle-ci était encourue dès lors que la mention manuscrite n'était pas identique aux mentions prescrites par la loi².

Même si elle a ultérieurement assoupli le dispositif par divers biais que nous envisagerons plus loin³, force est de constater que, dans son essence, ce dispositif privilégiait l'automatisme à la casuistique et l'objectivité à la subjectivité. Cela explique pourquoi l'obligation de reproduction de la mention devait être respectée, indépendamment du caractère averti de la caution⁴. Ainsi, une caution pleinement informée et consciente de la nature et de l'étendue de son engagement pouvait invoquer une erreur faite, sciemment ou non, dans la formule pour obtenir la nullité de son engagement alors même que ce formalisme ne lui était *in concreto* d'aucune utilité.

La standardisation du contrat passe, enfin, par le recours à des modèles préétablis.

C. La standardisation par le recours aux modèles

210. Ici ou là, le législateur a recours à des modèles prédéfinis. Quoique cela ne concerne pas les contrats *stricto sensu*, le législateur a notamment établi des modèles impératifs de formulaires permettant au consommateur d'exercer son droit de rétractation dans les contrats de crédit à la consommation⁵ ou dans les contrats conclus à distance et hors établissement⁶. Le droit de la consommation impose alors, de manière globale et intangible, une forme impérative à un document contractuel.

En outre, l'utilisation de modèles est imposée aux professionnels qui doivent fournir au consommateur des conventions-types, c'est-à-dire des modèles de conventions « qu'ils proposent habituellement »⁷. La standardisation est donc imposée, dans son principe, à

¹ Art. L. 343-1 anc., C. conso.

² Cass. com. 5 avril 2011, n° 09-14.358 : *Bull. Civ. IV*, n°55; *D.* 2012. Pan. 1578, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2011, n°1395, note P. Bouteiller ; *CCC* 2011, obs. G. Raymond; *Gaz. Pal.* 2011. 1485, note A. Denizot ; *RDC* 2011. 906, obs. D. Houtcieff.

³ Cf. *infra* n°490 et s.

⁴ Cass. com. 10 janv. 2012 : *Bull. Civ. IV*, n° 2 ; *D.* 2012. Pan. 1577, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2012. 177, obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2012. 457, obs. S. Piedelièvre.

⁵ Art. R. 312-9, C. conso.

⁶ Art. R. 221-1, C. conso.

⁷ Art. L. 114-1, C. conso.

chaque professionnel, qui doit d'élaborer des contrats standardisés, qui s'imposeront à lui par la suite.

211. Conclusion du §1. – La standardisation formelle du contrat est ainsi un phénomène polymorphe qui traverse l'ensemble du droit de la consommation. La forme du contrat n'est plus laissée à la discrétion des parties et est impérativement déterminée par la loi, qu'il s'agisse de l'ensemble du contrat ou de l'insertion de telles ou telles mentions. Ce formalisme n'est pas toujours prescrit *ad validitatem* ; il n'en reste pas moins accompagné de sanctions civiles, pénales ou administratives garantissant l'effectivité et l'impérativité des dispositifs.

Là où la forme était laissée à la discrétion des parties, le droit de la consommation leur retire cette prérogative et, par là encore, manifeste sa déconnexion avec la valeur d'autonomie de la volonté.

Cette standardisation relative à la forme du contrat se double d'une standardisation matérielle ayant trait à son contenu.

§2. Une standardisation matérielle

212. Standardisation matérielle – À l'inverse du phénomène de standardisation formelle, la standardisation matérielle touche directement au contenu des obligations des parties. Il ne s'agit plus de constater la généralisation d'une forme propre à chaque contrat, mais de mettre en lumière une uniformisation de la teneur et de l'intensité des obligations des parties. De plus, contrairement à son aspect formel qui tend à aligner positivement et impérativement les contrats sur un modèle, la standardisation matérielle s'effectue de manière négative par le retranchement des stipulations du contrat qui s'éloigneraient de manière trop importante d'un référentiel, d'un modèle moyen.

213. Plan – Ce pan du phénomène de standardisation ressort de la prohibition des clauses abusives (A.), de la répression du délit d'usure (B.) ainsi que de la sanction de la disproportion du cautionnement (C.).

A. *Clauses abusives et standardisation matérielle*

214. Notion de clause abusive – La prohibition des clauses abusives constitue le premier indice d'une standardisation matérielle du contrat. Déjà rencontrée comme signe d'une automatisation de la volonté du professionnel au contrat¹, nous n'en avons principalement alors envisagé que la sanction. Il nous reste ici à en étudier le principe.

Est définie comme abusive, une clause « qui [a] pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »². Cette définition, issue d'une loi du 1^{er} février 1995³ et inchangée depuis, déclare abusives les clauses, insérées dans un contrat entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, qui créent au profit du premier des droits et prérogatives exorbitants, démesurés par rapport à ceux de la partie considérée comme faible.

Comme vu précédemment, deux méthodes permettent d'identifier une clause abusive : le recours aux listes réglementaire « noire » et « grise » ou l'appréciation du juge⁴. Quelle que soit la méthode employée, le phénomène de standardisation du contenu du contrat s'impose.

215. Liste « noire » et standardisation – Sans grande surprise, ce phénomène ressort indéniablement de l'existence d'une liste « noire ». En présumant irréfragablement abusives certains types de clauses, l'article R. 212-1 du Code de la consommation retranche automatiquement de tout contrat conclu entre consommateurs et professionnels les clauses visées. La standardisation s'opère ici par l'exclusion, automatique et absolue, de certaines stipulations contractuelles.

216. Liste « grise », appréciation du juge et standardisation – Ce phénomène ressort de manière moins explicite dans le cas où l'identification du caractère abusif d'une clause implique une appréciation du juge. Cela désigne deux hypothèses : le cas où le juge déclare *in concreto* la clause abusive et celui dans lequel, la clause étant simplement présumée abusive⁵, le juge doit déterminer si la preuve contraire éventuellement apportée par le

¹ Cf. *supra* n°200-201.

² Art. L. 212-1 al. 1^{er}, C. conso.

³ L. n°95-96 du 1^{er} fév. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial

⁴ Cf. *supra* n°200.

⁵ Art. R. 212-2, C. conso..

professionnel est suffisante pour écarter cette qualification. Le juge doit donc évaluer l'existence ou l'absence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Malgré la potentielle liberté du juge dans ces deux hypothèses, le standard de déséquilibre significatif n'est pas entièrement abandonné à l'appréciation judiciaire. La Cour de Justice de l'Union Européenne a été, à plusieurs reprises, très claire. Elle a ainsi énoncé qu'« afin de savoir si une clause crée, au détriment du consommateur, un "déséquilibre significatif" entre les droits et obligations des parties [...], il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur »¹. En d'autres termes, le déséquilibre significatif découle d'un différentiel trop important entre la situation du consommateur au sein du contrat litigieux et celle qui découlerait de l'application du droit national.

La détermination du déséquilibre significatif se fait donc « par comparaison avec la situation résultant de l'application des règles supplétives »². Or, il a été démontré que ces dernières constituent « l'expression axiologique des vues idéales de l'ordre juridique et notamment de la normalité contractuelle »³, un modèle « en tant qu'elle[s] représente[nt] un type idéal à reproduire, traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être »⁴.

Ainsi, sans que l'on s'interroge dès à présent sur le contenu de cet équilibre supplétif⁵, la simple référence à un modèle de normalité contractuelle est symptomatique d'un phénomène de standardisation. La détermination du contenu du contrat est limitée par la référence à un modèle de contrat jugé vertueux, et ce indépendamment de l'éventuel consentement libre et éclairé du consommateur.

¹ CJUE, 14 mars 2013, *Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya*, n° C-415/11, spéc. n°68 : *D.* 2014. 1297, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP E* 2014. 1331, note S. Moracchini-Zeidenberg ; *Europe* 2013, comm. 228, V. Michel ; *RTD eur.* 2013. 559, obs. C. Aubert de Vincelles. Réitéré par CJUE, 16 janv. 2014, *Constructora Principado SA contre José Ignacio Menéndez Álvarez*, n° C-226/12, spéc. n°23 et 30 : *D.* 2014. 1297, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD eur.* 2014. 715, obs. C. Aubert de Vincelles – CJUE, 26 janv. 2017, *Banco Primus*, n° C-421/14, spéc. n°59 : *D.* 2018.583, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2017. 525, obs. M. Moreau, J. Moreau et O. Poindron.

² D. FENOUILLET, « Prohibition des clauses abusives » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 221.00 et s., spéc. n°224.32, p. 623.

³ C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n°583, p.568

⁴ C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, op. cit., n°584, p.570.

⁵ Cf. *infra* n°329 et s.

Le délit d'usure constitue une deuxième manifestation du phénomène de standardisation.

B. Usure et standardisation matérielle

217. Définition – L'article L. 314-1 du Code de la consommation définit le taux effectif global (TEG) comme le taux d'intérêt conventionnel auquel sont ajoutés « les frais, les taxes, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects ». Il doit figurer dans tout contrat de prêt¹, ce qui fait écho au phénomène de standardisation formelle.

Outre ce point, le TEG intéresse notre propos puisque son montant est encadré. En effet, il ne peut excéder un certain seuil, dit « usuraire », c'est-à-dire « qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature »². Cette limitation des intérêts conventionnels s'applique à tout type de contrat de prêt, sauf ceux accordés à une « personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale »³, et ce à l'exception des découverts en compte⁴.

218. Standardisation – Une fois de plus, le contenu du contrat est standardisé autour d'un modèle faisant office de référence : le taux d'intérêt moyen pratiqué par les établissements de crédit dans une période proche. Est ainsi retranché du contrat ce qui s'éloigne de manière trop importante du modèle fixé par les autres agents économiques du secteur.

On remarque cette fois une différence avec la technique employée en matière de clauses abusives : la standardisation n'a pas pour archétype une notion idéale mais un référentiel mathématique et objectif s'appuyant sur la pratique professionnelle moyenne. La standardisation n'en reste pas moins prégnante⁵.

¹ Art. L. 314-5, C. conso.

² Art. L. 314-6, C. conso. La pratique de tels taux est lourdement sanctionnée puisqu'elle fait encourir à son auteur la restitution des intérêts excédentaires, deux ans d'emprisonnement, 300 000 euros d'amende et plusieurs peines accessoires facultatives (Art. L. 341-48, C. conso.)

³ Art. L. 314-9, C. conso.

⁴ Art. L. 313-5-1, C. mon. fin.

⁵ Pour une analyse des valeurs sous-tendant ces dispositions, cf. *infra* n°335 et s.

C. *Disproportion du cautionnement et standardisation matérielle*

219. Disproportion du cautionnement – Les anciens articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation disposaient qu'« un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement » ou « un créancier professionnel ne [peuvent] se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

Ces articles ont été abrogés par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et ont été transférés à l'article 2300 du Code civil qui dispose que « si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date ». Malgré une différence relative à la sanction – impossibilité de s'en prévaloir dans un cas et réduction du montant cautionné, dans l'autre –, les textes restent animés par une logique identique : l'engagement disproportionné d'une personne physique comme caution ne peut être valablement mis en œuvre par un créancier professionnel.

220. Le droit commun avant la réforme – En droit commun, cette exception de disproportion a été initialement formulée par les juges de cassation dans l'arrêt *Macron* du 17 juin 1997¹. La Cour de cassation a estimé, « en raison de "l'énormité de la somme garantie par une personne physique", que, dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part [du créancier, celui-ci] avait commis une faute en demandant un tel aval, "sans aucun rapport" avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste ». Le créancier, ayant manqué à son obligation de bonne foi en mettant à la charge de l'avaliste (ou de la caution) un engagement disproportionné, a donc commis une faute. Le mécanisme était donc clairement fondé sur l'obligation de bonne foi du créancier.

¹ Cass. com., 17 juin 1997, n°95-14.105 : *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *JCP G* 1998.I.103, n° 8, obs. Ph. Simler ; *Defrénois*, 1997, art. 36703, p. 1424 et s. n° 158, obs. L. Aynès ; *Dr. sociétés*, oct. 1997.8 et s. obs. T. Bonneau ; *RTD com.* 1997. 662, obs. M. Cabrillac ; *D.* 1998.208 et s. note J. Casey ; *RD bancaire et bourse*, 1997.221 et s. obs. M. Contamine-Raynaud ; *JCP G* 1997. éd.E.II.1007, note D. Legeais ; *LPA*, 27 mai 1998. 33, note S. Piédelièvre ; *RTD civ.* 1998. 100, obs. J. Mestre ; *D. Aff.* 1997.929.

On comprend alors la solution de l'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002, consistant à exclure la sanction de cette disproportion dans le cas où la caution était dirigeante de la société débitrice¹. Dans cet arrêt, les cautions, étant « respectivement président du conseil d'administration et directeur général de la société, [...] n'ont jamais prétendu ni démontré que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles [...] des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées »².

Ainsi, l'ensemble du dispositif était centré sur la bonne foi, tant du créancier, que de la caution, qui ne pouvait légitimement arguer d'une disproportion dès lors qu'elle disposait d'une information équivalente à celle du créancier. L'ignorance concrète de la caution constituait alors une condition d'invocation de l'exception.

221. Le droit de la consommation avant la réforme – Ce dispositif diffère profondément de la disproportion telle qu'elle existait en droit de la consommation. Les lois Neiertz du 31 décembre 1989 et Dutreil du 1^{er} août 2003³, lorsqu'elles avaient inclus l'exception de disproportion dans le Code de la consommation, n'avaient pas imposé cette bonne foi de la caution. La jurisprudence a donc très logiquement considéré que « le caractère averti de la caution [était] indifférent » pour l'application de ces textes⁴. De même, plusieurs arrêts de cours d'appel ont considéré que ces dispositions bénéficiaient à toutes les cautions personnes physiques, ce qui incluait même les cautions dirigeantes de la société débitrice garantie⁵.

Cette solution semble reprise par le nouvel article 2300 du Code civil, qui a succédé aux dispositions du Code de la consommation. Quoique la sanction diffère, le texte ne fait en effet aucune mention d'une condition de bonne foi, ce qui laisse penser que la solution consumériste perdure sur ce point.

¹ Cass. com., 8 oct. 2002, n°99-18.619 : *JCP G* 2003, II, 10017, note Y. Picod ; I, 124, n°6, obs. P. Simler ; I, 134, n°3, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; *JCP E* 2002, 1730, note D. Legeais ; *CCC* 2003, 20, note L. Leveneur ; *RCA*. 2002, 363 ; *RTD civ.* 2003. 125, obs. P. Crocq.

² *Ibidem*.

³ L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

⁴ Cass. com. 10 juil. 2012, n° 11-16.355 : *D.* 2012, AJ, 2020 ; *Gaz. Pal.* 2012. 2862, obs. C. Albiges ; *RJDA* 2013, n°258 ; *LEDB* sept. 2012, p. 6, obs. M. Mignot.

⁵ CA Paris, 1^{er} juin 2007 : *RJDA* 2007, n° 1280 – CA Paris, 25 janv. 2008 : *RJDA* 2008, n° 575 – CA Reims, 22 mars 2010 : *Dr. sociétés* 2010, n° 176, obs. M.-L. Coquelet.

222. Standardisation – Le caractère résolument objectif de ces dispositions participe donc pleinement de la standardisation matérielle du contrat de cautionnement¹. À l’instar de la prohibition des clauses abusives², le législateur tend à aligner le contenu des contrats sur un modèle idéal qui est, ici, la proportionnalité. Pour cela, il opère négativement en sanctionnant les situations s’éloignant de manière bien trop importante de ce modèle³.

223. Conclusion du §2. – Le droit de la consommation impose ainsi une standardisation matérielle, une normalisation du contenu du contrat. À la différence de son versant formel, qui passe par l’alignement sur un modèle prédéfini, la standardisation matérielle repose sur un procédé inverse. Le standard idéal n’est pas édicté expressément par le législateur, mais il peut être déduit, par une sorte d’*a contrario*, des situations qu’il décide de sanctionner, qu’elles soient nommées usure, déséquilibre significatif ou disproportion.

Si le procédé diffère, la logique n’en reste pas moins identique : le contrat n’est plus conçu uniquement comme la résultante des volontés individuelles, mais comme un outil économique devant répondre à certains standards, dans son contenu comme dans sa forme. Cette évolution traduit une rupture certaine avec la valeur d’autonomie de la volonté.

224. Conclusion de la Section 1. – L’effacement de la valeur d’autonomie de la volonté au sein de la législation consumériste est indéniable.

Celle-ci est d’abord indifférente à la volonté subjective des parties prises individuellement. Que l’on s’attarde sur les obligations d’information, les droits de rétractation, les délais de réflexion ou même les délits de publicité trompeuse et de tromperie, la volonté subjective de l’individu-consommateur n’est jamais une condition d’application des normes ou une variable de sanction. De même, la volonté du professionnel est automatisée au travers de la sanction des clauses abusives et de la prohibition du refus de vente ou de prestation de services. Le professionnel étant contraint de conclure le contrat à certaines conditions, sa volonté est indifférente.

Le droit de la consommation standardise ensuite le contrat. Sa forme comme son contenu sont alignés sur un modèle défini positivement ou négativement. Le formalisme informatif

¹ Cet hermétisme à la bonne foi de la caution est, de plus, un symptôme du déclin de la valeur de respect d’autrui qui fera l’objet de développements plus généraux ultérieurement (cf. *infra* n°238 et s.).

² Cf. *supra* n°214 et s.

³ Pour une analyse des valeurs sous-tendant ces dispositions, cf. *infra* n°342 et s.

et le respect imposé de certains standards comme la disproportion ou le déséquilibre significatif en sont autant de manifestations. Le contrat n'est donc plus exclusivement conçu comme la résultante particulière de deux volontés individuelles, les parties n'étant plus entièrement souveraines dans le façonnement de leur engagement.

La valeur d'autonomie de la volonté ne constitue donc pas un élément de l'axiologie consumériste.

Outre l'autonomie de la volonté, le droit de la consommation s'affranchit de la seconde valeur composant l'axiologie civiliste classique : le respect d'autrui.

Section 2. L'effacement de la valeur de respect d'autrui

- 225. Plan** – Deux facettes de valeur de respect d'autrui avaient été dégagées de l'analyse des valeurs civilistes : le respect de la parole donnée et la prohibition des nuisances volontaires¹. L'effacement de cette valeur au sein du droit de la consommation s'observe tant dans sa première (**Sous-section 1.**), que dans sa seconde dimension (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. L'effacement du devoir de respect de la parole donnée

- 226. Droits de rétractation** – Déjà abordés dans leur rapport avec la valeur d'autonomie de la volonté², les droits de rétractation constituent la principale manifestation de l'abandon, par la législation consumériste, du devoir de respect de la parole donnée³.

¹ Cf. *supra* n°107 et s.

² Cf. *supra* n°187 et s.

³ Les procédures de traitement des situations de surendettement constituent, de même, des dispositifs marquant une rupture avec cette valeur. Ouverte à toute « personne physique de bonne foi » étant « dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non-professionnelles exigibles et à échoir » (art. L. 711-1, C. conso.), les procédures de traitement du surendettement offrent aux débiteurs en détresse la possibilité d'obtenir une modification voire l'effacement de leurs dettes. Même si cette procédure tend à privilégier, en son commencement, la conciliation et l'adhésion des créanciers, leur consentement n'est pas une condition *sine qua non* et peut *in fine* être contourné. Dès lors, le législateur restreint de manière flagrante le principe de force obligatoire des contrats. Il délivre - totalement ou partiellement - le débiteur de ses obligations contractuelles en lui autorisant voire en lui imposant de revenir sur sa parole valablement donnée. Sans que cela ne doive être considéré comme un jugement sur l'opportunité ou la légitimité du mécanisme, force est de conclure que la contrariété avec le système axiologique civiliste est indéniable. Cependant, ces dispositions ne seront pas incluses dans notre propos car, comme indiqué précédemment (cf. *supra* n°16), ces dispositions ne relèvent pas pleinement d'une logique consumériste en ce qu'elles s'attachent avant tout à la personne du débiteur et non au rapport de force professionnel-consommateur qui constitue l'objet caractéristique du droit de la consommation.

Ces droits permettent aux consommateurs, dans un nombre croissant de contrats, de revenir sur leur engagement, de retirer leur consentement à un contrat valablement formé. Le mécanisme est ainsi en totale contradiction avec le respect de la parole donnée est donc total puisque la volonté exprimée librement n'est plus figée au sein du cadre contractuel¹. Le consommateur en reste maître pendant une certaine période, alors même que sa volonté est déjà devenue autonome, en ce qu'elle s'est détachée de lui par son expression dans le contrat. Le professionnel n'est donc, temporairement, pas protégé contre les éventuels revirements de volonté du consommateur.

227. Une double expression de volonté. Exposé – Afin de concilier ce mécanisme avec les principes civilistes, une partie de la doctrine s'est attachée à démontrer la conformité des droits de rétractation avec le principe de force obligatoire du contrat, expression juridique du respect de la parole donnée. Sans rentrer dans les détails des différentes analyses doctrinales², l'idée générale consiste à soutenir que le droit de rétractation diffère, à des titres divers, le moment de la formation du contrat. Schématiquement, le contrat ne serait plus formé lors de l'échange des consentements, mais à l'expiration du délai de rétractation³ : il se formerait donc de manière « successive ou plus justement progressive »⁴. La formation du contrat serait jalonnée par l'expression de deux volontés aux intensités et aux contenus incertains : la première faisant courir le délai ; la seconde à l'issue du délai, formant pleinement le contrat.

Une telle analyse irait directement à l'encontre du constat qui précède. En effet, en exerçant son droit, le consommateur ne mettrait pas fin à un contrat conclu : il empêcherait simplement sa formation, ce qui n'est aucunement contraire au devoir de respect de la parole donnée.

¹ Cf. *supra* n°108-109.

² Pour un exposé détaillé et complet de ces différentes théories, V. not. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, dir. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, p. 103 et s., n°107 et s ; M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p.220, n°132, note 999.

³ V. not. J. CALAIS-AULOY, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron. p.266 et s. ; G. CORNU, « La protection du consommateur et l'exécution du contrat », *in. La protection des consommateurs*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV, Dalloz, 1973, p.131 et s. ; J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », *Etudes offertes à A. Jauffret*, Fac. dr. et sc. po. Aix-Marseille, 1974, p. 522.

⁴ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 103, n°107 et s.

Rejet – Pourtant, ces tentatives de conciliation nous apparaissent vaines, et ce pour deux raisons.

D'une part, la loi¹ comme la jurisprudence² tendent à considérer que le contrat est formé et parfait dès l'échange des consentements, l'écoulement du délai de rétractation n'important pas. De surcroît, hormis ces cas, ces théories postulant la formation successive du contrat n'ont pas été explicitement validées par le législateur ou le juge.

D'autre part, et en se rangeant derrière l'analyse de Mme RZEPECKI³, l'idée d'une formation progressive du contrat ne semble guère appropriée dès lors que le consommateur n'a aucunement à réitérer son consentement à l'issue du délai de rétractation. L'auteur relève qu'« à suivre les tenants de [cette] conception, la volonté du consommateur de se lier contractuellement est censée se manifester par une attitude purement passive »⁴. Cependant, hormis certaines hypothèses bien circonscrites et distinctes de celle qui nous retient, le silence ne vaut pas consentement en droit français⁵. Aussi, elle énonce que « le législateur n'a prévu qu'un seul consentement, celui qui fait partir le délai de sept jours »⁶. Dès lors, « on est conduit à donner pleine efficacité à la seule volonté extériorisée dont on dispose, celle qui s'est manifestée par le consentement donné initialement par le consommateur »⁷.

228. L'expression d'une volonté – La volonté initialement exprimée par le consommateur est unique. Cela semble être confirmé par la théorie de la perfection du contrat développée par Mme BLEUSEZ⁸. Désignant « la période contractuelle destinée à recueillir l'ensemble des éléments constitutifs qui, exigés postérieurement à la réunion des conditions de l'article 1128 du Code civil, viennent parachever la formation du contrat »⁹, la perfection a directement

¹ Cf. not. art. L. 221-27, C. conso. (L'exercice du droit de rétractation dans le cadre d'un contrat conclu à distance ou hors établissement « *met fin à l'obligation des parties [...] d'exécuter le contrat* ») – Art. L.221-18 al.2, 2° (le délai court à compter de la « *conclusion* » contrat) – Art. L. 312-19 (« l'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit ») – Art. L. 132-5-1 al.1, C. Assur. (dans le cas d'un contrat d'assurance sur la vie, le délai de rétractation de trente jours commence au moment où l'assuré est informé que le contrat est « conclu »).

² V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, CCC 1992, n°195, obs. G. Raymond (« Attendu qu'en se déterminant ainsi alors que le contrat était formé dès la commande »). Sur le sujet, V. aussi É. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », D. 2008, 3028, spéc. p.3030.

³ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, op. cit., p. 105-109, n°113-117.

⁴ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, op. cit., p. 108, n°117.

⁵ Cass. civ. 25 mai 1870 : DP 70. 1. 257 ; S. 70. 1. 341 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°146 (« Qu'en droit le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée »)

⁶ N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, op. cit., p. 108, n°117.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, th. dactyl., dir. C. Brenner, Université Paris II – Panthéon Assas, 2021.

⁹ M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, op. cit., p.667, n°610.

trait aux contrats soumis à un droit de rétractation et nous permet de conférer une cohérence à son fonctionnement.

Durant ce « temps de l'imperfection »¹, le contrat est considéré comme « imparfait » dès lors qu'il lui manque cet élément de perfection, ici l'écoulement du délai de rétractation. Malgré cette imperfection, le contrat n'en est pas moins intangible et immunisé contre les changements de circonstances tant volontaires qu'involontaires. Cette intangibilité découle directement de « l'échange des consentements et, avec lui, [de] la réunion des conditions premières de validité »². En d'autres termes, par le recours à la théorie de la perfection, et contrairement aux théories qui précèdent, le consentement des parties n'est donc pas successif ou multiple mais bien unique. Il continue bien de marquer le point de départ de la relation contractuelle.

229. L'effacement du respect de la parole donnée – Lorsqu'il est exercé par le consommateur, le droit de rétractation anéantit le contrat déjà formé. Il n'organise aucunement une formation progressive du contrat ou une expression incomplète du consentement du consommateur lors de la conclusion du contrat. Le droit de rétractation lui confère un droit potestatif lui permettant de rétracter une volonté valablement exprimée pendant une certaine période. Malgré le caractère imparfait du contrat avant l'écoulement de ce délai, l'effacement de la valeur civiliste classique de respect de la parole donnée n'en est pas moins avéré.

À ce constat, s'ajoute le déclin de la seconde composante de la valeur de respect d'autrui : la prohibition des nuisances volontaires.

¹ M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, op. cit., p. 327, n°291.

² M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, op. cit., p.339, n°307.

Sous-section 2. L'effacement de la sanction des nuisances volontaires

230. L'effacement de la seconde composante de la valeur de respect d'autrui – la sanction des nuisances volontaires – se manifeste différemment selon qu'on l'envisage du côté du professionnel ou du côté du consommateur. Pour le premier, cet abandon réside dans le refus du droit de la consommation de sanctionner, et même de rechercher, son éventuelle malveillance envers le professionnel. À l'inverse, pour le second, le phénomène se caractérise par l'indifférence au caractère volontaire de la nuisance sanctionnée ; peu importe ainsi que la nuisance soit volontaire ou non, intentionnelle ou non.

Aussi différents soient-ils, ces deux phénomènes ont en commun la déconnexion avec la valeur civiliste et traduisent un rejet de toute subjectivité, tant dans le fondement que dans la mise en œuvre du droit de la consommation.

231. Plan – Cet hermétisme prend sa source dans les définitions du consommateur et du professionnel, caractérisées par leur objectivité (§1.). Ce point fondamental est étroitement lié à l'appréhension objective du comportement des parties dans le droit de la consommation – double phénomène que l'on vient d'évoquer – (§2.).

S'il est vrai que le questionnement relatif à la définition du consommateur et du professionnel ne relève pas strictement du constat du déclin de la sanction des nuisances volontaires, l'étroite corrélation entre ces deux phénomènes justifie son inclusion dans les développements qui suivent.

§1. Une définition objective des parties.

232. Plan – La définition du consommateur et du professionnel a été, et continue d'être, une source importante de questionnements. En l'absence de définition légale uniforme, les cinq premières décennies de droit de la consommation ont vu s'opposer deux approches¹. En effet, la conception objective fondée sur l'existence d'un rapport avec l'activité

¹ Pour une analyse d'ensemble de l'évolution de cette question au début des années 2000, V. not. V. VIGNEAU, « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », *Gaz. Pal.*, 2002, doct. 1279.

professionnelle (**B.**) a supplanté une conception subjective fondée sur la compétence des parties (**A.**).

A. *Le rejet du critère subjectif de compétence*

- 233. Exposé** – Il est commun d'énoncer que le droit de la consommation a pour vocation de protéger le consommateur¹, placé dans une situation de faiblesse économique et technique face au professionnel. Dès lors, la Cour de cassation a, dans certaines espèces, intégré cette considération, dans sa composante technique, comme critère de qualification de consommateur. Elle a ainsi énoncé, à propos d'un contrat conclu par un agent immobilier et relatif à l'installation d'un système d'alarme, que son activité « était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme » et qu'il « était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »². Suivant cette conception, plusieurs fois réitérée par la Cour³, le consommateur était celui qui contractait hors de sa sphère de compétence, celui qui n'avait pas *in concreto* les compétences nécessaires pour saisir pleinement les enjeux et l'étendue de son engagement.
- 234. Critique** – Ce critère, fondé sur « une vision [...] sociologique »⁴, permettait d'étendre la protection au professionnel agissant dans le cadre de son activité mais hors de sa sphère de compétence et, à l'inverse, de la dénier au consommateur contractant pour ses besoins personnels mais dans sa sphère de compétence. L'application des dispositifs consuméristes était ainsi subordonnée à ce critère « subjectif »⁵, imposant au juge l'analyse systématique et concrète de l'état d'esprit, des connaissances et des compétences effectives du contractant lors de la conclusion du contrat.

¹ Dans les développements qui suivent, les notions de consommateur et de non-professionnel seront assimilées. Outre la fluidification du propos que ce choix entraîne, il apparaît que ces deux notions ne se distinguent aujourd'hui que par la nature de la personne concernée – personne physique pour le consommateur, morale pour le non-professionnel – et que le recours à celle-ci reste cantonné à certaines dispositions. Au fil des évolutions du droit de la consommation, le critère de définition du consommateur – aussi changeant soit-il – a toujours été appliqué au non-professionnel. Pour une analyse des évolutions jurisprudentielles récentes relatives à la définition du non-professionnel, cf. *infra* n°641 et s.

² Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674 : *Bull. civ.* I, n° 134 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1987, panor. Cass., p.170 ; *D.* 1988, 1, note P. Delebecque ; *D.* 1987 Somm. 455, obs. Aubert ; *JCP G* 1987, II, 20893, note G. Paisant ; *D.* 1988, Chron. 253, n°5, chron. G. Paisant ; *RTD civ.* 1987. 537, obs. J. Mestre.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992 : *D.* 1992, somm. p.401 ; *JCP*, I, 1993, n°3655, note G. Paisant ; *D.* 1993, Jur. p.87, note G. Nicolau ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1992, panor. Cass., p.240 – Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1992 : *JCP G* 1993, n°22007, note G. Paisant – Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1993 : *JCP* 1993, n°22007, note G. Paisant ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1993, panor. Cass, p.137.

⁴ V. VIGNEAU, « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », *op. cit.*, spéc. p. 1281.

⁵ *Ibidem*.

Salué par certains auteurs pour la globalité et l'équité de la protection qu'il apporte¹, ce critère n'a pas pour autant emporté l'unanimité. En fondant la protection consumériste sur une appréciation subjective limitée à la sphère de compétence, il a notamment été critiqué pour son imprécision, son instabilité², son absence de considération pour la puissance économique des parties³, ou encore pour la confusion linguistique qu'il créait entre les notions de professionnels et de consommateurs⁴.

Au fil des années, l'utilisation de ce critère s'est étiolée, laissant place à un critère plus objectif.

B. L'admission du critère objectif du rapport avec l'activité professionnelle

235. Manifestations – Ce critère objectif de rapport avec l'activité est, en réalité, double. Le droit de la consommation a ainsi alterné entre l'utilisation du critère de *rapport direct* et celui de *la finalité professionnelle* de l'acte.

Rapport direct – La première voie empruntée par le juge a consisté à fonder la définition du professionnel et du consommateur sur l'existence ou l'absence d'un rapport direct entre le contrat litigieux et l'activité professionnelle du contractant. Adopté à plusieurs reprises par la Cour de cassation⁵, ce critère a pour effet de dénier au contractant la qualité de consommateur lorsque l'acte est directement lié à l'activité professionnelle. Dès lors, « la

¹ V. not. D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation – Nouvelles frontières ? », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.697 et s., spéc. p. 707 et s.

² Il a été noté que ce critère est incapable « d'instaurer une protection complète et adéquate » (J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, Chr., p.260, spéc. p.261), que cette jurisprudence est « insusceptible de généralisation » (N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.247, n°395).

³ V. not. J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *op. cit.* ; A. SINAY-CYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G*, 1994, I, n°3804, spéc. n°15, p.514 (« Mais n'est-il pas exagéré de traiter à l'identique des parties de puissance inégale ? Le professionnel qui agit en dehors de sa compétence n'est sans doute pas aussi désarmé que le simple consommateur. Son aptitude à la négociation contractuelle est plus grande et le besoin de protection est moins aigu »).

⁴ « La catégorie des "professionnels-consommateurs" [...] heurte la cohérence du langage utilisé par le législateur » (N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, op. cit.*, p.246, n°393).

⁵ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995 : *D.* 1995, Jur. p.327, note G. Paisant ; *D.* 1995, somm. comm., p.310, obs. J.-P. Pizzio ; *JCP G*, 1995, IV, 745 ; *JCP G* 1995, I, 3983, n°28, obs. G. Viney ; *CCC* 1995, comm. 84, note L. Leveneur ; *RTD. civ.* 1995.360, obs. J. Mestre ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1995, panor. Cass., p.83 – Cass. civ. 1^{ère}, 21 fév. 1995 : *JCP G* 1995, II, 22502, note G. Paisant – Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1996 : *D.* 1996, I, R., p.47 ; *D.* 1996, jur. p.228, note G. Paisant ; *JCP G* 1996, I, 3929, obs. F. Labarthe – Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 1996 : *D.* 1996, jur. p.228, note G. Paisant ; *JCP G* 1996, IV, 673 ; *CCC* 1996, n°46, obs. G. Raymond. Pour un arrêt constatant l'absence de rapport direct : V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1998, n°96-13.924 : *Bull. Civ.* 1^{ère}, n°339, p.235 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1999, panor. Cass., p.39.

seule qualité de professionnel n'exclut pas en soi le bénéficiaire de la qualité de consommateur »¹ : si l'acte est dénué de rapport avec cette activité, ou que ce rapport n'est qu'indirect, il sera qualifié de consommateur.

Finalité – En revanche, le critère de finalité ne s'embarrasse pas de telles considérations. Souvent confondu avec le rapport direct, il restreint largement la définition du consommateur. En effet, dès que le contractant agit – directement ou indirectement – à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle ou pour les besoins de celle-ci, il ne peut prétendre à la qualification de consommateur. Ce critère téléologique n'est donc pas fondamentalement différent de celui du rapport direct : il ne fait que l'étendre tout en restant similaire dans son esprit.

Retenue à plusieurs reprises, par la Cour de cassation parfois implicitement², dans de nombreuses directives européennes³, par la Cour de Justice de l'Union Européenne⁴ et récemment par le législateur français⁵, cette conception réduit le travail du juge à son minimum : le simple constat des agissements du contractant en qualité de professionnel, dans le cadre de son activité, suffit.

236. Effacement de la sanction des nuisances volontaires – Quelle que soit la forme exacte, ce critère du rapport avec l'activité professionnelle se distingue par son objectivité. Seul le lien – direct ou potentiellement indirect selon le critère – entre l'acte accompli et l'activité

¹ V. VIGNEAU, « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », *op. cit.*, spéc. p. 1282.

² V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1986, n° 84-15801 : *Bull. Civ. I*, n°90 ; *RTD civ.* 1987. 86, obs. J. Mestre – Cass. com. 4 fév. 1992 : *Bull. Civ. IV*, n°61 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1992, Panor. Cass., p. 212 ; *D.* 1992, Inf. Rap., p.90 – Cass. civ. 1^{ère}, 2 fév. 1994 : *Bull. Civ. I*, n°48, p.37 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1994, panor. Cass., p. 107 – Cass. com. 10 mai 1994, n° 92-22075 : *CCC*, 1994, n°155, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995, somm. 89, obs. D. Mazeaud – Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13.285 : *CCC* 2005, n°100 note G. Raymond.

³ Pour exemple, v. not. Art. 2, dir. 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – Art. 2, dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») – Art. 2, dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

⁴ V. not. : CJUE, 30 mai 2013, *Dirk Freferik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c/ Jahani BV*, Aff. n°C-488/11, spéc. §30 – CJUE, 27 avril 2017, *Bachman*, aff. N° C-535/16, spéc. §26 – CJUE, 17 mai 2018, *Karel de Grote c/ Hogeschool Katholieke Antwerpen*, aff. N° C-147/16, spéc. §§53 et 55.

⁵ Cf. art. lim. C. conso. Issu de la L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 modifié par l'ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 qui définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » et, à l'inverse, le professionnel comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

professionnelle suffit à la qualification de professionnel¹. En s'affranchissant de considérations subjectives touchant à l'état de faiblesse d'une partie, cette définition a l'avantage de la constance, de la certitude, dès lors qu'elle se fonde sur des éléments objectivement vérifiables. Elle allège, en outre, le fardeau probatoire du consommateur : afin de profiter des dispositions consuméristes, il n'a pas à prouver son éventuelle ignorance et son besoin effectif de protection. Au-delà de ces considérations pratiques, cette définition incarne parfaitement le caractère structurel et collectif de la protection accordée au consommateur, par opposition à une protection subjective de l'individu².

Néanmoins, force est d'admettre qu'une telle conception ouvre la voie à une surprotection des « "consommateurs abusifs", qui profiteront indûment de la protection conférée par le droit de la consommation »³. En détachant la définition de consommateur de toute idée de compétence, de connaissance ou de puissance effective, certains individus peuvent ainsi bénéficier d'une protection qui leur est objectivement accordée, alors même qu'ils n'en ont subjectivement aucun besoin⁴.

Ici réside le premier symptôme du déclin de la sanction des nuisances volontaires : le consommateur est protégé indépendamment de sa situation concrète ce qui marque, aux fondements même de la législation consumériste, un affranchissement de toute considération subjective, affranchissement que l'on retrouve logiquement lors de la mise en œuvre du droit de la consommation.

¹ La Cour de Justice de l'Union Européenne a d'ailleurs confirmé cette appréhension de la notion de consommateur en énonçant que celle-ci avait « un caractère objectif » et qu'elle était « indépendante des connaissances concrètes que la personne concernée peut avoir, ou des informations dont cette personne dispose réellement » (CJUE, 3 sept. 2015, *Costea*, aff. C-110/14, spéc. n°21 : *D.* 2016. Pan. 621, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *CCC* 2016, n°21, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP G.* 2015, n°1110, note G. Paisant ; *JCP E* 2015, n°1599, note S. Moracchini-Zeidenberg ; *Gaz. Pal.* 2015. 3240, obs. S. Piedelièvre).

² Sur le caractère structurel de la protection, cf. *infra* n°387 et s. Sur son caractère collectif, cf. *infra* n°390 et s.

³ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, Chr., p.260, spéc. p.263.

⁴ La mutation contemporaine de l'axiologie consumériste, et le mouvement de subjectivation du droit de la consommation qui en est le symptôme, rompent avec cette impunité, en sanctionnant l'abus, la mauvaise foi, la faute ou encore la fraude du consommateur (cf. *infra* n°504 et s.).

§2. Une appréhension objective du comportement des parties

237. Plan – Dans l’appréhension du comportement des parties, le déclin de la sanction des nuisances volontaires se constate de deux manières différentes selon que l’on se situe du point de vue du consommateur ou du professionnel.

Du côté du consommateur, le droit de la consommation refuse de sanctionner, et même de rechercher, son éventuelle malveillance envers le professionnel lorsqu’il revendique l’application des dispositifs consuméristes (**A.**).

À l’inverse, la logique consumériste sanctionne le professionnel sur le fondement d’une simple négligence ou imprudence, l’existence d’une intention coupable étant indifférente (**B.**). Ce durcissement de la répression éclipse ainsi le caractère volontaire de la nuisance, pourtant fondamental dans l’axiologie civiliste.

Les effets de ces deux phénomènes sont certes opposés : faveur législative dans un cas, durcissement de la répression dans l’autre. Ils partagent pourtant un élément fondamental : la restriction de la place de l’intention dans la mise en œuvre des normes consuméristes. Ils manifestent ainsi, de deux manières différentes, l’effacement de la valeur civiliste de respect d’autrui.

A. L’indifférence à la malveillance du consommateur

238. Indifférence à la malveillance et abandon de l’autonomie de la volonté – L’analyse de la législation consumériste nous a fourni de nombreux exemples d’indifférence à la malveillance du consommateur : alors même qu’il serait de mauvaise foi, il pourra profiter de la protection consumériste, qui est accordée de manière objective. Pour exemple, la violation d’une obligation d’information, ou d’un certain formalisme informatif, pourra être invoquée par un consommateur qui, connaissant l’information manquante, n’a subi aucun préjudice découlant du manquement du professionnel. Comme cela a été énoncé, « la jurisprudence sanctionne toute violation du formalisme informatif sans qu’il soit nécessaire de rapporter la preuve d’un quelconque grief, ce qui permet au consommateur de mauvaise foi de se désengager à bon compte en profitant de l’opportunité d’une irrégularité formelle »¹.

¹ É. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008. 3028, spéc. p.3030.

De la même manière, l'exception de disproportion dans un contrat de cautionnement pourra être invoquée par une caution avertie¹.

Cependant, dans ces hypothèses, l'absence de sanction de la malveillance du consommateur ne constitue pas un phénomène à part entière : elle n'est que la conséquence implicite de l'indifférence à la volonté des parties et de la standardisation du contrat, symptômes de l'effacement de l'autonomie de la volonté².

239. Absence de sanction de l'abus dans l'exercice d'un droit de rétractation – À l'inverse, bien que cette question ait récemment grandement évolué³, l'absence de sanction de l'abus dans l'exercice d'un droit de rétractation constituait une manifestation expresse et directe du déclin de la sanction des nuisances volontaires⁴.

L'exercice d'un tel droit constitue le terreau le plus fertile de l'abus du consommateur. L'hypothèse est la suivante : un consommateur, pleinement averti de l'étendue et des modalités de son engagement, change simplement d'avis en s'apercevant que le contrat ne lui est plus profitable et souhaite rétracter son consentement. Quoique ces prérogatives soient encadrées matériellement par certaines formalités, et temporellement par le respect d'un délai, aucun texte ou jurisprudence n'indiquait expressément la possibilité pour le juge de sanctionner un éventuel abus du consommateur.

240. Caractère discrétionnaire – Ces droits sont généralement conçus comme des droits discrétionnaires ce qui, classiquement, les rend insusceptibles d'abus. Selon cette conception absolue, la conscience du titulaire du droit n'entre absolument pas en jeu, et ce, même s'il est flagrant que le mécanisme a été détourné de sa finalité ou qu'il a été exercé avec une intention de nuire.

En revanche, une conception plus moderne, que l'on qualifiera de « relative », postule qu'un droit discrétionnaire est un droit dont l'exercice n'a pas à être motivé par le titulaire⁵.

¹ Cf. *supra* n°221.

² Cf. *supra* n°159 et s.

³ Comme cela sera analysé ultérieurement, la jurisprudence tend, depuis peu, à sanctionner expressément l'abus du consommateur dans l'exercice de certains droits de rétractation. Cette évolution constituera un des symptômes de l'émergence d'une mutation axiologique du droit de la consommation (cf. *infra* n°507 et s.). Sur la diffusion potentielle de la sanction de l'abus dans les droits de rétractation, cf. *infra* n°707 et s.

⁴ Pour un exposé du droit de rétractation et de ses occurrences, cf. *supra* n°187-189.

⁵ J. KULLMANN, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas » in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Bigot*, LGDJ, 2010, p.215 et s, spéc. p. 223-224.

Cette absence d'obligation de motivation n'empêche donc pas l'existence d'un abus : même en l'absence de motivation, rien n'empêche le cocontractant de prouver un détournement du droit de sa finalité et donc un abus¹. La distinction entre droits discrétionnaires et non discrétionnaires n'aurait alors d'effet qu'au niveau probatoire : dans un droit non discrétionnaire, la preuve d'un abus est facilitée par la motivation fournie par le titulaire du droit.

En matière de droits de rétractation, le législateur ne donnait aucune indication textuelle sur la possibilité de sanctionner un éventuel abus ou sur le caractère discrétionnaire de ces droits. Au mieux, la loi précisait-elle ponctuellement l'absence d'obligation de motivation du consommateur lors de l'exercice de son droit. Cet élément reste toutefois insuffisant pour conclure à la possibilité de sanctionner un abus.

- 241. Plan** – Cela vaut d'autant plus que, si l'état du droit a récemment grandement évolué², la jurisprudence a exclu pendant longtemps la sanction de l'abus dans l'exercice d'un droit de rétractation. Cette exclusion a été expressément énoncée en matière d'assurance-vie (1.) et, de manière plus accessoire, en matière d'achat de biens immobiliers (2.).

1. Une absence de sanction dans les contrats d'assurance-vie

- 242. Présentation** – Cette absence de sanction de l'abus ressortait principalement de la jurisprudence relative au droit de rétractation prorogé en matière de contrat d'assurance-vie³. L'article L. 132-5-1 du Code des assurances instaure au profit de l'assuré une faculté de renonciation de trente jours après la conclusion d'un contrat d'assurance-vie. En cas de non-

¹ Hors du cadre consumériste, rentrent notamment dans cette catégorie, le droit de révocation du mandat par le mandant ou encore la rupture du contrat de travail durant la période d'essai. Pour un développement détaillé de ces hypothèses, V. not. : J. KULLMANN, « L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi : l'arrêt qui ne passe pas » *op. cit.*, p.225 et s.

² Sur la sanction de l'abus dans l'exercice du droit prorogé de rétractation suite à la conclusion d'un contrat d'assurance-vie : cf. *infra* n°508 et s.; Sur la sanction de l'abus de droit de rétractation suite à la conclusion d'un contrat conclus à distance ou hors établissement : cf. *infra* n°516 et s.

³ Il est, préalablement, nécessaire de se justifier sur l'inclusion de ces mécanismes dans notre champ d'étude dès lors que tous les droits de rétractation étudiés ne figurent pas dans le Code de la consommation ou ne s'appliquent pas uniquement au « consommateur ». Pour autant, ils procèdent tous de la même logique que celle qui est traditionnellement à l'œuvre en droit de la consommation : protéger la partie faible (assuré, acquéreur non-professionnel, etc.) contre des engagements pouvant se révéler lourds de conséquences. De plus, les frontières entre droits spéciaux ne sont pas étanches, notamment entre le droit de la consommation et des assurances, comme l'atteste la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation du contrat (art. L. 133-2, C. conso. anc. ; V. Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°00-13.342, n° 00-19.001 : *Bull. civ. I*, n°19 ; D. 2003. 2600, note H. Claret – Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n°05-18.104 : *Bull. civ. I*, n° 19).

accomplissement d'un certain formalisme informatif par l'assureur¹, l'article L. 132-5-2, alinéa 4, proroge cette faculté en fixant le point de départ du délai à la date de remise effective de ces documents, « dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu ».

243. Refus de sanction de l'abus – Avant la loi du 30 décembre 2014, et une série de revirements jurisprudentiels qui feront l'objet de développements ultérieurs², la jurisprudence énonçait que « l'exercice de la faculté de renonciation prorogée, ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par [l'article L132-5-2] est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise »³. Cette sanction était considérée comme « automatique »⁴, même dans le cas où l'assuré était un professionnel averti⁵.

La rigueur de cette solution semblait plus motivée par la volonté de « contraindre » le professionnel, de le sanctionner – pour reprendre les mots de la Cour – que de protéger l'assuré⁶. En effet, quoique cette prorogation soit limitée à huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu⁷, cette jurisprudence apparaissait comme « une aubaine pour effacer la baisse de valeur des unités de compte à la suite d'une chute de

¹ L'article L. 132-5-2 al. 1 du Code des assurances impose à l'assureur de remettre à l'assuré, « contre récépissé, une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et sur les dispositions essentielles du contrat ». De plus, l'article L. 132-5-2 al. 1 prévoit que « la proposition d'assurance ou le projet de contrat vaut note d'information [...] lorsqu'un encadré, inséré en début de proposition d'assurance ou de projet de contrat, indique en caractères très apparents la nature du contrat ». Cet encadré comporte « le regroupement des frais dans une même rubrique, les garanties offertes et la disponibilité des sommes en cas de rachat, la participation aux bénéfices, ainsi que les modalités de désignation des bénéficiaires ». L'article renvoie ensuite à un arrêté ministériel qui « fixe le format de cet encadré ainsi que, de façon limitative, son contenu ».

² Cf. *infra* n°508 et s.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2006 (2 arrêts), n°05-10.366 et 05-12.338 : *Bull. Civ. II*, n°63 ; *D.* 2008. Pan. 127, obs. H. Groutel ; *RDC* 2007. 223, note J. Rochfeld ; *RDI* 2006. 173, note L. Grynbaum ; *JCP G*, 2006. I. 135, no 10, note L. Mayaux ; *RGDA* 2006. 481, note J. Kullmann. Confirmé par Cass. civ. 2^{ème}, 25 fév. 2010, n°09-11.352 : *Bull. civ. II*, n°43 ; *D.* 2010, p.708 ; *RDC* 2010. 814, note Y.-M. Laithier – Cass. civ. 2^{ème}, 5 déc. 2011, n° 10-24.430 : *RGDA* 2012. 766, note J. Kullmann. L'usage du terme de « bonne foi » ne doit nous tromper : il est bien ici question d'abus, d'usage détourné d'une prérogative contractuelle. Sur les liens entre les notions d'abus et de bonne foi, cf. *supra* n°118-120.

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2006 (2 arrêts), n°05-10.366 et 05-12.338 : *op. cit.*

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 4 fév. 2010, n° 08-21.367 : *RGDA* 2010, 411, obs. J. Bigot – Cass. com. 22 mars 2011, n° 09-14.883 : *RGDA* 2011, 813, note J. Kullmann.

⁶ « La solution retenue par la Cour de cassation est brutale, voire injuste, mais c'est précisément ce qui lui confère son intérêt en ce qu'elle incite, par un moyen simple et efficace, l'assureur à respecter la légalité. Il n'appartient qu'à lui, professionnel averti s'il en est, de ne pas donner au souscripteur la corde qui servira à l'étrangler » (Y-M LAITHIER, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 déc. 2011, *op. cit.*, spéc. p. 818).

⁷ Art. L. 132-5-2, al. 4, C. assur. Cette limitation, issue de la loi n°2005-1564 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance, ne s'applique qu'aux contrats conclus après le 1^{er} mars 2006. Les contrats antérieurs sont soumis au régime précédent en vertu duquel la faculté de renonciation était prorogée indéfiniment.

la bourse »¹, pour ne pas subir les variations boursières et pouvoir légitimement anéantir rétroactivement le contrat.

244. Indifférence à la malveillance du consommateur – Cette ferme exclusion de la bonne ou mauvaise foi de l'assuré permettait au mécanisme de protéger indifféremment le consommateur, novice ou averti, innocent ou malveillant. En adoptant une conception absolue de la notion de discrétionnaire, la jurisprudence avait fait de cette faculté de rétractation un mécanisme purement objectif, symbole d'un effacement de la sanction des nuisances volontaires dans la législation consumériste.

Une telle solution se retrouve, en outre, dans le cas de l'exercice du droit de rétractation prévu en matière d'achat de biens immobiliers.

2. Une absence de sanction en matière d'achat de biens immobiliers

245. Présentation – De manière plus anecdotique, le droit de rétractation institué à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, disposant que « l'acquéreur non professionnel [d'un bien immobilier ou de parts dans un bien] peut se rétracter dans un délai de dix jours » suivant la vente, semble être, lui aussi, considéré comme discrétionnaire au sens absolu par la jurisprudence. Bien que ce droit ne soit pas limité à un rapport consommateur-professionnel, et que l'on ne dispose que d'une seule décision relative à la question de l'abus, il semble important d'en traiter, dès lors que la solution relève de la même logique que les jurisprudences autrefois rendues en matière d'assurance sur la vie.

246. Refus de sanction de l'abus – Par jugement du 10 juin 2010, le Tribunal de Grande Instance de Paris a énoncé, à propos de ce droit de rétractation, qu'il représentait « une faculté discrétionnaire pour l'acquéreur non professionnel dont la bonne foi n'est pas

¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2017, p.777, n°1025.

requis »¹. La solution est donc identique à celle initialement retenue en matière d'assurance-vie².

La disposition concernée est, cependant, bien différente dans son fonctionnement : il ne s'agit pas de la prorogation d'un droit de rétractation faisant suite à la violation d'un certain formalisme informatif. Il s'agit simplement d'un droit de rétractation octroyé indépendamment de tout manquement du cocontractant. La volonté de contrainte, de sanction de ce dernier, est donc inexistante et rien ne justifie expressément une telle solution. La solution surprend, d'autant plus, tant l'abus aurait pu être qualifié en l'espèce³ : le droit de rétractation avait été exercé afin de changer de mandataire et voir le montant de la commission diminuer, et non pas pour revenir sur le consentement donné au contrat de vente.

Malgré cela, force est de constater qu'ici encore, les juges retiennent une conception absolue du caractère discrétionnaire, affranchissant ainsi l'exercice du droit de rétractation de toute considération subjective.

247. Validité générale des solutions – Malgré l'absence d'autres illustrations de ce refus de sanctionner l'abus du consommateur dans l'exercice d'un droit de rétractation, il semblait logique de considérer que ces solutions eussent pu s'appliquer aux autres droits prévus par la loi. En effet, celles-ci correspondraient pleinement à l'esprit consumériste originel, affranchi de toute considération subjective.

Cette indifférence à la malveillance du consommateur se double d'une indifférence à l'intention du professionnel.

¹ TGI Paris, 10 juin 2010, n° 08/11632 : *AJDI* 2011. 157, obs. M. Thioye.

² Cf. *supra* n°242 et s.

³ En l'espèce, les propriétaires d'un bien consentent deux mandats de vente à deux mandataires. Le premier d'entre eux trouve un acquéreur et la vente est conclue. Trouvant que la commission du mandataire était bien élevée, les acquéreurs exercent leur droit de rétractation et concluent un nouveau contrat de vente en présence du second mandataire, avec les propriétaires. Le mandataire lésé saisit le TGI de Paris en alléguant l'existence d'une collusion frauduleuse des parties à son égard et d'un exercice abusif du droit de rétractation par les acquéreurs, prétentions qui seront rejetées.

B. L'indifférence à l'intention du professionnel

248. Droit pénal – Si elle relève d'une logique et d'une axiologie similaire, l'indifférence à l'intention du professionnel est bien distincte de celle qui touche au consommateur.

D'une part, le phénomène d'indifférence à l'intention du professionnel se distingue par ses effets. Là où elle était le signe d'une indulgence à l'égard du consommateur, cette indifférence marque, pour le professionnel, un durcissement de la répression.

D'autre part, elle se distingue par les concepts mobilisés et leur domaine. En effet, l'analyse suppose ici de mobiliser, non plus des notions civilistes telles que la bonne foi ou l'abus, mais des notions provenant du droit pénal. L'inclusion de ces dispositions au sein de notre analyse pourra surprendre dès lors que l'on s'intéresse au déclin des valeurs civilistes.

La solution s'impose pourtant, en raison de l'étroite imbrication du droit de la consommation et du droit pénal. Que l'on estime que le droit pénal n'est que l'auxiliaire du droit de la consommation ou qu'il conserve son autonomie envers ce dernier¹, il est certain que ces deux pans du droit sont animés d'un même esprit en matière consumériste. L'étude du droit de la consommation rend inévitable l'incursion dans le domaine pénal.

En outre, la démonstration qui nous retient – l'indifférence à l'intention du professionnel – fait directement écho au phénomène observé précédemment concernant l'apparition de régimes de responsabilité objective². Sans que ces phénomènes soient identiques, que l'on s'attarde sur la disparition de l'élément moral de la faute civile ou sur l'objectivation de l'élément moral de l'infraction, un constat similaire s'impose : celui du recul de l'évaluation psychique de l'individu dans la mise en œuvre de certains dispositifs.

Par conséquent, il semble donc tout à fait utile, voire nécessaire, de mobiliser les concepts pénalistes et, parmi eux, la théorie de l'élément moral de l'infraction. On la présentera rapidement, à titre liminaire.

249. Élément moral de l'infraction – Toute infraction pénale se caractérise par la réunion de trois éléments : légal, matériel et moral (ou intentionnel). Le premier réside dans l'existence d'une disposition législative incriminant certains faits. Le deuxième, matériel, repose sur la

¹ Sur ce point, V. not. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p.480 et s., n°313 et s.

² Cf. *supra* n°133.

commission avérée de ce fait. À ceux-ci, s'ajoute l'élément moral, dont trois formes peuvent être distinguées : l'intention, la faute délibérée et la faute simple.

250. Intention – Par principe, l'article 121-3 du Code pénal, en son alinéa 1^{er}, dispose qu'« il n'y a point de crimes ou de délits sans intention de les commettre ». L'intention est donc commune, de manière supplétive, à tous les crimes et délits. Cette intention peut, selon les infractions, prendre deux formes : le dol général et le dol spécial.

Le premier désigne « le fait d'accomplir les agissements matériels incriminés par la loi, en connaissance de cette incrimination »¹, c'est-à-dire en étant animé d'une « volonté tendue vers le résultat légal de l'infraction »². Ce résultat est consciemment recherché par l'auteur.

À ce dol général peut se superposer un dol spécial, qui est une « intention particulière dans laquelle les agissements ont été commis et qui s'ajoute au dol général »³. Il ne s'agit plus alors d'une intention générale et indifférenciée d'atteindre le résultat de l'infraction, mais de l'intention de l'atteindre dans une certaine optique. Ce dol spécial est parfois contenu dans le dol général : par exemple, en matière de vol, « l'individu qui a conscience de soustraire à autrui une chose sur laquelle il n'a aucun droit » – soit un dol général – « veut nécessairement s'approprier cette chose à l'insu d'autrui » – soit un dol spécial⁴. La distinction a cependant son intérêt dans certaines infractions : par exemple, le sabotage doit être accompli en vue de nuire aux intérêts fondamentaux de la nation, ce qui constitue un dol spécial, s'ajoutant au dol général qu'est l'intention de saboter⁵.

251. Fautes – L'exigence de principe d'une intention subit de nombreuses dérogations. Ainsi, sur indication expresse ou implicite du législateur, l'élément moral peut résider dans une faute pénale. Une fois encore, il nous faut distinguer, au sein de cette catégorie, entre les fautes simples et les fautes délibérées.

Faute simple – Est qualifiée de faute simple une « faute d'imprudence, de négligence ou [un] manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.363. V° *dol*, sens II. 2.

² X. PIN, *Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.209, n°205.

³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.363. V° *dol*, sens II. 2.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., LexisNexis, 2021, p.769, n°950.

⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.767, n°949.

compte tenu [...] de la nature de ses missions ou de ses fonctions ou de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait »¹. Cette définition ne recouvre que la première forme de faute simple : la faute *ordinaire*.

À celle-ci s'ajoute la faute *caractérisée*, qui « n'est pas d'une nature différente de la faute ordinaire » et qui « présente tout au plus un degré de gravité supplémentaire »². Mentionnée à l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal, elle se distingue par sa particulière gravité « à raison soit des circonstances de l'acte, soit des fonctions exercées par l'agent »³.

Dans ces deux hypothèses, l'appréciation par les juges se fera *in abstracto* en comparant « la façon dont l'agent s'est comporté et la façon dont il aurait dû agir »⁴, en ayant recours à un standard de bonne conduite, d'un comportement souhaitable et raisonnablement exigible. La faute simple ne repose donc pas sur l'analyse du for intérieur, de la volonté de l'agent, mais simplement sur sa conduite objectivement constatée. Ici réside la différence fondamentale entre la faute simple et la faute délibérée.

Faute délibérée – Cette seconde catégorie de faute, mentionnée à l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal, se distingue pleinement de la faute simple en ce qu'elle suppose la mise en danger « délibérée » d'autrui. De surcroît, lorsqu'elle a concouru de manière indirecte à un dommage, cette faute peut s'incarner dans la violation « de façon manifestement délibérée [d']une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement »⁵.

Dans les deux cas, l'auteur du délit a voulu, a adhéré consciemment à la mise en danger ou au manquement. Il a agi « en pleine connaissance de cause »⁶. L'appréciation par les juges de la faute ne pourra donc se faire qu'*in concreto* dès lors qu'il ne s'agit plus de déterminer ce qui aurait dû être fait mais d'analyser le psychisme de l'individu, ce qui s'accommode mal d'une appréciation *in abstracto*⁷.

252. En somme, l'exigence d'un dol général, spécial ou d'une faute délibérée comme élément constitutif d'une infraction implique une analyse du for intérieur de l'agent. À l'inverse,

¹ Art. 121-3 al. 3, C. pén.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.733, n°906.

³ *Ibidem*.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.737, n°910.

⁵ Art. 121-3 al. 4, C. pén.

⁶ Cass. crim., 3 déc. 2002 : *Bull. Crim.* 2002, n°219.

⁷ À ce sujet, V. not. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.747, n°923.

l'exigence d'une faute simple – ordinaire ou caractérisée – s'affranchit de telles considérations.

253. Plan – Le droit de la consommation a été le théâtre d'une mutation de l'élément moral de l'infraction. En effet, un phénomène protéiforme d'objectivation de cet élément irrigue ses infractions (1.) et démontre la déconnexion de ce pan du droit avec l'axiologie civiliste classique reposant sur l'évaluation concrète et subjective du psychisme de l'individu (2.).

1. L'objectivation de l'élément moral de l'infraction

254. Définition – On entend par objectivation l'« action d'objectiver », c'est-à-dire de « faire passer de l'état de donnée intérieure à celui d'une réalité extérieure correspondante, susceptible d'étude objective »¹. En matière d'élément moral, ce phénomène d'objectivation imprègne une grande partie des infractions du droit pénal de la consommation et prend trois formes.

255. Confusion entre éléments matériel et moral – Premièrement, elle se manifeste par une confusion entre l'élément matériel et moral : ce dernier est occulté par l'élément matériel qui laisse incontestablement transparaître l'intention de l'agent. L'élément moral n'est donc plus appréhendé isolément. D'une donnée intérieure, il se matérialise ici exclusivement au

¹ www.cnrtl.fr. V° « objectivation », sens A. (date de consultation : 01/10/2022).

travers de l'élément matériel. Cela ressort notamment des infractions d'abus de faiblesse¹, de refus de vente ou de prestation de service² ou encore de subordination de ventes³.

Ce premier sens ne nous retiendra pas outre mesure car il ne manifeste pas une indifférence à l'intention du professionnel, qui reste un élément constitutif de l'infraction, consubstantiel de l'élément matériel. Il s'agit simplement d'une absence d'autonomie dans la preuve de cet élément.

256. La persistance de délits matériels – Deuxièmement, ce phénomène d'objectivation s'observe par la « persistance de certains délits matériels »⁴. Comme cela a été démontré par le passé, la promulgation de l'article 121-3 du Code pénal disposant du caractère intentionnel, par défaut, de tout délit « combiné avec l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992⁵, ramène les anciens délits matériels de la jurisprudence dans le giron des délits d'imprudence »⁶.

¹ Ce délit consiste à « abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, [...] des engagements [...] lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte » (art. L. 121-8, C. conso.). Ici, « tout, dans l'élément matériel de l'infraction, révèle que le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance est un délit intentionnel » (A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., LexisNexis, 2020, p.666, n°1169). L'emploi de la ruse, d'artifices ou de la contrainte traduisent tous une intention de forcer le consentement d'un cocontractant en situation de particulière vulnérabilité. Aussi, cet état de faiblesse doit être « apparent » : l'auteur devait avoir « connaissance de la déficience psychique et [...] du préjudice occasionné ». On pourrait conclure de cette condition qu'elle manifeste l'existence à part entière d'un élément moral, bel et bien distinct de l'élément matériel. Il n'en est cependant rien dès lors que le caractère « apparent » de l'état de faiblesse est la cause même des agissements répréhensibles de l'auteur de l'infraction. En effet, il serait inconcevable d'abuser d'une faiblesse sans même en avoir conscience. L'élément intentionnel est donc ici intrinsèquement lié à l'élément matériel de l'infraction. Pour un constat similaire, V. not. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2001, n°288, p.180-181.

² L'alinéa 1 de l'article L. 121-11 du Code de la consommation prohibe tout refus de vente ou de prestation de service à un consommateur. Le simple constat matériel du refus suffit à constituer l'infraction. Ici encore, l'élément matériel absorbe l'élément intentionnel dès lors que le refus matériel implique nécessairement le refus psychologique, l'intention de refuser. (Cf. *supra* n°198-199).

³ L'alinéa 2 de l'article L. 121-11 prohibe le fait de subordonner l'achat d'un bien ou d'une prestation d'un service à l'achat concomitant d'un autre bien ou service. Une fois de plus, il s'agit d'une infraction intentionnelle « comme le révèle le terme « subordonner », naturellement peu compatible avec une imprudence » (A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2015, p. 703, n°1350). Cette subordination n'est pas innocente et est nécessairement animée par une intention lucrative au détriment du consommateur, qui se manifeste au travers de l'élément matériel. Pour une analyse de l'infraction et de ses évolutions du fait de la diffusion de la condition de déloyauté des pratiques commerciales, cf. *infra* n°461 et s., n°470 et s., n°477 et s.

⁴ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p.170 et s., n°96.

⁵ Cet article prévoit que « tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ».

⁶ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, n°307, p.250.

Cependant, le droit de la consommation compte, dans ses rangs, de nombreux délits d'omission dont la violation repose sur le manquement à une formalité¹. Le professionnel est donc responsable pénalement dès qu'il a omis certaines mentions obligatoires, le respect d'une certaine forme contractuelle, etc. Comme cela a été démontré par les travaux de Mme AUBERT DE VINCELLES, dans ces délits, « le juge ne peut caractériser l'élément moral indépendamment de l'élément matériel en raison de la nature même des délits d'omission détachés de tout résultat autre qu'elle-même : l'omission suffit alors à témoigner de la moralité coupable, sans que le juge ait besoin de prouver l'existence d'un élément moral en plus de l'élément matériel »².

L'objectivation prend ainsi son deuxième sens : l'élément moral disparaît derrière l'élément matériel, sans pour autant que ce dernier n'induisse inmanquablement l'intention de l'auteur de l'infraction.

257. De l'intention à la faute simple – Enfin, l'objectivation se manifeste par la mutation de l'élément moral, d'une intention vers une faute simple d'imprudence ou de négligence. Normalement fondé sur la conscience du professionnel d'avoir violé une prescription légale, cet élément s'est progressivement affaibli au profit du simple constat de la violation de l'obligation en cause, c'est-à-dire d'une « réalité extérieure correspondante, susceptible d'étude objective »³.

258. Plan – Ce phénomène touche tant les délits de tromperie et de falsifications (**a.**), de publicité trompeuse (**b.**) ou de stipulation d'un taux usuraire (**c.**).

¹ Mme LEROUX-CAMPELLO prend pour exemple les articles L. 313-24, L. 313-25 et L. 313-38 du Code de la consommation qui sanctionnent les formalités en matière de crédit immobilier (M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, op. cit., p.172, n°96). Toutefois, ces considérations peuvent valoir pour tout délit d'omission et vraisemblablement pour ceux que l'on a pu croiser jusqu'à présent, notamment en matière d'obligations d'information (cf. *supra* n°170 et s.).

² C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, op. cit., n°307, p.251. V. aussi M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation* op. cit., p.170 et s., n°96.

³ www.cnrtl.fr. V° « objectivation », sens A. (date de consultation : 01/10/2022).

a. La faute simple des délits de tromperie et de falsification

259. Le délit de tromperie, un délit intentionnel – La définition du délit de tromperie¹ laisse naturellement présager de la nature intentionnelle de l'infraction, ce qui a été confirmé maintes fois par la jurisprudence². L'élément moral de l'infraction était subordonné à la preuve de l'existence d'un dol général consistant dans l'intention de fausser la représentation de la réalité pour le cocontractant. Une tromperie ne pouvait avoir été commise que sciemment, la simple négligence étant insuffisante à caractériser l'élément intentionnel³. Cela impliquait donc une appréciation subjective et concrète de l'intention de l'auteur.

Ce régime était conforme à l'un des objectifs initiaux de la loi de 1905 : protéger les professionnels « honnêtes »⁴. Dès lors, en fondant la sanction sur l'intention, le dispositif exonérait les professionnels « de bonne foi », n'ayant pas voulu duper le consommateur.

260. Le glissement vers l'exigence d'une faute simple – Toutefois, malgré le maintien formel de l'exigence d'un élément intentionnel, la jurisprudence en a profondément modifié le contenu. En effet, il se dégage des décisions contemporaines un glissement d'une intention vers une faute simple d'imprudence, de négligence. De multiples arrêts déduisent l'élément moral de l'absence ou de l'insuffisance de contrôles effectués par le vendeur, l'importateur ou le fabricant, sur un produit défectueux ou simplement non conforme aux normes réglementaires⁵. Ce constat est bien souvent déduit de la qualité de professionnel de l'auteur de la tromperie⁶.

¹ Pour un exposé de l'infraction, cf. *supra* n°181.

² Cass. crim., 22 mai 1925 : *S.* 1926, I, 142 – Cass. crim., 24 février 1944 : *Gaz. Pal.* 1944, I, 226 – Cass. crim. 1^{er} déc. 1964 : *Gaz. Pal.* 1965, p.139, note J.-C. Fourgoux.

³ Cass. crim., 22 mai 1925, *op. cit.* : le délit de tromperie suppose la preuve que le « prévenu a agi sciemment et de mauvaise foi » ; Cass. crim., 24 février 1944, *op. cit.* : « le simple défaut de surveillance ou de vérification ne caractérise pas, à lui seul, le délit [de tromperie] et ne saurait suppléer à la constatation même de la mauvaise foi du prévenu ».

⁴ A. LECOURT, « La loi du 1er août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ? », *D.* 2006, Chron. 722.

⁵ Cass. crim. 12 nov. 1963 : *JCP G* 1964, II, 13868, note J. Vivez – Cass. crim. 12 avr. 1976, *D.* 1977, J., p. 239, note J.-C. Fourgoux – Cass. crim. 13 janv. 1981, *RTD com.* 1981. 367, obs. P. Bouzat – Cass. crim. 5 nov. 1985, *D.* 1986, som., com. p. 402, obs. G. Roujou de Boubée – Cass. crim. 11 oct. 1989, *Bull. crim.* n°355; *D.* 1994, som. com. p. 159, obs. G. Roujou de Boubée – Cass. crim. 17 mars 1993, *Bull. crim.* n° 123 – Cass. crim. 4 nov. 1993 : *RJDA* 1/1994, n°103 – Cass. crim, 10 avril 1997 : *Bull. crim.*, n°138 ; *CCC* 1997, comm 161, note G. Raymond ; *JCP E* 1997, II, 1008, note J-H Robert – Cass. crim., 4 mars 2003 : *Dr. pén.* 2003, comm. 75, obs. J.-H Robert – Cass. crim. 21 janv. 2003 : *Bull. crim.*, n°15 – Cass. crim., 6 avril 2004 : *Bull. crim.* 2004, n°86 ; *CCC* 2004, comm. 118, note G. Raymond – Cass. crim., 20 sept. 2011, n°11-81.326 : *Dr. pén.* 2011, 156, comm. J-H Robert ; *D.* 2012, p.840, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud.

⁶ Cass. crim., 20 déc. 1995 : *CCC* 1996, comm. 73, note G. Raymond - CA Caen, 12 janv. 1996 : *CCC* 1997, comm. 56.

Ce n'est donc plus l'intention mais la faute simple qui constitue l'élément moral du délit de tromperie – qu'elle soit d'imprudence, de négligence ou qu'elle réside dans un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. En somme, est sanctionné le professionnel qui, en vertu de ses fonctions, aurait dû prévenir les faits à l'origine de la tromperie.

Cependant, le constat doit être mesuré : la constitution de l'infraction n'est pas automatique. Tant les juges du fond¹ que la Cour de cassation² refusent de présumer l'existence de cet élément : la preuve de l'élément matériel du délit n'emporte pas preuve de l'élément moral, preuve qui doit toujours être rapportée. La preuve de l'accomplissement de contrôles suffisants ou même la production d'un certificat de conformité issu d'un laboratoire agréé et reconnu excluent ainsi l'existence de l'élément intentionnel³.

Mais cela n'infirme en rien l'objectivation de l'élément moral du délit de tromperie, qui repose aujourd'hui sur une évaluation des fonctions de l'auteur et des mesures de prévention qu'il a prises, et non sur une évaluation de sa conscience et de son intention.

261. L'objectivation de l'élément moral du délit de falsification – En outre, la loi du 1^{er} août 1905 a créé le délit de falsification, codifié aux articles L. 413-1 et suivants. Ceux-ci incriminent une pluralité de comportements « constitué[s] par le recours à un traitement illicite et non conforme à la réglementation en vigueur de nature à altérer la substance »⁴ ou la mesure d'un produit d'alimentation humaine ou animale.

Comme en matière de tromperies, le délit de falsification est, par nature, intentionnel. Malgré la rareté de la jurisprudence en la matière, il ressort de la lettre de la loi que la falsification peut, notamment, consister dans le fait « d'exposer, de mettre en vente ou de vendre des produits [...] *sachant* qu'ils sont falsifiés, corrompus ou toxiques »⁵.

Les juges ont toutefois progressivement assoupli cette intentionnalité. Par exemple, l'importation et la commercialisation de produits falsifiés et toxiques suffisent à constituer le délit dès lors que l'importateur ne s'est pas assuré de la conformité du produit aux normes

¹ CA Grenoble, ch. Corr., 30 avril 2007, JurisData n°2007-337059 : La découverte d'un mulot mort dans un paquet de pâtes n'emporte pas preuve de l'existence de l'élément moral dès lors que le professionnel-auteur avait effectué tous les contrôles nécessaires.

² Cass. Crim. 4 nov. 1993 : *RJDA* 1/1994, n°103.

³ CA Paris, 24 juin 1997 : *CCC* 1998, n°36, obs. G. Raymond – CA Paris, 2 nov. 1998 : *CCC* 1999, n°104, obs. G. Raymond – CA Douai, 23 fév. 1999 : *CCC* 1999, n°122, obs. G. Raymond.

⁴ Cass. crim., 23 janv. 2001 : *Bull. crim.* 2001, n°19 ; *Dr. pén.* 2001, comm 89, obs. J-H Robert.

⁵ Art. L. 413-1 al. 1, 2°, C. conso..

en vigueur¹. Les juges font ici preuve d'une certaine souplesse dans l'appréciation de l'élément moral, en déduisant la mauvaise foi de l'importateur de son absence de vérification². Cette contorsion, peu convaincante, ne vise qu'à préserver de manière artificielle le caractère intentionnel du délit de falsification qui, en réalité, n'est plus constitué par une intention dolosive mais par une faute simple de négligence.

Le même constat de recul de l'intention dans l'élément moral s'imposait en matière de publicité trompeuse.

b. La faute simple du délit de publicité trompeuse

- 262.** Comme cela a été exposé auparavant³, l'incrimination originelle de publicité mensongère, issue de la loi du 2 juillet 1963, considérait que devait être sanctionnée la publicité « faite de mauvaise foi »⁴. L'intention était donc un élément constitutif de l'infraction : le dispositif visait avant tout à sanctionner les professionnels malveillants.
- 263.** Toutefois, la loi Royer du 27 décembre 1973⁵ a remplacé l'infraction de publicité mensongère par celle de publicité trompeuse, ce qui a marqué l'abandon de la condition de mauvaise foi, ultérieurement confirmé par la jurisprudence⁶. Peu importait l'intention de tromper du professionnel : l'absence de vérification de « la sincérité et de la véracité du message publicitaire avant sa diffusion » suffisait à caractériser l'élément moral qui consistait en une « négligence du prévenu »⁷.

¹ CA Metz, 22 avril 1994 : *JurisData* n°1994-045617 ; CCC 1995, comm. 78, obs. G. Raymond - CA Paris, 8 juin 1995 : *JurisData* n°1995-022997 ; CCC 1996, comm. 52, note G. Raymond.

² CA Paris, 8 juin 1995 : *op. cit.*

³ Cf. *supra* n°182.

⁴ Art. 5, L. n°63-628 du 2 juil. 1963 rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière.

⁵ Art. 44 L. n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat. Depuis les lois du 3 janvier et du 4 août 2008 transposant la directive européenne du 11 mai 2005, le délit de publicité trompeuse a été abrogé et remplacé par celui de pratiques commerciales trompeuses. L'étude de cette nouvelle infraction, et plus largement de cette directive, nous retiendra ultérieurement dès lors qu'elle sort de l'étude de l'axiologie nouvelle du droit de la consommation (cf. *infra* n°457 et s.).

⁶ Cass. crim., 4 déc. 1978 : *Bull. crim.* 1978, n°342 ; *D.* 1979, inf. Rap. P.180, obs. G. Roujou de Boubée – Cass. crim., 8 mai 1979 : *Bull. crim.* 1979, n°167 ; *RTD com.* 1980. 401, obs. P. Bouzat – Cass. crim., 5 avril 1995 : *JCP G* 1995, IV, 1695 – Cass. crim., 12 nov. 1997, n°96-84.396 : *JurisData* n°1997-005080 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 24, obs. J.-H. Robert.

⁷ Cass. crim., 14 déc. 1994 : *JCP E* 1995, Panor., n°334.

Le phénomène d'objectivation de l'élément moral a, enfin, atteint le délit d'usure.

c. La faute simple du délit d'usure

264. Par principe, le délit d'usure¹ est intentionnel dès lors que l'intérêt est « consenti » par le prêteur². Devrait ainsi être exigée la preuve d'une intention consciente du professionnel de stipuler un taux d'intérêt usuraire.

La jurisprudence n'est cependant pas si exigeante et se contente de faire « découler le dol général des faits matériels »³. Ainsi, la Cour de cassation, tout en estimant que les « prévenus ont concouru *sciemment* à l'infraction », considère que le fait que les prévenus soient des « professionnels avertis et expérimentés » fait présumer qu'ils « connaissaient nécessairement le seuil du taux de l'usure en vigueur »⁴. Tout en maintenant une apparence intentionnelle, la Cour présume cette intention et, en définitive, se contente d'une faute simple d'imprudence ou de négligence pour qualifier l'élément moral de l'infraction. Pour exemple, le fait que le prévenu soit « membre du comité des prêts » de l'établissement de crédit laisse supposer que celui-ci avait « nécessairement conscience du dépassement du taux de l'usure »⁵ ; plus explicitement, l'un des professionnels sanctionnés dans le pénultième arrêt cité était un notaire, qualité qui ne le rend pas « nécessairement » au fait des seuils d'intérêts autorisés⁶.

L'élément moral est directement déduit de la qualité de professionnel du prêteur. Ainsi objectivé, le délit d'usure devient un délit « objectif voire mathématique »⁷, quasi matériel⁸.

Cette objectivation généralisée de l'élément moral des infractions consuméristes atteste de l'effacement de l'axiologie civiliste.

¹ Pour un exposé de l'infraction, cf. *supra* n°217.

² V. not. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Précis Droit privé, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, p.202, n°156.

³ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p.202, n°156.

⁴ Cass. crim., 15 juin 1999, n°98-82.613 : *JurisData* n°1999-003270.

⁵ CA Aix-en-Provence, 23 mars 2011, n°2011/101, *JurisData* n° 2011-020929.

⁶ Cass. crim., 15 juin 1999, n°98-82.613 : *op. cit.*

⁷ M. CABRILLAC, J.-L. RIVES-LANGE, « Les problèmes juridiques et réglementaires posés par les intérêts dans les crédits bancaires », in. *La responsabilité professionnelle du banquier*, Economica, 1978, p.9.

⁸ M. VÉRON, *Droit pénal des affaires*, 10^{ème} éd., 2013, Dalloz, n° 584.

2. *L'effacement de l'axiologie civiliste*

265. Cette objectivation de l'élément moral en droit de la consommation, déjà diagnostiquée par le passé¹, prend tout son sens dans une perspective axiologique. En rendant l'intention du professionnel indifférente dans le prononcé et la détermination de la sanction, le droit de la consommation objectivise cette dernière. La qualité de professionnel appréciée objectivement, prévaut ainsi sur l'évaluation de son for interne.

Le phénomène atteste un effacement de la sanction des nuisances volontaires. Comme cela a été démontré précédemment, cette valeur se caractérise à la fois par un contenu objectif s'imposant à l'individu, et par une application subjective s'appuyant sur l'intention, la conscience, la volonté du sujet². La première caractéristique de la sanction des nuisances volontaires – l'objectivité du contenu – se retrouve dans les dispositifs consuméristes examinés, au détriment de la seconde composante, laquelle fait défaut dans le droit de la consommation. La mise en œuvre du droit pénal de la consommation ne mobilise plus de considérations subjectives : l'infraction n'appréhende le comportement du professionnel que sous un angle matériel.

Cette composante subjective faisant défaut, il nous semble nécessaire de conclure au déclin du caractère volontaire de la sanction des nuisances.

266. Conclusion de la Section 2. –La valeur civiliste de respect d'autrui s'efface au sein de la législation consumériste.

Sa première composante, le respect de la parole donnée, est remise en cause par le développement des droits de rétractation qui permettent au consommateur de revenir discrétionnairement sur un engagement pourtant valable.

Sa seconde composante, la sanction des nuisances volontaires, est battue en brèche par l'adoption d'une conception objective du consommateur et du professionnel. Défini comme un individu agissant pour des besoins personnels, sans considération pour sa faiblesse effective, le consommateur se voit octroyer des prérogatives l'affranchissant, dans une

¹ V. not. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.172 et s., n°276 et s. ; C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, p.247 et s., n° 303 et s. ; M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p. 158 et s., n°88 et s.

² Cf. *supra* n°89 et s.

certaine mesure, de l'obligation d'agir de bonne foi, dans son rapport avec le professionnel. À l'inverse, ce dernier, défini comme l'individu agissant dans le cadre de son activité professionnelle, est sanctionné objectivement en vertu de cette qualité, et non en vertu d'une intention avérée. Quoique contradictoires dans leurs effets, ces deux phénomènes ont en commun l'effacement des considérations subjectives au sein du droit de la consommation.

En somme, comme cela a été justement résumé, « pris en tant que consommateurs, les procéduriers les plus invétérés sont tout aussi protégés que les profanes les plus ignorants de la chose juridique. En procédant à la création de deux catégories tranchées, le droit de la consommation interdit sous cet angle l'appréciation subjective des situations de fait. Le droit commun pose-t-il une appréhension concrète des circonstances de la formation et de l'exécution du contrat ? Le droit spécial de la consommation en est débarrassé ; évacuant ainsi l'appréciation souveraine des juges en édictant que le faible est toujours le même, et sa bonne foi systématiquement présumée »¹, voire, plus radicalement, non pertinente. Dans la logique consumériste, « on recherchera moins désormais la bonne ou mauvaise foi que la compétence ou l'incompétence, en opposant le profane au technicien »².

¹ C. MANARA, « L'abus par le consommateur de son droit », *LPA*, 1998, n°59, p.4 et s., spéc. p.4.

² T. IVAINER, « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », *JCP G* 1972, I, 2495, n°3.

Conclusion du Chapitre 2.

267. L'analyse aura démontré un effacement certain, au sein de la législation consumériste, des valeurs civilistes classiques que sont l'autonomie de la volonté et le respect d'autrui.

268. L'autonomie de la volonté ne peut plus avoir cours dans un pan du droit de plus en plus indifférent à la volonté individuelle des parties.

Indifférent d'abord à la volonté de l'individu-consommateur, qui ne constitue pas une variable pertinente dans l'application des normes consuméristes. L'étude des obligations d'information, des délits de tromperie, de publicité trompeuse, des facultés de rétractation et des délais de réflexion a démontré un hermétisme commun à toute considération relative au consentement de l'individu-consommateur.

Indifférent ensuite à la volonté du professionnel, qui est automatisée. Le professionnel se voit contraint de consentir à tout contrat conclu avec un consommateur – avec la prohibition du refus de vente ou du refus de prestation de services – et à certaines conditions – au travers de la législation de lutte contre les clauses abusives. Alors que cette indifférence *profitait* aux consommateurs, protégés plus largement et de manière absolue, elle prend ici la forme d'une *contrainte*.

L'effacement de l'autonomie de la volonté se manifeste, en outre, par une standardisation généralisée du contrat, tant dans sa forme que dans son contenu. La législation consumériste impose ainsi un modèle contractuel prédéfini – de manière positive ou négative selon les cas. La rencontre des volontés individuelles ne suffit ainsi plus à légitimer le contrat et son contenu, ce qui restreint grandement la liberté contractuelle des parties.

269. La valeur de respect d'autrui, seconde composante de l'axiologie civiliste classique, subit de même d'importantes atteintes dans ses deux formes.

D'abord, le respect de la parole donnée est relativisé par le développement de droits de rétractation, qui permettent de revenir sur un consentement valablement exprimé.

Ensuite, la prohibition des nuisances volontaires est occultée par une objectivation généralisée de l'appréhension du comportement des parties. Aveugle à ses compétences subjectives, le droit de la consommation définit objectivement le consommateur et refuse, par conséquent, de sanctionner tout usage malveillant des dispositifs consuméristes. Le

professionnel n'est pas épargné : défini de manière objective, il est sanctionné en vertu de sa qualité, et non plus en considération de son intention subjective.

CONCLUSION DU TITRE 1.

270. Notre périple axiologique franchit ici une première étape fondamentale puisque a été démontrée l'occultation de l'axiologie civiliste classique au sein de la législation consumériste.

271. Cette axiologie, induite du droit positif issu du Code civil pré-consumériste, a révélé l'existence de deux valeurs : l'autonomie de la volonté et le respect d'autrui.

La première postule qu'*est bon, ce qui est voulu, consenti par l'individu ; est mauvais, ce qui lui est imposé*. Héritière de la morale développée par les philosophes libéraux, l'autonomie de la volonté s'impose comme une valeur morale et économique intrinsèquement subjective en ce qu'elle confère, à la volonté individuelle, un pouvoir axiologique d'arbitrage entre bien et mal.

Elle est toutefois tempérée par la seconde qui, pour sa part, découle des morales chrétienne et kantienne : le respect d'autrui. Elle impose tant le respect de la parole donnée que la sanction, au sein et au-delà du contrat, de toute nuisance causée volontairement à autrui. Synthétiquement, elle peut se formuler de la sorte : *est mal, tout acte volontaire, ou du moins conscient, nuisant à autrui ; est bon, tout acte profitant à autrui ou du moins ne l'affectant pas*.

Malgré des racines antagonistes, ce dualisme axiologique fonctionne de manière cohérente puisque le respect d'autrui intervient comme une limite à la liberté qu'offre l'autonomie de la volonté.

272. Le droit de la consommation va, dès ses balbutiements, se détacher de cet héritage.

La législation consumériste va d'abord s'affranchir de la valeur d'autonomie de la volonté. Ses dispositifs s'avèrent en effet indifférents à la volonté subjective des individus : des consommateurs, d'abord, dont la protection est accordée indépendamment de toute altération effective du consentement ; des professionnels, ensuite, dont la volonté de contracter et de déterminer le contenu du contrat est automatisée. À cette indifférence s'ajoute une standardisation généralisée du contrat.

Cette relégation de la volonté individuelle des parties au second plan s'explique par l'institution de mécanismes objectifs et collectifs¹. Axiologiquement, la volonté ne fait plus office de démiurge contractuel capable de façonner le contrat dans sa globalité. Cet effacement de l'autonomie de la volonté marque l'adoption d'une conception nouvelle du contrat par le législateur consumériste. Alors que le Code civil envisage le contrat comme un *prolongement de la volonté de l'individu*, le droit de la consommation le perçoit comme un *prolongement du marché et des relations structurellement déséquilibrées qu'il produit*. La confiance placée en l'accord de volontés ne peut donc valablement perdurer ce qui explique cet effacement de l'autonomie de la volonté au sein de ce pan du droit.

273. Le respect d'autrui est, de même, occulté.

D'une part, le respect de la parole donnée subit d'importantes atteintes au travers du développement des droits de rétractation.

D'autre part, la législation consumériste laisse transparaître un effacement de la sanction des nuisances volontaires. Elle envisage en effet les parties objectivement, uniquement en considération de leur fonction économique, et sans égards pour certaines considérations subjectives autrefois déterminantes, telles que la conscience ou l'intention.

Le constat ne doit pas être caricaturé : la législation consumériste n'est pas un droit promouvant l'irrespect d'autrui, l'égoïsme débridé du consommateur ou menant à la domination du consommateur sur le professionnel. Il est cependant crucial de saisir l'étendue de l'opposition axiologique à l'œuvre. Alors que l'axiologie civiliste considère universellement l'individu, au travers de ses actions, de sa conscience, de son consentement, la législation consumériste régit le rapport de force entre deux catégories d'agents économiques appréhendées objectivement et collectivement : professionnel et consommateur.

Cet effacement de l'axiologie civiliste classique s'explique par l'émergence d'un ordre axiologique propre au droit de la consommation fondé sur une valeur unique : l'équilibre consumériste.

¹ Cf. *infra* n°350 et s.

TITRE 2. L'AVÈNEMENT DE LA VALEUR D'ÉQUILIBRE CONSUMÉRISTE

274. Équilibre – Quoiqu'ayant fermement rompu avec les valeurs civilistes classiques, le droit de la consommation a été, dès son origine, sous-tendu par un ordre axiologique s'incarnant dans la valeur d'équilibre. Abandonnant la focale individuelle de l'axiologie civiliste, l'équilibre vise à l'instauration d'un rapport harmonieux entre consommateurs et professionnels.

Préalablement à l'analyse du contenu de cette valeur, l'équivocité du terme d'équilibre doit être dissipée. Dans le langage commun, deux sens lui sont attachés : le premier postule que l'équilibre réside dans l'« attitude ou position stable [...] d'un corps ou d'un objet dont le poids est partagé également des deux côtés d'un point d'appui »¹, c'est-à-dire dans la stabilité entre des forces contradictoires ; le second implique un « juste rapport, [une] proportion harmonieuse entre des éléments opposés »².

Bien qu'en apparence bien distincts, ces deux sens partagent une certaine communauté d'esprit. D'une part, l'équilibre a toujours trait au rapport entre deux éléments, que ce rapport soit harmonieux ou simplement stable. Il n'atteint pas la substance de l'être mais simplement la position de celui-ci par rapport à un autre. D'autre part, les deux éléments mis en relation sont toujours opposés voire antagonistes.

275. Égalité – Ces deux points distinguent l'équilibre de l'égalité, qui repose quant à elle sur l'absence de différence qualitative ou quantitative entre deux éléments³. Alors que l'équilibre stabilise un rapport de force entre deux éléments antagonistes, l'égalité le supprime et abolit les différences entre ceux-ci en les rendant identiques. En somme, l'égalité instaure nécessairement un certain équilibre mais tout équilibre ne présuppose pas une

¹ www.cnrtl.fr. V° « Équilibre », sens A-1 et 2 (date de consultation : 01/10/2022).

² *Ibidem*.

³ Les deux termes partagent une racine latine commune : l'équilibre provient de l'alliance des termes *libra*, signifiant balance et *aequus*, signifiant égal. Pour une analyse plus développée de l'étymologie du terme d'équilibre et de son évolution historique : V. not. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge-Guelfucci, LGDJ, 2002, n°3, p.3.

égalité entre les éléments concernés : il peut y avoir équilibre entre des forces contraires, sans qu'elles soient pour autant égales¹.

276. Équilibre consumériste – L'analyse de l'axiologie consumériste révèle bien l'existence d'une valeur d'équilibre. Partant du constat d'une importante inégalité technique et économique structurelle entre consommateurs et professionnels, il apparaît que le droit de la consommation vise, par une multitude de dispositifs, à rééquilibrer le rapport de force en atténuant ces inégalités.

Il n'a pourtant pas pour fonction de les gommer. En effet, le droit de la consommation ne nie pas entièrement les différences entre professionnels et consommateurs ; il ne fait que les atténuer en les encadrant. Cela procède d'un constat réaliste : aucune législation ne peut aujourd'hui prétendre remettre en cause cette dichotomie fondamentale du système économique. Celui-ci, fondé sur la production de masse de biens de consommation par des sociétés commerciales à destination de particuliers, est entièrement organisé autour d'échanges entre des parties de forces structurellement inégales. Le droit de la consommation ne peut donc logiquement aspirer à une quelconque égalité au sens d'une abolition de toute différence entre consommateurs et professionnels.

L'équilibre semble donc le terme approprié à la désignation du contenu de l'axiologie consumériste originelle. Sans remettre en cause l'inégalité entre les agents économiques, le droit de la consommation pacifie, stabilise le rapport de force entre les parties à un niveau d'inégalité persistant, mais considéré comme acceptable, harmonieux ; il impose ainsi un *optimum*, un rapport de force idéal².

277. L'axiologie consumériste originelle – Il semble que cet équilibre doive être qualifié de « consumériste » dès lors que cette valeur constitue la matrice axiologique fondamentale de

¹ Cette distinction peut s'illustrer au travers d'un exemple extra-juridique. En effet, sous un certain angle, on peut considérer qu'en matière culinaire, un plat est réussi notamment lorsqu'est respectée une proportion harmonieuse entre différents ingrédients, sans que ceux-ci soient présents en quantités égales. Le respect de la recette garantit un équilibre, un rapport harmonieux entre des éléments de quantités et qualités différentes. Cela ne vaut toutefois pas pour tout type de recette puisque certaines, comme celle du « quatre-quarts », reposent sur une égalité entre les différents ingrédients. Ainsi s'éclaire l'assertion suivante : l'équilibre n'implique pas d'égalité mais l'égalité instaure une forme d'équilibre.

² L'équilibre envisagé ici ne se limite donc aucunement au simple rapport contractuel entre les parties et est entendu de manière globale et collective (cf. *infra* n°350 et s., n°382 et s.). En ce sens, notre propos envisage la notion d'une manière bien plus large que celle d'une grande majorité des écrits concernant la notion, très fréquemment limités au rapport contractuel. Pour une approche de ce type, V. not. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.* ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000 ; G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012.

ce pan du droit, avant que s'amorce sa mutation contemporaine en un équilibre « individualiste » qui fera l'objet de développements ultérieurs¹. Si l'on peut en situer l'apparition lors de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005, cette nouvelle valeur n'a pourtant pas entièrement remplacé l'équilibre consumériste qui persiste toujours aujourd'hui comme valeur sous-jacente au droit de la consommation et partage maintenant ce rôle avec l'équilibre individualiste. Alors qu'une seule valeur irriguait hier la législation consumériste, deux valeurs en composent maintenant l'arrière-plan axiologique.

Cela explique pourquoi les deux périodes temporelles – avant et après la directive du 11 mai 2005 – ne sont pas hermétiques : on croisera ainsi certains dispositifs et réformes qui, bien qu'apparus postérieurement, restent sous-tendus par cette axiologie consumériste originelle. Il en est notamment ainsi de l'action de groupe² ou de la généralisation du pouvoir du juge de relever d'office les dispositions consuméristes³. Cela ne remet pourtant pas en cause la chronologie du propos, compte tenu de la raréfaction des manifestations de l'équilibre consumériste, qui laissent progressivement place à celles de la nouvelle axiologie⁴. De surcroît, si l'on trouve encore des traces de l'équilibre consumériste à l'époque contemporaine, l'inverse ne vaut pas pour l'équilibre individualiste dont aucune manifestation n'a pu être trouvée avant la directive de 2005.

278. Plan – L'équilibre consumériste ressort de manière protéiforme de l'ensemble du droit de la consommation. L'appréhension de cette valeur suppose de répondre à trois questions fondamentales : sur quels aspects du rapport de force entre consommateurs et professionnel agit-elle ? ; comment fonctionne-t-elle ? ; et au service de quelles fins ?

Si la première touche à l'objet de la valeur, les deux suivantes ont trait à la forme qu'elle prend, à sa réalisation entendue comme le « fait de se manifester sous une forme concrète, de prendre une forme »⁵. Les questionnements relatifs à ce point diffèrent selon que l'on se place d'un point de vue interne ou externe à la valeur : envisagée de l'intérieur, la forme de la valeur implique d'en identifier – sous un angle statique – le fonctionnement, les

¹ Cf. *infra* n°608 et s.

² Cf. *infra* n°406 et s.

³ Cf. *infra* n°374 et s.

⁴ Sur la subjectivation du droit de la consommation, cf. *infra* n°453 et s. Sur la probable diffusion de l'équilibre individualiste à l'avenir, cf. *infra* n°700 et s.

⁵ www.cnrtl.fr. V° "Réalisation", sens C., 2. (Date de consultation : 01/10/2022).

caractères ; envisagée de l'extérieur – sous un angle dynamique – elle implique d'en déterminer les finalités.

Ainsi, après avoir répondu à la première de ces interrogations en déterminant le contenu de la valeur d'équilibre consumériste (**Chapitre 1.**), l'analyse portera sur la réalisation de celle-ci (**Chapitre 2.**) tant de manière statique que dynamique¹.

¹ La distinction entre contenu et réalisation de l'équilibre se justifie d'autant plus que là où le contenu est resté invariable au fil du temps, la réalisation de l'équilibre a, pour sa part, considérablement muté au sein du droit contemporain de la consommation (cf. *infra* n°610 et s.).

Chapitre 1. Le contenu de l'équilibre consommériste

279. Plan – À l'instar de la méthode employée précédemment, le contenu d'une valeur doit être induit de ses manifestations en droit positif. Aussi, l'analyse du droit de la consommation révèle un double rééquilibrage du rapport de force entre professionnels et consommateurs.

D'une part, les dispositifs consomméristes agissent sur les connaissances, le savoir et la compréhension par les consommateurs de leur engagement. De cette manière, la législation consommériste s'efforce d'instaurer un équilibre technique entre les parties (**Section 1.**).

D'autre part, et de manière plus éclatée, le droit de la consommation encadre les écarts de puissances juridique et financière au sein des contrats entre professionnels et consommateurs en s'autorisant ponctuellement à rééquilibrer leur contenu. L'équilibre consommériste prend sa seconde forme : l'équilibre économique (**Section 2.**).

Section 1. L'équilibre technique

280. Plan – L'équilibre technique vise à l'établissement d'un équilibre des savoirs entre le professionnel et le consommateur. En de nombreux aspects, le droit de la consommation laisse transparaître une volonté de garantir aux consommateurs un niveau de savoir et de compréhension équivalent à celui du professionnel pour ce qui concerne le contrat.

Le moyen le plus naturel d'atteindre un tel objectif est de transmettre directement le savoir jugé pertinent à la partie faible, autrement dit de l'informer (**Sous-section 1.**).

Le rééquilibrage technique peut aussi s'effectuer plus indirectement par le biais du produit : en le standardisant, dans sa dénomination et ses caractéristiques, le droit de la consommation garantit l'adéquation du produit aux connaissances et à la compréhension qu'en ont les consommateurs (**Sous-section 2.**).

Pourtant, l'information et la standardisation ne garantissent pas nécessairement la réelle compréhension des consommateurs de leur engagement. C'est pourquoi, à ces deux voies, s'ajoute celle de l'incitation à l'introspection du consommateur (**Sous-section 3.**).

Sous-section 1. L'équilibre technique par l'information

281. Plan – Le professionnel se voit imposer, en de multiples endroits de la législation consumériste, une obligation de transmission de certaines informations (§1.). Il est ici considéré comme vecteur d'une information destinée à rééquilibrer les connaissances des consommateurs avec les siennes.

En outre, que l'on soit ou non dans le cadre d'une de ces obligations, la véracité des informations fournies par le professionnel constitue un impératif récurrent du droit pénal de la consommation (§2.). Ce pan de la législation consumériste s'attelle ainsi à empêcher l'aggravation du déséquilibre technique par la diffusion de fausses informations.

§1. Les obligations d'information

282. Des obligations objectives – Il a précédemment été démontré que les obligations d'information consuméristes s'étaient détachées des considérations relatives au caractère libre et éclairé du consentement concret du consommateur. Cette objectivation de l'information, ressortant de leur indifférence à la volonté subjective de l'individu-consommateur, a constitué l'un des symptômes de l'effacement de la valeur civiliste d'autonomie de la volonté¹.

283. La recherche d'un équilibre technique – Cependant, une interrogation majeure reste en suspens : pourquoi imposer au professionnel la transmission d'une information dont on ignore le caractère déterminant pour le consommateur ? Quel impératif permet de légitimer ces obligations alors qu'a été reléguée au second plan la protection du consentement qui semble intuitivement en constituer l'essence ?

Pour y répondre, il est impératif de s'extraire de la logique civiliste centrée autour du consentement, de la volonté individuelle, dès lors que ces dispositifs n'en font aucune mention. La fonction directe des obligations d'information consuméristes est d'abord de présenter aux consommateurs la réalité du contrat, du produit, ou même du droit positif. Ces obligations permettent de s'assurer qu'ils disposent de connaissances et d'un savoir

¹ Cf. *supra* n°170 et s.

équilibrés, comparables à ceux du professionnel et que, dès lors, l'inégalité technique n'est certes pas gommée mais atténuée. En imposant la transmission de certains éléments d'information, la législation consumériste vise à résoudre les différences de maîtrise et de compréhension techniques entre consommateurs et professionnels.

En ce sens, la transmission de l'information est imposée pour atteindre un équilibre technique entre les consommateurs et le professionnel. Ce n'est que de manière indirecte et ponctuelle que l'accomplissement de ces obligations pourra avoir un effet bénéfique sur le consentement de l'individu consommateur¹.

Cela se vérifie dans la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage à domicile, loi dans laquelle le législateur pose les fondements de cet impératif d'équilibre, impératif repris depuis dans toutes les autres obligations d'information consuméristes, quelles que soient leurs formes (mentions obligatoires, mentions manuscrites, etc.²). Pour la première fois dans un rapport professionnel-consommateur, le législateur impose l'inscription de certaines mentions obligatoires dans l'*instrumentum* contractuel, telles que la « désignation précise de la nature et des caractéristiques de la marchandise [...] ou du service », « le prix global à payer ou les modalités de paiement », ou encore l'identité du fournisseur et du démarcheur. Ces obligations sont prescrites sans aucune référence au consentement du consommateur, à la subjectivité des parties ou au caractère déterminant des informations. Le but premier n'est pas d'éclairer directement le consentement du consommateur – même si cela aura probablement cet effet de manière indirecte – mais plutôt de s'assurer qu'il dispose des mêmes éléments d'information que le professionnel, que leurs savoirs sont équilibrés³.

Ces considérations valent pour toute obligation d'information, quelle que soit leur forme : obligation d'affichage, d'étiquetage, mentions obligatoires, remise d'une fiche précontractuelle, reproduction manuscrite de certaines mentions, etc. Aussi variés soient-ils, ces dispositifs ont toujours pour but d'assurer un équilibre de connaissance et de compréhension du produit, du service ou du contrat, entre consommateurs et professionnels.

¹ Cf. *supra* n°170 et s.

² Cf. *supra* n°204 et s.

³ Cela vaut d'ailleurs tant pour le consommateur que pour le professionnel qui se voit astreint à connaître et à être en possession de certains éléments d'information.

284. Équilibre et objectivité des obligations d'information – Cette grille de lecture explique ainsi l'objectivité de ces obligations tant dans leur objet, que dans leur régime ou dans leur sanction¹. En conservant une optique civiliste fondée sur l'autonomie de la volonté, ce phénomène est difficile à comprendre, et somme toute critiquable. Mais, appréhendé sous le prisme de l'équilibre, il s'explique parfaitement puisque seule compte la transmission de l'information, indépendamment de l'influence effective de celle-ci sur le consentement du consommateur. Dès lors, aucune considération subjective n'est nécessaire à la définition et à l'application de ces normes.

Cet impératif d'équilibre clarifie ainsi la question de la nullité pour manquement à ce type d'obligation. À ce sujet, nous avons retenu que cette nullité – qu'elle soit textuellement prévue ou prononcée par les juges – était simplement indexée sur la gravité du manquement, et non sur une altération effective du consentement du consommateur². Cette notion de gravité restait, toutefois, floue puisque dénuée de référentiel ou de critère précis. Au prisme de l'équilibre technique, de telles considérations prennent maintenant sens : la nullité n'est que la conséquence de la gravité du déséquilibre causé par le manquement du professionnel à son obligation. Qu'elle soit expressément prévue ou prononcée par le juge en l'absence de texte – à l'exception de l'hypothèse du recours à la théorie des vices du consentement qui fait sortir la solution d'une logique consumériste³ –, la nullité consécutive à la violation d'un formalisme informatif se fonde implicitement sur l'impossibilité du maintien du contrat au vu du déséquilibre existant entre les parties.

L'altération potentielle du consentement du consommateur ne constitue donc, au mieux, qu'un indice de rupture de l'équilibre technique ; elle n'en est jamais le critère, la condition. Même s'il est évident que, dans de nombreux cas, rupture de l'équilibre rimera avec altération du consentement, les deux hypothèses doivent être strictement distinguées car, à aucun moment, l'évaluation concrète du consentement du consommateur n'entre en considération dans la définition et l'application de ces normes.

La différence est certes subtile mais doit être faite pour saisir l'axiologie sous-jacente à ces obligations : celles-ci ont pour effet direct d'instaurer un équilibre entre consommateurs

¹ Cf. *supra* n°174 et s.

² Cf. *supra* n°176.

³ *Ibidem*.

et professionnels ; ce n'est que de manière indirecte et ponctuelle qu'elles protègent effectivement le consentement de l'individu.

Outre la transmission d'information, l'équilibre technique ressort de certaines infractions consuméristes imposant aux professionnels une obligation de véracité de leurs dires.

§2. Le contrôle de la véracité des dires du professionnel

285. Tromperie, falsification et publicité trompeuse – Non content de garantir la transmission de certaines informations au consommateur, le législateur accorde une attention particulière à la véracité des dires du professionnel et incrimine, au sein des délits de tromperie, de falsification et de publicité trompeuse¹, toute entorse à la vérité quant aux caractéristiques essentielles du produit.

Il est évident que les obligations d'information analysées précédemment sont de même sous-tendues par cet impératif de véracité. Toutefois, outre certaines différences de domaine et d'objet par rapport aux délits susvisés, ces mécanismes restent prioritairement fondés sur la volonté de garantir la transmission de l'information. À l'inverse, les délits précités s'intéressent exclusivement à l'authenticité et l'exactitude de l'information, que la transmission de celle-ci soit obligatoire ou facultative.

286. La véracité – L'exigence de véracité de l'information est globale : elle porte tant sur la qualité, la quantité, l'usage du produit, les engagements du professionnel, etc.

Déjà abordé précédemment, le délit de tromperie sanctionne ainsi le fait d'induire ou de tenter d'induire en erreur son cocontractant, notamment sur les qualités du produit (sa nature, son origine, sa composition, etc.), sur sa quantité, ou encore sur les risques liés à son usage².

¹ Comme nous l'avons rappelé (cf. *supra* n°182), bien que cette infraction ait été remplacée en 2008 par l'infraction de pratique commerciale trompeuse (L. n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs) par une loi transposant une directive européenne du 11 mai 2005 (Dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la dir. 84/450/CEE du Conseil et les dir. 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil), l'analyse de l'axiologie consumériste originelle doit porter sur l'ancienne infraction de publicité trompeuse. La directive du 11 mai 2005 constitue en effet un tournant dans l'axiologie consumériste : son analyse devra être effectuée ultérieurement (cf. *infra* n°457 et s.).

² Art. L. 441-1, C. conso.

De manière similaire, le délit de falsification prohibe tout recours à une manipulation ou à un traitement illicite ou non conforme à la réglementation en vigueur, de nature à en altérer la substance, ainsi que, plus largement, la commercialisation de ce type de produit ou l'incitation à leur emploi¹.

Enfin, le délit de publicité trompeuse incriminait toute publicité comportant des éléments faux ou trompeurs, touchant notamment à la nature, la composition, aux qualités substantielles du produit, aux conditions de leur utilisation, à l'identité, qualité et aptitudes de tout professionnel impliqué dans la chaîne de production et de commercialisation, etc.².

287. La recherche d'un équilibre technique – Par ces infractions, le législateur cherche à équilibrer les connaissances et la compréhension du produit – et du service pour la dernière – des consommateurs avec celles du professionnel. Il recherche ainsi l'instauration d'un équilibre technique entre eux. La sanction de ces comportements délictueux est sous-tendue par la gravité de l'atteinte qu'ils constituent au processus de rééquilibrage du rapport de force entre professionnels et consommateurs.

Cette recherche d'un équilibre technique explique l'indifférence de ces infractions à la volonté de l'individu-consommateur observée précédemment³. À l'instar de ce qui a été observé en matière d'obligation d'information⁴, la protection de la qualité du consentement du consommateur n'est qu'indirecte : bien que fréquente, celle-ci n'a rien d'automatique et ne conditionne aucunement la définition ou la mise en œuvre de la norme. Cela explique l'incrimination de la tentative de tromperie, la constitution du délit de falsification « même au cas où [elle] est connue de l'acheteur ou du consommateur »⁵, ou encore, en matière de publicité trompeuse, l'indifférence à l'absence éventuelle de préjudice subi par le consommateur. Ces délits sont constitués indépendamment de toute considération relative au consentement concret du consommateur : son altération n'est nullement une condition *sine qua non* à leur caractérisation.

De plus, au prisme de l'équilibre, l'objectivation de l'élément moral de ces infractions se justifie⁶. Ces délits n'ont pas pour objet de sanctionner un agissement intentionnellement

¹ Art. L. 413-1 et s., C. conso.

² Art. 44, L. n° 73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (loi « Royer »).

³ Cf. *supra* n°179 et s.

⁴ Cf. *supra* n°284.

⁵ Art. L. 413-1 al. 2, C. conso.

⁶ Cf. *supra* n°170 et s.

préjudiciable du professionnel ; elles n'ont pour seul but que de sanctionner un déséquilibre technique objectivement constatable, causé par l'action du professionnel. Peu importe alors qu'il ait eu l'intention de commettre ces délits, dès lors que la rupture de l'équilibre est consommée.

288. Conclusion de la Sous-section 1. – Par les obligations d'information, les délits de publicité trompeuse, de falsifications et de tromperie, le droit de la consommation organise un rééquilibrage des savoirs entre consommateurs et professionnels. En imposant la transmission de certains éléments d'information et en contrôlant la véracité des dires du professionnel, la législation consumériste limite les différentiels de savoirs et de compréhension de leurs engagements, entre les deux catégories d'agents économiques.

Envisagées au prisme de cette valeur, l'objectivité du droit de la consommation, et donc l'effacement de l'axiologie civiliste, s'expliquent aisément : seul importe l'équilibre au sein du rapport de force ; la protection du consentement de l'individu n'est qu'indirecte, qu'incidente.

À cette information directe par le professionnel, s'ajoute une « information » indirecte des consommateurs s'opérant via le produit et sa standardisation.

Sous-section 2. La standardisation du produit

289. La notion de conformité du produit – À plusieurs égards, le droit de la consommation agit directement sur le produit commercialisé. Il n'est plus question ici de développer les connaissances des consommateurs ; il s'agit plutôt d'influer sur le produit, sa dénomination et ses caractéristiques en les façonnant afin de garantir leur adéquation, en amont, aux connaissances et aux attentes des consommateurs. Le procédé diffère donc grandement de ce qui précède puisqu'au lieu d'« adapter » les consommateurs *au* produit, le droit de la consommation procède ici à l'adaptation *du* produit à la croyance des consommateurs, à leur perception et leurs attentes.

Ce pan de l'équilibre technique se réalise grâce à la notion de conformité du produit aux prescriptions impératives et aux normes facultatives. Elle ne doit pas être confondue avec celle de conformité au contrat.

290. Exclusion de la conformité du produit au contrat – Le droit de la consommation organise la conformité du bien au contrat par le biais d’une garantie éponyme, prévue aux articles L. 217-3 et suivants du Code de la consommation¹. Ces textes imposent au vendeur de délivrer « un bien conforme au contrat »², c’est-à-dire soit un bien conforme à ce qui a été convenu dans le contrat par les parties³, soit un bien « propre à l’usage habituellement attendu d’un bien de même type »⁴ et conforme aux attentes légitimes du consommateur concernant les accessoires fournis⁵, les éventuelles mises à jour⁶ et, plus généralement, quant à sa qualité, sa quantité et toute autre caractéristique⁷.

Le bien peut donc être déclaré conforme de deux manières : soit en correspondant à ce qui a été contractuellement convenu par les parties ; soit, à défaut d’accord exprès, en référence à l’usage classique qui est fait de ce bien, à ce qui devrait être attendu par tout consommateur relativement au contrat litigieux.

291. À première vue, cette législation semble imprégnée par cette logique d’adéquation du produit aux connaissances, aux attentes et à la perception des consommateurs.

Un tel constat s’avère toutefois erroné lorsque l’on examine la genèse et le régime du dispositif. La garantie de conformité est conçue comme un mécanisme se superposant aux dispositifs civilistes : d’une part, à la garantie des vices cachés⁸ – c’est-à-dire tout défaut du bien le rendant totalement ou partiellement impropre à son usage ; d’autre part, à l’obligation de délivrance conforme⁹ – imposant au vendeur de délivrer la chose telle que convenue dans le contrat. Ces deux mécanismes se situent dans des temporalités aujourd’hui distinctes : l’obligation de délivrance conforme joue lors de la délivrance et repose sur le simple constat

¹ Issus de l’ord. n° 2021-1247 du 29 sept. 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques transposant les directives européenne 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques et 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE.

² Art. L. 217-3, C. conso.

³ Art. L. 217-4, C. conso.

⁴ Art. L. 217-5, I, 1°, C. conso.

⁵ Art. L. 217-5, I, 4°, C. conso.

⁶ Art. L. 217-5, I, 5°, C. conso.

⁷ Art. L. 217-5, I, 6°, C. conso.

⁸ Art. 1641 et s., C. civ.

⁹ Art. 1604 et s., C. civ.

de l'adéquation matérielle entre la chose délivrée et la chose convenue ; la garantie des vices cachés prend effet ultérieurement, durant l'usage de la chose¹.

Pourtant, un même esprit les unit : garantir à l'acheteur l'adéquation du bien au contrat et à ses attentes particulières. Ils sont ainsi pleinement orientés autour de la protection de l'accord de volontés : ils visent simplement à garantir à l'acheteur – profane ou non – que le bien qui lui sera délivré correspond, matériellement et fonctionnellement, à celui pour lequel il a conclu le contrat. Ils ne procèdent pas à une adaptation du bien en amont de l'accord de volontés, mais garantissent simplement le respect de celui-ci, dans la plus pure tradition civiliste.

292. Le dispositif consommériste est animé par un esprit similaire. Il n'est pas anodin que les premiers critères cités par le dispositif pour apprécier la conformité au contrat soient fondés sur la conformité du bien à l'accord de volontés².

L'innovation consiste simplement à s'affranchir de la distinction entre garantie des vices cachés et obligation de délivrance conforme en incluant, à l'article L. 217-5 du Code de la consommation, ces deux hypothèses sous la dénomination de défaut de conformité et en les assortissant de nouvelles sanctions, jugées plus opportunes pour les consommateurs³. L'esprit du dispositif réside donc simplement dans l'ouverture d'une voie supplémentaire au profit du consommateur⁴, et non dans une approche différente de la notion de conformité.

¹ Cette distinction n'a pas toujours été clairement effectuée en jurisprudence. En effet, dans les années 1980, la jurisprudence s'est divisée quant à la teneur de la notion de conformité dans l'obligation de délivrance. D'une part, la première chambre civile et la chambre commerciale prônaient une approche fonctionnelle : la conformité devait alors être appréciée par rapport à la fonction de la chose, à l'usage qui en est recherché par l'acheteur (V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989 : *Bull. civ. I*, n°140). Une telle approche avait pour conséquence de brouiller la distinction avec la notion de vices cachés, elle aussi fondée sur l'usage, la fonction de la chose. Cette confusion avait un objectif : empêcher l'application du délai de prescription raccourcie de l'article 1648 en matière de vices cachés qui était de deux ans à compter de la découverte du vice. À cette conception fonctionnelle s'opposait, d'autre part, la conception classique dite matérielle, fondant la conformité sur l'adéquation matérielle entre la chose délivrée et la chose convenue. La divergence s'est finalement résolue en 1993, année au cours de laquelle la première chambre civile (Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993 : *D.* 1994. 212, note A. Bénabent) et la chambre commerciale (Cass. com. 26 avril 1994 : *JCP* 1994, II, 22356, note L. Leveneur) se sont ralliées à la conception matérielle. Pour une analyse de l'actualité de cette divergence, V. not. : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Hypercours, 6^{ème} éd., p.323-324, n°387.

² V. art. L. 217-4, C. conso.

³ Il est intéressant de noter que, là où la garantie des vices cachés ne permet au consommateur que d'obtenir l'annulation du contrat ou la diminution du prix (art. 1644, C.civ.), et éventuellement, des dommages et intérêts (art. 1645, C. civ.), la garantie de conformité privilégie le maintien du contrat. Ainsi, l'article L. 217-8 dispose qu'en cas de défaut de conformité, « le consommateur a droit à la mise en conformité du bien par réparation ou remplacement ou, à défaut, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat ». Cela accroît l'attachement du dispositif à la préservation de l'accord de volontés.

⁴ L'article L. 217-13 du Code de la consommation précise ainsi que les dispositions relatives à la garantie de conformité « ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi. »

293. Cela se vérifie dans l'appréciation du défaut de conformité du produit, qui n'a d'autre fonction que de protéger l'accord de volontés des parties. Comme vu précédemment, l'article L. 217-4 du Code de la consommation dispose qu'un bien doit être considéré comme conforme au contrat dès lors qu'il correspond à celui prévu dans le contrat ou qu'il est propre à l'usage spécialement recherché et signalé par l'acheteur. L'identité avec le dispositif civiliste ne fait ici aucun doute puisqu'il s'agit expressément de garantir, à l'individu-consommateur, l'identité de nature et de fonction entre le produit objet du contrat et le produit délivré. L'appréciation se fait *in concreto* et porte sur des éléments particuliers, voire subjectifs, propres aux parties.

Une telle appréciation n'est toutefois pas toujours possible. L'article L. 217-5 prévoit ainsi que le produit doit être déclaré conforme au contrat lorsqu'il « est propre à l'usage habituellement attendu d'un bien de même type ». Le texte précise que cet usage doit être apprécié par rapport aux normes en vigueur ainsi qu'aux déclarations publiques du vendeur. Ici encore, l'appréciation du défaut de conformité ne doit pas se faire de manière générale et abstraite.

Cela ressort notamment d'un arrêt du 5 février 2014¹ rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui devait se prononcer sur la conformité au contrat d'une douche ayant un débit d'eau inférieur à une norme NF facultative élaborée par l'AFNOR². Se fondant sur ce texte, les juges d'appel refusent de constater l'existence d'un défaut de conformité, en énonçant que « la norme française invoquée n'étant pas obligatoire, elle ne saurait correspondre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable en France ». La Cour de cassation va, à la suite du pourvoi, casser cet arrêt car la Cour d'appel, « en se fondant sur une considération générale sans constater que le bien vendu était propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable, [...] a privé sa décision de base légale ».

En d'autres termes, la référence à l'absence de norme obligatoire, et plus fondamentalement à toute « considération générale », ne permet pas de conclure à une conformité à l'usage habituellement attendu ; cet élément doit être caractérisé à partir d'éléments circonstanciés. La Cour de cassation n'envisage pas le défaut de manière générale et abstraite : l'habitude ou les attentes légitimes ne sont pas définies *in abstracto* et de manière collective à l'aune d'un consommateur moyen, comme le veut la logique

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2014, n°12-27.927 : CCC 2014, n°144, note G. Raymond.

² Sur la notion de norme NF : cf. *infra* n°294, n°548.

consument, notamment en matière d'obligation de sécurité. Cette différence s'impose d'autant plus qu'ici le législateur mentionne les attentes légitimes *du* consommateur, à l'inverse de l'obligation de sécurité pour laquelle il fixe comme critère les attentes légitimes *des* consommateurs¹.

Conformément à ce que soulignent certains auteurs, le défaut doit être apprécié *in concreto* « par rapport, d'une part, au but poursuivi par les acheteurs de ce produit et, d'autre part, aux annonces faites par le vendeur dans son catalogue ou par affichage en magasin »². Le raisonnement doit ainsi inclure des éléments circonstanciels, particuliers et propres au contrat litigieux. Cela fait de la notion de conformité au contrat « une notion très concrète et subjective »³, protectrice de l'accord de volontés.

La garantie de conformité semble donc proche de l'axiologie civiliste, ce qui justifie son exclusion de notre propos.

294. Inclusion de la conformité du produit aux normes et prescriptions – Bien différente est la question de la conformité aux normes et aux prescriptions législatives ou réglementaires. L'article L. 411-1 du Code de la consommation dispose que « dès la première mise sur le marché, les produits et les services doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs ».

Par sa formulation, cette prescription générale de conformité renvoie à une multitude de textes, d'intensités et d'origines différentes : prescriptions réglementaires obligatoires, normes nationales ou européennes facultatives, etc. Au niveau national, on distingue généralement les prescriptions, d'application obligatoire et d'origine réglementaire, et les normes, établies par l'Association Française de Normalisation (AFNOR) qui sont, en grande partie, d'application facultative⁴.

¹ Cf. *infra* n°302 et s.

² G. RAYMOND, comm. Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2014, n°12-27.927, *op. cit.* Pour une opinion similaire, cf. not. : J.-B. SEUBE « Conformité » *in. Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 212.00 et s., spéc. n°212-32, p.526 – Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021, p. 390, n°472.

³ G. RAYMOND, comm. Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2014, n°12-27.927, *op. cit.*

⁴ Bien que juridiquement facultatives, sauf en cas d'arrêté ministériel en disposant autrement (art. 17, Décret n°2009-697 du 16 juin 2009), ces normes s'imposent, dans la pratique, pour les entreprises souhaitant conserver une bonne image de marque auprès des consommateurs. La conformité aux normes AFNOR permet ainsi au professionnel d'apposer la marque NF sur ces produits, servant d'argument de vente et de « garantie de qualité pour les consommateurs » (G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2019, p.138, n°214).

295. Plan – L’ensemble de ces textes est à l’origine d’un double phénomène de standardisation du produit : de sa dénomination d’abord (§1.), de ses caractéristiques ensuite (§2.). Ce phénomène généralisé garantit l’adéquation du produit aux attentes et aux connaissances des consommateurs et traduit, par conséquent, la recherche d’un équilibre technique entre consommateurs et professionnels.

§1. La standardisation de la dénomination du produit

296. Plan – L’analyse des manifestations de ce phénomène (A.) démontre la recherche d’un équilibre technique (B.).

A. Les manifestations

297. Les deux types de définitions – La loi du 1^{er} août 1905, déjà évoquée au cours de notre analyse¹, a été le point de départ d’un immense travail de définition par le législateur, français d’abord, européen ensuite. Dresser une liste exhaustive de ces textes constituerait une tâche quasi-impossible ; on pourra pourtant citer comme exemples les définitions du beurre², du foie gras³, des moutardes⁴, du café⁵, du chocolat⁶ ou encore du barbecue⁷. Globalement, ces définitions sont de deux types : certaines ne sont qu’un moyen indirect d’assurer la sécurité du consommateur ; d’autres n’ont pour but qu’elles-mêmes, c’est à dire définir un produit.

Une définition comme moyen – Dans la première hypothèse, la définition du produit n’est utilisée que de manière à circonscrire le champ d’application de certaines obligations de sécurité – comme, par exemple, dans le décret susvisé relatif aux barbecues. Il s’agit alors

¹ L. du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles. Cf. not. *supra* n°180.

² Art. R. 412-28, 2°, C. conso.

³ Décret n°93-999 du 9 août 1993 relatif aux préparations à base de foie gras.

⁴ Décret n°2000-658 du 6 juil. 2000 pris pour l’application du code de la consommation relatif aux dénominations des moutardes.

⁵ Décret n°91-340 du 3 avril 1991 pris pour l’application, en ce qui concerne le café, de la loi du 1^{er} août 1905 modifiée sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services.

⁶ Dir. 2000/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2000 relative aux produits de cacao et de chocolat destinés à l’alimentation humaine

⁷ Décret n° 2006-18 du 4 janv. 2006 relatif à la sécurité des barbecues utilisant des combustibles solides.

d'un procédé classique de légistique, consistant à identifier précisément l'objet de la norme afin d'en garantir l'application¹.

Une définition comme finalité – Dans la seconde hypothèse, en revanche, les définitions se suffisent à elles-mêmes : elles n'ont d'autre but que d'identifier clairement les produits pouvant prétendre à une certaine appellation.

L'exemple du foie gras – Cela se retrouve notamment en matière alimentaire et, par exemple, dans le décret précité relatif au foie gras. En effet, une infraction à celui-ci ne mettrait pas nécessairement et automatiquement en danger la santé du consommateur. À titre d'illustration, l'article 4 du décret précise que « la proportion totale de graisse exsudée et d'homogénéat ne doit pas dépasser 30 p. 100 du produit fini », la graisse exsudée désignant la graisse émanant du foie lors de la cuisson, et l'homogénéat renvoyant à une partie du foie d'une texture différente. Un produit dénommé « foie gras » ne respectant pas ces proportions serait peut-être de piètre qualité, mais il ne représenterait pas pour autant nécessairement un risque pour la santé des consommateurs. Cet exemple illustre parfaitement l'idée que la sécurité et la santé des consommateurs ne constituent pas nécessairement la préoccupation sous-tendant ces définitions.

L'exemple du chocolat – La définition du chocolat est elle aussi révélatrice des enjeux plus qualitatifs que sécuritaires de ces textes. Par une directive du 23 juin 2000², le Parlement et le Conseil Européen ont autorisé l'adjonction de « matières grasses végétales autres que le beurre de cacao [...] dans les produits de chocolat » sans que « cette addition ne [puisse] dépasser 5 % »³. Une telle adjonction dans le produit, alors prohibée en France, n'empêche donc pas d'utiliser la dénomination de « chocolat », même si cela en diminue les vertus gustatives.

Une fois encore, il est clair que cette définition ne vise pas à assurer la sécurité du consommateur, mais simplement à identifier les produits pouvant prétendre à cette appellation. De surcroît, cet exemple est révélateur, non seulement des enjeux économiques qui peuvent sous-tendre ces définitions – le législateur européen privilégiant ici clairement la rentabilité à la qualité des produits⁴ –, mais aussi des enjeux écologiques – la culture de

¹ Cela est d'ailleurs confirmé au sein du décret qui cantonne sa définition du barbecue « au sens du présent décret », en son article 1.

² Dir. 2000/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2000 relative aux produits de cacao et de chocolat destinés à l'alimentation humaine.

³ Art. 2, dir. 2000/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2000.

⁴ G. RAYMOND, « Chocolat ou "cocholat" ? », CCC 2001, repère 1.

certaines plantes telles que le palmier à huile qui a des conséquences écologiques désastreuses, étant facilitée¹.

Une standardisation de la dénomination des produits – Les exemples de définition de ce type pourraient être multipliés². Ils attestent la standardisation de la dénomination des produits, du vocabulaire les désignant. Le droit de la consommation, tant à l'échelle nationale qu'européenne, est marqué d'un mouvement général de définition, d'identification des produits alimentaires et agricoles.

298. Les appellations d'origine – Les définitions vues précédemment n'ont trait qu'à la substance, à la composition du produit. En matière d'Appellations d'Origine Contrôlée³ (AOC) ou Protégée (AOP) – son équivalent européen⁴ –, s'ajoutent à ces considérations des éléments géographiques.

Définies à l'article L. 431-1 du Code de la consommation, les Appellations d'Origine constituent « la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu

¹ La vigueur de cette directive et de son application appuie ce constat : les enjeux dépassent ici nettement le simple enjeu gustatif. C'est ainsi que la CJCE, dans un arrêt du 25 novembre 2010 (aff. n° C-47/09), condamne l'Italie ayant admis l'utilisation de la dénomination « chocolat pur » pour désigner les chocolats dénués de graisses végétales. Elle a notamment estimé qu'une telle dénomination n'était « pas une méthode appropriée » pour assurer « le droit des consommateurs à une information correcte » (§38), que l'absence de graisse végétale « ne saurait avoir pour effet de changer substantiellement la nature de ces produits » justifiant une dénomination différente (§39 et 40) et que « l'autorisation d'introduire des dénominations de vente différentes [...] est de nature à suggérer l'existence d'une distinction entre les caractéristiques essentielles des produits concernés », ce qui ne serait pas le cas (§42). Les juges vont même jusqu'à énoncer que cette dénomination « est susceptible d'induire les consommateurs en erreur et ainsi de porter atteinte au droit de ces derniers à une information correcte, neutre et objective » (§43) ! Outre certaines lacunes de bon sens logique et gustatif, on retiendra de cet arrêt que, pour informer le consommateur, une simple mention au dos d'un paquet est préférable à l'usage d'une dénomination différente. Une telle ironie n'est pas isolée, et nous verrons dans la suite de notre propos d'autres situations dans lesquelles le droit de l'Union Européenne diminue, par touches éparses mais certaines, l'effectivité de la protection du consommateur (Sur la diffusion de la condition de déloyauté, cf. *infra* n°457 et s. ; sur le régime du droit de rétractation dans les contrats conclus à distance ou hors établissement : cf. *infra* n°516 et s., n°533 et s. ; sur la nouvelle finalité économique du droit de la consommation, impulsée par l'Union Européenne : cf. *infra* n°650 et s.).

² La question des différences entre la daurade et la dorade – les deux orthographes désignant des produits bien différents – ou encore celle de la définition de la notion d'escalope auraient pu être abordées (J.-P. BRANLARD, *La table & le droit*, LexisNexis, 2014, p. 117-118 et p. 126-131). Plus récemment encore, le législateur a interdit l'utilisation de termes désignant des denrées alimentaires d'origine animale (viande, steaks, escalopes, etc.) « pour décrire, commercialiser ou promouvoir des denrées alimentaires comportant des protéines végétales » (Art. L. 412-10, C. conso. ; Issu de l'art. 5, L. n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires).

³ La loi du 6 mai 1919 a créé les Appellations d'Origine (AO). Cette loi sera profondément modifiée par celle du 2 juillet 1990 et remplacera les AO par les Appellations d'Origines Contrôlées

⁴ Outre une définition très similaire (cf. note suivante), les deux appellations sont étroitement liées par l'article L. 641-10 du Code rural et de la pêche maritime. Le texte dispose que « doivent solliciter le bénéfice d'une appellation d'origine protégée les produits agricoles ou alimentaires entrant dans le champ d'application du règlement (UE) n°1151/2012 du 21 novembre 2012 [relatif notamment aux dites AOP] auxquels une appellation d'origine contrôlée a été reconnue ». À l'inverse, « si le produit [...] se voit refuser ou annuler le bénéfice de l'appellation d'origine protégée, il perd celui de l'appellation d'origine contrôlée qui lui a été reconnue ».

géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains »¹. Ce gage de qualité, ne pouvant profiter qu'à des produits agricoles ou alimentaires dont la notoriété est établie, est créé par décret sur proposition de l'Institut national de l'origine et de la qualité. Ce décret fixe l'aire géographique ainsi que les conditions de production et d'agrément du produit. Ce cahier des charges constitue la référence pour tout producteur souhaitant voir son produit homologué.

Différences avec les définitions de produit stricto sensu – Toutefois, en cette matière, « la puissance publique ne fait qu'approuver un droit préexistant dont le cadre a été dessiné par ceux-là même qui le revendiquent. [...] La notion d'appellation d'origine représente une qualité constatée. Les faits ont précédé le droit »². La naissance des appellations d'origine repose donc sur un constat, une officialisation d'un état de fait préexistant qui consiste en des « pratiques anciennes et répétées, d'une collectivité d'individus de bonne foi, établie sur un terroir déterminé pour produire et élaborer un produit de qualité »³. Ce point nous invite à bien distinguer ces appellations des définitions précédemment mentionnées qui ne constituent, pour leur part, qu'un acte vertical d'identification générale d'un type de produit – de la puissance publique vers le marché.

Une standardisation de la dénomination des produits – Ce dernier point mis à part, les appellations d'origine constituent elles aussi des définitions de produit. Elles n'intègrent plus seulement des considérations relatives à la composition du produit, mais également à son lieu, à ses moyens de fabrication, à son apparence, à sa forme, etc.⁴. La standardisation du vocabulaire n'en est donc que plus palpable.

¹ La définition européenne des Appellations d'Origine Protégée est quasi-identique puisqu'elle désigne « une dénomination qui identifie un produit [...] comme étant originaire d'un lieu déterminé, d'une région, ou, dans des cas exceptionnels, d'un pays ; [...] dont la qualité ou les caractéristiques sont dues essentiellement ou exclusivement au milieu géographique comprenant les facteurs naturels et humains ; et [...] dont toutes les étapes de production ont lieu dans l'aire géographique délimitée. » (Art. 4, Rég. n°1151/2012 du 21 nov. 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires).

² M.-C. PIATTI, « L'appellation d'origine, essai de qualification », *RTD com.* 1999, 557, spéc. p.563, n°16.

³ M.-C. PIATTI, « L'appellation d'origine, essai de qualification », *op. cit.*, spéc. p.560, n°10.

⁴ Pour exemple, le roquefort est défini dans son cahier des charges comme un « fromage à pâte persillée, préparé et fabriqué exclusivement avec du lait de brebis cru et entier » - considérations sur la composition – dont la pâte est « non pressée, non cuite et onctueuse [...] bien liée, veinée de vert-bleu uniformément » - considérations sur la méthode de production, sur l'apparence et la consistance – constituant « un cylindre de 19 à 20 centimètres de diamètre, de 8,5 à 11,5 centimètres de hauteur et dont le poids varie entre 2,5 et 3 kilogrammes » - considérations sur la forme – et ayant « une légère odeur de moisissure et [une] saveur fine et prononcée. » - considérations subjectives sur l'odeur et le goût du produit. À cela s'ajoute, l'élément central concernant l'origine géographique du fromage qui doit impérativement provenir d'une « grande partie du département de l'Aveyron et d'une partie des départements limitrophes Aude, Lozère, Gard, Hérault et Tarn » (Cahier des charges de l'appellation d'origine protégée « Roquefort », 12 sept. 2017).

Ce phénomène global recouvre ainsi les produits entendus de manière générale à l'échelle de grandes catégories (le chocolat, par exemple), mais aussi certains produits de manière extrêmement précise au sein des appellations d'origine.

B. La recherche d'un équilibre technique

299. Une adaptation du langage au consommateur – En identifiant de manière technique le contenu, les caractéristiques et les propriétés nécessaires au produit pour prétendre à l'utilisation de dénominations issues de la culture populaire, le législateur entend avant tout réglementer le langage pouvant être employé par le professionnel.

Une telle réglementation ne surprend pas le juriste, habitué à la distinction entre le sens courant d'un terme et son sens juridique. Pourtant, le phénomène est assez différent ici puisque le droit s'empare de termes triviaux, issus du quotidien, sans en bouleverser profondément le sens. Il ne fait ici que traduire en des termes techniques, les dénominations de certains produits telles qu'elles sont comprises par le consommateur.

Cette affirmation peut surprendre au vu de la complexité et de la précision des définitions évoquées. En effet, aucun consommateur ne serait capable de définir, comme le font les normes susvisées, ce qu'il entend précisément par chocolat, foie gras ou Roquefort puisque l'utilisation de ces termes est avant tout intuitive. Pourtant, ces définitions prennent directement appui sur des représentations collectives qui sont communes aux consommateurs et ne constituent qu'une traduction technique de termes du langage courant. Elles ne sont finalement qu'un préalable nécessaire à la généralisation de termes communs.

Que l'on s'attarde sur les définitions du foie gras, de la daurade, du barbecue ou du Roquefort, on notera qu'elles ne font que reprendre, en des termes techniques et précis, les caractéristiques que l'on attribue usuellement à ces produits¹. Ce constat vaut, *a fortiori*, pour l'ensemble des appellations d'origine qui naissent d'une pratique populaire et n'ont d'autre but que de la définir pour la préserver.

¹ Cela vaut même pour la définition du chocolat issue de la directive du 23 juin 2000 (cf. *supra* n°297). Quoique critiquable en de nombreux points, on peut supposer que cette nouvelle définition du chocolat pouvant inclure des graisses végétales ne fait que prendre acte de la perception indifférenciée d'une majorité de consommateurs entre un chocolat comportant de telles graisses et un chocolat en étant dénué.

300. La recherche d'un équilibre technique – Puisque ces textes ne font que traduire en termes techniques le sens courant des produits, il apparaît clairement que le but poursuivi est de garantir la bonne compréhension par le consommateur de ce qu'il s'apprête à acquérir et de s'assurer que professionnels et consommateurs s'expriment en utilisant un langage similaire afin d'empêcher tout usage galvaudé ou trompeur. Cette standardisation de la dénomination des produits permet au consommateur d'être assuré, à la simple lecture de celle-ci, de certaines des caractéristiques essentielles du produit¹.

Par ces définitions, le législateur tente de limiter le déséquilibre technique entre professionnels et consommateurs. Alors que les premiers connaissent le produit dans sa composition, ses caractéristiques, son processus de fabrication et son origine, les consommateurs ne disposent que de la dénomination pour identifier le produit et estimer s'il correspond ou non à leurs attentes². Ainsi, en réglementant l'usage de termes désignant un produit en amont de son achat, le législateur adapte le langage du professionnel aux consommateurs, à l'idée que ceux-ci se font de ces termes, ceci dans le but de garantir une connaissance et une compréhension équilibrée du produit entre eux.

Le phénomène de standardisation touche, en outre, aux caractéristiques même du produit par le biais de l'obligation de sécurité.

¹ Cela vaut d'autant plus qu'une infraction dans l'usage de ces dénominations constitue bien souvent l'élément matériel du délit de tromperie, disposition aussi sous-tendue par la valeur d'équilibre dans son versant technique (cf. *supra* n°285-287).

² Dans une grande majorité de produits, le consommateur dispose aussi de l'étiquetage et des multiples mentions obligatoires qu'il doit comporter notamment quant à la composition du produit. Toutefois, cet étiquetage a une portée informative bien moindre que la dénomination du produit, premier et souvent seul élément pertinent pour le consommateur dans son choix du produit. En outre, cet étiquetage n'est pas toujours présent et est absent de certains lieux d'achats, comme les marchés par exemple.

§2. *La standardisation des caractéristiques du produit*

301. Plan – L’analyse des manifestations de ce phénomène (A.) permet, une fois de plus, de constater la recherche sous-jacente d’un équilibre technique entre consommateurs et professionnels (B.).

A. *Les manifestations*

302. L’obligation de sécurité – L’article L. 421-3 du Code de la consommation dispose que « les produits et les services doivent présenter, dans des conditions normales d’utilisation ou dans d’autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ». Ce texte, issu de la loi du 21 juillet 1983¹, impose une obligation de sécurité à tout producteur ou distributeur d’un produit sur le territoire français, et ce, dès la première mise sur le marché du produit². Afin d’en préciser la portée et les modalités d’application, une multitude de prescriptions et de normes relatives à certains types de produits a été élaborée. Une fois de plus, il serait fastidieux et peu judicieux d’en dresser une liste exhaustive.

303. Le respect de ces textes est directement relié à l’obligation générale de sécurité précitée. Les articles L. 421-5 à 7 du même code fixent trois règles probatoires.

Tout d’abord, lorsqu’un produit est soumis à une réglementation destinée à protéger la santé ou la sécurité du consommateur, il doit être « considéré comme satisfaisant à l’obligation de sécurité prévue à l’article L. 421-3 »³, dès lors bien sûr qu’il en respecte les prescriptions.

Ensuite, lorsqu’il n’existe que des « normes nationales non obligatoires transposant [certaines] normes européennes »⁴, le produit qui s’y conforme est simplement présumé satisfaire à l’obligation de sécurité.

¹ Art. 1^{er}, L. n°83-660 du 21 juil. 1983 relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1^{er} août 1905.

² Art. L. 411-1, C. conso.

³ Art. L. 421-5, C. conso.

⁴ L’article mentionne les « normes européennes dont la Commission européenne a publié les références au *Journal officiel de l’Union européenne* » (art. L. 421-6, C. conso.).

Enfin, dans toute autre hypothèse, l'article L. 421-7 dispose que la conformité à l'obligation de sécurité doit être évaluée au regard du respect des « autres normes françaises », des « recommandations de la Commission européenne », des « guides de bonne pratique en matière de sécurité des produits en vigueur dans le secteur concerné », de « l'état actuel des connaissances et de la technique » et, enfin, de « la sécurité à laquelle les consommateurs peuvent s'attendre »¹.

304. Les attentes légitimes des consommateurs – Les attentes légitimes des consommateurs occupent un double rôle au sein de ce dispositif. Elles sont à la source de l'obligation générale de sécurité, puisqu'elles constituent le référentiel déterminant le niveau de sécurité devant être assuré par le professionnel². Elles constituent la clef de voûte de la définition de cette obligation. Pourtant, on les retrouve aussi – de manière plus étrange – dans l'application du dispositif, comme critère d'appréciation de la conformité du bien à l'obligation de sécurité à l'article L. 421-7. Cette occurrence s'avère assez maladroite car, en résumé, cela revient pour le législateur à énoncer qu'« un produit est sûr... s'il est sûr ! »³.

Malgré son caractère incongru, cette insistance à placer les attentes légitimes des consommateurs au fondement du dispositif traduit la volonté du législateur d'aligner la sécurité du produit sur les consommateurs, sur leurs croyances et perceptions de celui-ci. Il ne faudrait pourtant pas hâtivement conclure que la notion devrait être appréhendée de manière subjective, comme désignant l'attente de chaque consommateur pris individuellement. En effet, une telle appréhension reviendrait à « retenir des solutions variées pour des contrats [ou des produits] semblables »⁴, ce qui serait synonyme d'une recrudescence de litiges et d'une inégalité des consommateurs face à une norme devenue difficilement prévisible pour les deux parties.

305. Une notion appréciée *in abstracto* – Au-delà de sa dangerosité, une acception concrète de la notion s'avère, plus fondamentalement, erronée. Suivant les travaux de Mme le Professeur AUBRY, en matière d'attentes légitimes, seule l'appréciation *in abstracto* doit

¹ Cette liste n'est pas exhaustive : l'article précise que la conformité à l'obligation de sécurité doit être appréciée en prenant en compte « notamment » les éléments qui suivent.

² Art. L. 421-3, C. conso.

³ J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, p.506, n°354.

⁴ H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, vol. 57, n°3, 2005. p. 627 et s., spéc. p.637.

être envisagée, c'est-à-dire une appréciation par « recours à un modèle abstrait de comparaison »¹ qui serait, dans notre hypothèse, le consommateur moyen. Ce modèle ne peut pour autant être unique, car il ne rendrait « pas compte de la diversité des contractants »² ; il doit être différent selon les situations, selon les produits en cause et « prendre comme référence l'individu raisonnable appartenant à la même catégorie de contractants que le créancier »³. Cela explique pourquoi le législateur impose de se référer aux attentes légitimes *des* consommateurs et non *du* consommateur⁴ : il ne s'agit ni d'envisager chaque situation individuellement, ni de les analyser toutes en référence à un modèle unique et figé. La méthode *in abstracto* implique ici d'examiner la situation litigieuse au regard d'un modèle abstrait propre à la catégorie du contractant et du produit concerné.

306. Une notion objective – Le fait que l'appréciation doive être faite *in abstracto* ne constitue pourtant pas, *per se*, un obstacle dirimant à la prise en compte d'éléments particuliers, d'attentes intérieures du consommateur et propres à sa situation. Cette possibilité doit pourtant être écartée.

D'une part, une appréhension subjective de la notion conduirait à une adaptation de la norme à chaque situation, ce qui la rendrait imprévisible et causerait inmanquablement une recrudescence de litiges.

D'autre part, la qualité nécessairement « légitime » de ces attentes en limite grandement la portée et tend à exclure toute particularité, toute spécificité individuelle de celles-ci. S'appliquant à « tout acte, toute attitude, tout sentiment, toute parole dont le sujet est considéré comme étant à cet égard dans son bon droit »⁵, ce qualificatif écarte toutes les attentes personnelles et intimes, propres au consommateur⁶.

¹ H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *op. cit.*, spéc. p. 629. Sur la notion d'attentes légitimes, V. aussi : H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, p. 258 et s., n°237 et s.

² *Ibidem*.

³ *Ibid.*

⁴ Cela sépare les propos qui vont suivre de ceux tenus relativement à la garantie de conformité qui se fonde à plusieurs égards sur les attentes légitimes *du* consommateur (cf. *supra* n°290-293).

⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3ème éd., 2010, p.556, V° *Légitime*. Pour une étude générale de la notion, de son sens et de son fonctionnement en droit privé, V. not. E. CHAKRI, *La notion de légitimité en droit privé*, th. en prép., dir. D. Fenouillet, Université Paris II – Panthéon Assas.

⁶ Sur cette exclusion, V. H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, *op. cit.*, p.273 et s., n°262 et s.

Seules nous restent ainsi celles ayant une pertinence à l'échelle collective, considérées comme généralement recevables par les consommateurs. En d'autres termes, « le niveau de sécurité exigé du produit doit s'apprécier non pas en fonction des attentes d'un utilisateur particulier, tel que la victime, mais de manière objective, c'est-à-dire à partir des attentes d'un consommateur moyen ou du public dans son ensemble »¹.

Par conséquent, seuls des éléments objectifs doivent servir à la détermination de ces attentes légitimes. En reprenant les conclusions de Mme AUBRY et en les adaptant à la question de l'obligation de sécurité, il faut considérer que doivent ainsi être pris en compte : l'information précontractuelle sur les risques et les dangers du produit, le document contractuel, la notice, le mode d'emploi, la destination du produit et la qualité du cocontractant². L'approche *in abstracto* ne laisse donc « de côté, parmi les circonstances particulières, que celles qui ont un caractère *personnel* »³.

307. Pour conclure, la notion d'attente légitime repose sur la création d'un ou plusieurs modèles abstraits de référence (le consommateur moyen en une matière bien précise, par exemple) sur la base d'éléments objectivement constatables. Le juge doit ainsi procéder de la manière suivante : identifier le type de consommateur visé par les produits concernés ; examiner l'information que le consommateur a reçue quant aux risques du produit ; s'interroger sur l'état des connaissances générales sur les risques relatifs à ce produit ainsi que sur les connaissances moyennes des utilisateurs du produit ; etc. Si l'attente du requérant correspond à ce référentiel, elle sera jugée légitime et la violation de l'obligation de sécurité sera constatée.

308. Illustration – La Cour de cassation illustre parfaitement ce raisonnement dans un arrêt de la première chambre civile du 8 novembre 2007⁴. Les faits sont les suivants : les ayants-droits d'une personne fumeuse, décédée des suites de son tabagisme après plus de trente

¹ J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, p.436-437, n°440.

² Cette liste n'est qu'une reformulation et une adaptation de celle dégagée par Mme AUBRY dans l'article précité : H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *op. cit.*, spéc. p. 636.

³ N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, Paris, LGDJ, 1965, p.3, n°4.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, n°06-15.873 : *JCP G* 2008. 10033, note C. Sauvat.

années de consommation, assignent la société productrice du tabac litigieux en réparation. Ils invoquent notamment un manquement à son obligation de sécurité.

La Cour de cassation, adoptant une analyse chronologique, commence par relever que lorsque la personne concernée a commencé à fumer au début des années 1970, « il était déjà largement fait état par les médias, des risques de maladies cardio-vasculaires et de cancers engendrés par la consommation de tabac » et que, même « à défaut d’avoir été informée par ces moyens, [elle] avait nécessairement dû l’être par ses parents, titulaires de l’autorité parentale et chargés [...] de veiller à sa sécurité et à sa santé ». La Cour poursuit en énonçant que, lorsqu’elle était enceinte, elle « avait de même nécessairement dû être informée [...] des risques résultant, tant pour elle-même que pour l’enfant à naître, d’une consommation excessive de cigarettes ». Considérant ces éléments, la Cour rejette l’existence d’un lien de causalité entre la prétendue faute de la société productrice du tabac et le décès de la victime, « laquelle ne pouvait légitimement s’attendre à la sécurité d’un tel produit ».

Cet arrêt mérite que l’on s’y attarde car il illustre parfaitement la méthode d’évaluation des attentes légitimes des consommateurs. Tout d’abord, la Cour adopte une approche *in abstracto* en ayant recours à deux référentiels variant selon l’âge de la personne : une adolescente moyenne dans les années 1970 et une adulte moyenne à l’époque de la requête. Ensuite, elle ne prend en compte que des éléments objectifs : la connaissance des risques de la cigarette, leur médiatisation, le rôle des parents – et non de *ses* parents –, les connaissances médicales, etc. Tous ces éléments – à l’exception de son âge – ne sont pas propres et particuliers à la défunte ; ils n’ont aucunement trait à ses attentes personnelles, à sa compréhension réelle des risques, etc.

Enfin, la Cour conclut qu’au vu de ce référentiel, la requérante ne pouvait croire à la sécurité de ce produit, à l’absence de conséquences médicales provoquées par son usage. Elle rejette ainsi tout manquement à l’obligation de sécurité.

309. La standardisation du produit – Ayant ainsi clarifié son fonctionnement, nous pouvons maintenant affirmer que l’obligation de sécurité est la source d’un phénomène de standardisation des produits. Par l’approche objective et abstraite qu’elle suppose, par le recours au standard d’attentes légitimes des consommateurs, cette obligation tend à aligner les caractéristiques des produits sur un référentiel moyen, à garantir l’adéquation du produit à la croyance, à la perception générale des consommateurs.

Certes, l'importance juridique et symbolique de ce critère ne doit pas être exagérée. D'une part, son application directe est assez rare puisque, comme dit précédemment, une multiplicité de normes et de prescriptions ont été élaborées. Il n'est donc véritablement mobilisé qu'en l'absence de textes spéciaux. D'autre part, le risque d'arbitraire qu'il recèle ne peut être négligé, puisque cette notion, « fondamentalement indéterminée »¹, désignant une « attente abstraite, désincarnée »², porte en elle le risque de conférer un important pouvoir d'appréciation aux juges³.

Pour autant, cela ne diminue pas l'importance de ce critère. Son choix n'est pas anodin : là où le droit de la consommation aurait pu fonder la sécurité d'un produit sur « le respect des bonnes pratiques professionnelle ou [sur] les règles de l'art », il la fonde sur « l'absence de dangerosité que l'on peut raisonnablement espérer en tant que non-spécialiste »⁴.

Ce choix nous renseigne sur l'axiologie sous-jacente de l'obligation de sécurité, s'incarnant dans la recherche d'un équilibre entre consommateurs et professionnels.

B. La recherche d'un équilibre technique

310. L'obligation de sécurité du professionnel peut être analysée de manière pragmatique : elle s'impose à lui « en raison de [sa] proximité avec les risques émanant d'un produit ou d'un service »⁵.

Pourtant, au-delà des considérations techniques – le critère est d'application souple et évolutive – et politiques⁶, cette standardisation du produit sur les attentes des consommateurs nous ramène, une fois encore, à la recherche d'un équilibre technique. En effet, cette « proximité » du professionnel, l'influence déterminante qu'il peut avoir sur la sécurité du produit constituent l'un des symptômes du déséquilibre entre lui et le consommateur. Si le

¹ J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, op. cit., p.441, n°443.

² J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, op. cit., p.439, n°442.

³ « Ce à quoi « on » peut s'attendre, en définitive, c'est ce que le juge estime légitime » (J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, op. cit., p. 440, n°442).

⁴ J. KNETSCH, « La sécurité » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, n°151.103, p.400.

⁵ J. KNETSCH, « La sécurité » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), op. cit., n°151.24, p.387.

⁶ Il a été reproché à ce critère d'être trop consensuel : « Si le défaut a été défini comme il l'a été par la directive, c'est sans doute parce que cette définition était suffisamment floue pour convenir à tout le monde » (J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, op. cit., p. 442, n°444).

professionnel façonne activement le produit, le consommateur ne peut que choisir entre l'acquiescer ou non : il n'a aucune prise sur sa substance et ses caractéristiques. Le déséquilibre est d'autant plus important ici qu'il peut avoir des conséquences graves sur l'intégrité physique du consommateur. Dès lors, afin d'y remédier, l'obligation de sécurité astreint le professionnel à garantir l'adéquation du produit à la perception qu'en ont les consommateurs, c'est-à-dire une adéquation entre la réalité et leurs attentes en matière de sécurité.

Ainsi, à l'instar du phénomène de standardisation de leur dénomination, cette standardisation des caractéristiques du produit remplit une fonction de rééquilibrage : sans que le professionnel n'ait à transmettre directement une information, les consommateurs ont implicitement connaissance du niveau de sécurité du produit par la garantie de son adéquation à l'acceptation générale qu'ils en ont. Le choix du critère d'attentes légitimes participe ainsi à l'atténuation du déséquilibre technique entre consommateurs et professionnels.

311. Conclusion de la Sous-section 2. – Le droit de la consommation réalise un double mouvement de standardisation des produits.

Ce phénomène touche, d'une part, à leurs dénominations. Celles-ci sont uniformisées tant par des normes nationales – comme les appellations d'origine – que par des normes européennes, sans autre but que de définir ces produits. Elle concerne, d'autre part, les produits en eux-mêmes et leurs caractéristiques au travers de l'obligation de sécurité.

Dans les deux cas, le produit est standardisé dans une optique d'adaptation au consommateur, à son savoir, à ses connaissances et à sa compréhension du bien. Les normes et prescriptions désignant les produits prennent appui sur la compréhension instinctive des termes par le consommateur et sa standardisation évite tout abus de langage par le professionnel ; l'obligation de sécurité agit sur le produit afin de garantir au consommateur qu'il présentera des caractéristiques conformes à ses attentes.

L'équilibre technique se réalise donc d'une manière différente ici : ce n'est plus le professionnel mais le produit lui-même qui est vecteur de rééquilibrage, et ce, d'une manière plus implicite que par l'information.

L'instauration d'un équilibre technique passe, enfin, par une introspection du consommateur quant à l'opportunité de son engagement.

Sous-section 3. L'équilibre technique par l'introspection

312. Plan – La simple information du consommateur est insuffisante à réaliser l'équilibre. Encore faut-il que le consommateur la comprenne, l'intègre et la confronte à ses envies, à ses besoins. Le législateur lui offre ainsi une opportunité de réflexion, dans certains contrats, au moyen de délais permettant de réguler temporellement le processus de formation du contrat (§1.). Cette opportunité peut se doubler, en outre, d'une possibilité d'expérimenter concrètement le contrat ainsi que le bien, objet du contrat (§2.).

§1. L'équilibre technique par la réflexion

313. Plan – L'octroi de délais de réflexion (A.) et de droits de rétractation (B.) favorise la réflexion du consommateur relativement à son engagement. Ces mécanismes agissent ainsi en « complément de l'information »¹ et participent à la réalisation d'un équilibre technique entre consommateurs et professionnels.

A. L'octroi de délais de réflexion

314. Définition – Les délais de réflexion imposent aux cocontractants une période avant l'expiration de laquelle « le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation »². Prévus par le législateur dans certains contrats complexes ou présentant des enjeux économiques importants³, ces mécanismes organisent une période obligatoire de réflexion, antérieure à la conclusion du contrat.

Analysé précédemment, leur lien avec l'autonomie de la volonté avait été exclu : il apparaît que ces mécanismes protègent prioritairement le consommateur, conçu comme une

¹ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994. 239.

² G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.313. V° *Délai*, sens 2.

³ Pour quelques exemples de délais de réflexion, cf. *supra* n°192.

catégorie d'agent économique, dans son rapport de force avec le professionnel ; ils n'ont qu'indirectement pour effet de protéger la volonté individuelle subjective¹. Leur octroi est collectif et est indépendant de toute considération relative au consentement de l'individu-consommateur, à un éventuel vice, etc.

315. La recherche d'un équilibre technique – Une fois de plus, l'équilibre technique s'impose comme valeur sous-jacente. L'objectif premier est d'instaurer un équilibre des savoirs entre les deux parties, équilibre qui va se réaliser, non plus en imposant une action du professionnel, mais en octroyant aux consommateurs une période de réflexion, leur donnant l'opportunité de mesurer les enjeux et les implications de l'engagement qu'ils s'appêtent à conclure. Cette faveur va ainsi participer à la production de cet équilibre, en accroissant et perfectionnant le savoir des consommateurs concernant le contrat ou son objet, que cela passe par une simple introspection, des recherches personnelles, des conseils de tiers, etc.

La protection du consentement de l'individu-consommateur ne constitue donc pas la fonction première et directe de ces mécanismes. En effet, quoiqu'ils participent indirectement à une telle protection dans de nombreuses situations, ces dispositifs sont attribués de manière abstraite, indépendamment de toute circonstance concrète, à l'ensemble des consommateurs : tout consommateur, quel que soit son niveau de compétence, profite de ces délais de réflexion. En outre, rien n'oblige l'individu à profiter de cette opportunité de réflexion : il peut désintéresser ou analyser de manière insuffisante le produit ou le contrat, notamment s'il est sûr de son choix ou s'il connaît déjà le produit.

Ainsi, à l'instar des obligations d'information, les délais de réflexion ne s'intéressent pas directement au consentement effectif, concret, subjectif du consommateur, mais à l'instauration d'un équilibre technique entre consommateurs et professionnels.

316. Sous ce prisme, l'ensemble du mécanisme prend alors sens.

D'une part, son objectivité s'éclaire. Là où seule compte la transmission de l'information dans les obligations d'information consuméristes, seul importe l'écoulement du délai en matière de délais de réflexion. Cet écoulement va offrir une opportunité de réflexion

¹ Cf. *supra* n°193-194.

suffisante aux consommateurs pour que soit assuré l'équilibre, peu important que cette réflexion leur profite effectivement ou non, que leur consentement en ressorte éclairé ou non.

D'autre part, la relativité de ces mécanismes, cantonnés à certains contrats, peut maintenant se justifier. Le risque d'altération du consentement, au sens civiliste, du consommateur n'y est pas plus important que dans le reste des situations contractuelles et le danger de vice du consentement ne rentre aucunement en ligne de compte dans l'octroi de ces délais. Seules la complexité et l'importance des conséquences juridiques et économiques de ces engagements justifient un tel octroi dès lors qu'elles sont des facteurs d'aggravation du déséquilibre existant entre les parties. C'est précisément en considération de ce risque d'aggravation que sont imposés ces délais.

Cette relativité du mécanisme permet ainsi de percevoir le caractère graduel de l'équilibre technique : plus la situation est complexe ou lourde d'enjeux économiques, plus le législateur va recourir à des mécanismes protecteurs. C'est pourquoi, dans les contrats dont la conclusion est soumise à un délai de réflexion, plusieurs obligations d'information sont fréquemment prévues¹. Le délai de réflexion agit ainsi comme un degré supplémentaire de protection et de garantie d'un équilibre technique.

Outre ces délais, le législateur favorise la réflexion du consommateur, source d'équilibre technique, par l'octroi de droits de rétractation.

B. L'octroi de droits de rétractation

317. Présentation – L'octroi de droits de rétractation constitue le second moyen choisi par le législateur pour favoriser la réflexion des consommateurs. Déjà rencontrés au cours de notre analyse², ces droits sont offerts ponctuellement aux consommateurs dans certains contrats et leur permettent de se rétracter, de retirer leur consentement après la conclusion. Cette période de rétractation va être l'occasion pour eux de réfléchir, de se renseigner, d'éprouver l'opportunité et les conséquences de leur engagement.

¹ V. not.: art. L. 313-25, C. conso en matière de crédit immobilier ; art. L. 444-7, C. éduc. en matière d'enseignement à distance.

² Cf. *supra* n°187 et s., n°226 et s., n°238 et s.

À l'instar du délai de réflexion, ces délais sont présents dans des contrats complexes ou lourds de conséquences juridiques et financières, tels que les contrats de crédit à la consommation¹, d'achat ou de construction d'un bien immobilier à usage d'habitation par acte sous seing privé², dans les contrats dits de « multipropriété »³, de courtage matrimonial⁴, d'achat de métaux précieux⁵ ou d'assurance sur la vie⁶.

Comme cela a été démontré, le but recherché par le législateur n'est pas la protection directe du consentement de l'individu-consommateur. Tout lien avec la valeur d'autonomie de la volonté a été exclu. De la même manière que pour les délais de réflexion, la volonté individuelle, au sens général, ne constitue pas le cœur de ce type de dispositif, qui vise d'abord à protéger l'ensemble des consommateurs⁷, que leur consentement ait subi une atteinte ou non.

318. La recherche d'un équilibre technique – D'une manière similaire aux délais de réflexion, les délais de rétractation octroient aux consommateurs la possibilité de vérifier l'opportunité de leur engagement. En ce sens, l'objectif d'instauration d'un équilibre technique entre consommateurs et professionnels sous-tend directement ces mécanismes.

Une fois encore, leur objectivité et leur relativité s'éclairent lorsqu'on les envisage de la sorte. Aucune référence au consentement de l'individu-consommateur n'étant faite dans la définition ou l'application des dispositifs, la protection individuelle de celui-ci ne peut être qu'indirecte⁸. Ces droits de rétractation permettent simplement au législateur de s'assurer, de manière abstraite et générale, que les consommateurs ont été mis en mesure d'acquérir un niveau suffisant de connaissances, de maîtrise juridique et économique du contrat et de ses implications, pour s'équilibrer avec ceux du professionnel.

¹ Art. L. 312-19, C. conso (L. 311-12 anc.). Issu de l'art. 7, L. n°78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (loi Scrivener).

² Art. L271-1, C. cons. hab. Issu de l'art. 20, L. n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

³ Art. L. 224-79, C. conso (L. 121-64 anc.) Issu de L. n° 98-566 du 8 juil. 1998 portant transposition de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers et de la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques.

⁴ Art. L. 224-91, C. conso. Issu de l'art. 6, L. n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales.

⁵ Art. L. 224-99, C. conso. Issu de L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (Loi Hamon).

⁶ Art. L. 132-5-1, C. assur. Issu de L. n°81-5 du 7 janv. 1981 relative au contrat d'assurance et aux opérations de capitalisation.

⁷ Cf. *supra* n°191.

⁸ *Ibidem*.

Non content d'inciter à la réflexion, le législateur offre même parfois au consommateur l'opportunité d'expérimenter, de « tester » son engagement ou le bien qui en fait l'objet.

§2. L'équilibre technique par l'expérimentation

- 319. Plan** – Certains droits de rétractation permettent au consommateur d'expérimenter, de tester, d'éprouver virtuellement le contrat ou matériellement le bien qui en est l'objet (**A.**). Une telle opportunité est, de surcroît, renforcée dans les hypothèses de prorogation de ces droits de rétractation (**B.**).

A. L'expérimentation par le droit de rétractation

- 320. Contrats conclus à distance ou hors établissement** – Après la conclusion d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, l'article L. 221-18 du Code de la consommation offre au consommateur un droit de rétractation de quatorze jours, à compter de la conclusion du contrat pour les contrats de prestation de services et hors établissement, et à compter de la réception du bien pour les contrats de vente à distance ou de prestation de services incluant la livraison d'un bien¹.

Seule cette dernière hypothèse nous retiendra puisque, dans celle-ci, la fonction du droit de rétractation ne se cantonne plus à la réflexion : le consommateur dispose ici de quatorze jours pour expérimenter matériellement le bien et estimer s'il convient ou non à ses attentes. L'hypothèse est donc bien distincte des autres droits de rétractation qui n'octroient que la possibilité d'analyser les avantages et inconvénients à venir du contrat, sans pouvoir les éprouver concrètement.

¹ Ce dispositif constitue un des premiers dispositifs de rétractation offerts au consommateur. En effet, sa mouture actuelle prend sa source dans l'article 3 de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile qui prévoyait un délai de rétractation de 7 jours suite à la conclusion d'un contrat par démarchage à domicile. Étendu aux opérations de vente à distance par la loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat", le dispositif sera codifié dans le code de la consommation puis entièrement remanié suite à la transposition d'une directive du 25 octobre 2011 par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation (Loi Hamon). Cette transposition va notamment porter à 14 jours le délai de rétractation. Les changements apportés par ces divers textes n'ont pourtant pas modifié le dispositif en profondeur, ce qui justifie son inclusion dans notre analyse de l'axiologie originelle du droit de la consommation.

321. La recherche d'un équilibre technique – Une fois de plus, par de ce mécanisme, le législateur cherche à atteindre un équilibre technique. Celui-ci ne se réalise plus seulement par la réflexion mais matériellement, par l'expérimentation du bien. Par l'analyse et l'usage basique du produit, le consommateur peut atteindre cet équilibre qui peut difficilement l'être lors de la commande. En effet, « le consommateur passe commande sur la foi de simples images ou descriptions » et « risque donc de recevoir un objet ne correspondant pas à ce qu'il attendait ». Dès lors, « c'est après réception qu'il pourra en juger »¹.

En d'autres termes, l'équilibre ne sera atteint qu'après expérimentation, celle-ci étant nécessaire à l'évaluation par le consommateur de l'opportunité de la conclusion du contrat². Cette importance de l'expérimentation justifie l'absence d'obligation de motivation du consommateur lors de l'exercice de son droit : le produit peut simplement ne pas convenir aux goûts et attentes du consommateur, sans que cela ne constitue un obstacle à la rétractation³.

322. Une expérimentation encouragée – De surcroît, cette expérimentation est aujourd'hui explicitement encouragée par le législateur. En son troisième alinéa, l'article L. 221-23 du Code de la consommation dispose que « la responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens ». Une dépréciation découlant d'une utilisation basique du bien, de son expérimentation, ne peut donc être reprochée au consommateur.

323. Une expérimentation renforcée – Progressivement, la place de l'expérimentation semble aujourd'hui se renforcer, sous l'influence du législateur.

Rappelons que le point de départ du délai de rétractation dans un contrat à distance de vente ou de prestation de services incluant la livraison d'un bien était initialement fixé au moment de sa réception. Cela favorisait l'expérimentation, mais ne la rendait pas pour autant

¹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DÉPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.612, n°565.

² Cette expérimentation vaut même pour des produits d'utilisation assez personnelle tels qu'un matelas. La Cour de justice de l'Union Européenne a ainsi récemment admis que « ne perd pas son droit de rétractation le consommateur qui enlève pour l'essayer le film protecteur d'un matelas acheté en ligne » (CJUE, 27 mars 2019, aff. n°C-681/17 : *RDC* 2021. 68, note J. Huet ; *JCP G* 2019. 378, obs. D. Berlin ; *Europe* 2019, comm. 215, obs. V. Bassani ; *CCE* 2019, n°5, p.26, comm. G. Loiseau).

³ Art. L. 211-18, al. 1^{er}, C. conso. (« Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation [...] sans avoir à motiver sa décision »).

incontournable. Il n'y avait en effet aucune raison de prohiber une rétractation antérieure à la réception du bien, laquelle est « moins gênante pour le vendeur » et, de surcroît, permet la « sanction utile d'une livraison retardée »¹. Suivant cette logique, la loi du 20 décembre 2014 autorisa brièvement la rétractation dès la conclusion du contrat, sans modifier par ailleurs les modalités de computation du délai². Puis, par un rapide volte-face, une loi du 6 août 2015 a exclu cette possibilité pour les contrats à distance de vente ou de prestation de services incluant la livraison d'un bien³. Seuls les consommateurs ayant conclu des contrats hors établissement peuvent donc se rétracter avant la réception du bien.

Une telle évolution s'avère particulièrement inopportune pour le consommateur, qui devra attendre la réception du bien, et pour qui « les frais de retour constituent fréquemment une forte barrière psychologique et financière [le] dissuadant de se rétracter »⁴. Il est indéniable qu'une telle disposition a et aura pour effet de limiter le nombre de rétractations. En termes d'effectivité de la protection du consommateur, une limitation aussi drastique des modalités de mise en œuvre de cette prérogative s'avère totalement contre-productive.

Pourtant, sans que cela reflète nécessairement sa volonté, le législateur, par cette malheureuse modification, accroît l'importance de l'expérimentation du bien. En effet, en empêchant la rétractation avant la réception, il encourage d'autant plus celle-ci. Même si le consommateur reste libre de ne pas procéder à une telle expérimentation, la potentialité d'y avoir recours devient implicitement une condition d'exercice de ce droit de rétractation.

L'expérimentation du bien est, en outre, renforcée par la prorogation du droit de rétractation octroyée, dans certains contrats, en cas de manquement du professionnel à son obligation d'information.

¹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p.612, n°565.

² Art. 54, L. n°2014-1545 du 20 déc. 2014 de simplification et clarification du droit.

³ Art. 210, L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴ Y. PICOD, N. PICOD, *Comm. de la section VI, Chap. I, Titre II, Livre II, Code de la consommation*, Dalloz, 2020, p.278.

B. L'expérimentation renforcée par la prorogation du droit de rétractation

324. Présentation – De manière plus incidente et afin de garantir le respect de certaines obligations, le législateur proroge certains délais de rétractation. L'article L. 221-20 du Code de la consommation prolonge ainsi de douze mois le délai de rétractation à compter de l'expiration du délai initial, en cas de manquement du professionnel à son obligation d'information concernant l'exercice de ce droit. De même, l'article L. 132-5-2 du Code des assurances – déjà rencontré au cours de notre analyse¹ – dispose qu'en cas de manquement du professionnel à un certain formalisme informatif préalable à la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie, le point de départ du délai de rétractation est fixé à la date de remise effective de ces documents, « dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu »².

325. La recherche d'un équilibre technique – Ce type de mécanisme agit doublement au service de la réalisation d'un équilibre technique.

De premier abord, on note que ces prorogations sont toujours corrélées à un manquement du professionnel à une obligation d'information. En renforçant la sanction de ce manquement, ces dispositifs traduisent logiquement une même volonté d'assurer un équilibre technique par l'information entre consommateurs et professionnels³.

Leur rôle va pourtant plus loin que celui de simple accessoire. En effet, en prorogeant les délais de rétractation, le législateur allonge les délais d'expérimentation du bien ou du contrat. Dès lors, le manquement à l'obligation d'information, source de la prorogation et cause de la persistance du déséquilibre technique, se compense par un délai d'expérimentation substantiellement allongé. En d'autres termes, ces mécanismes corrigent le déséquilibre que le déficit informatif n'a pas permis de résoudre, par une extension des opportunités d'expérimentation du contrat ou du bien, objet du contrat. Cela explique les différences de délais octroyés : il est bien plus complexe d'atteindre un équilibre des savoirs

¹ Pour une analyse de l'antagonisme initial entre ce dispositif et la valeur civiliste de respect d'autrui : cf. *supra* n°226 et s., n°242-244. Pour une analyse des évolutions législatives et jurisprudentielles : cf. *supra* n°242-244 (absence de sanction de l'abus) ; cf. *infra* n°508 et s. (sanction de l'abus).

² Pour une justification de l'inclusion de dispositifs de droit des assurances au sein de l'étude, cf. *supra* n°242, p.161, note 3,

³ Cf. *supra* n°282 et s.

dans un contrat d'assurance sur la vie – prorogation allant jusqu'à huit ans – que dans un contrat conclu à distance ou hors établissement – prorogation limitée à douze mois.

En outre, l'absence initiale de sanction de l'abus dans l'exercice du droit de rétractation prorogé, que la jurisprudence affirmait hier en matière d'assurance-vie, se justifie pleinement¹. En refusant de sanctionner de telles hypothèses, les juges ne faisaient que se conformer à l'esprit de la disposition. En effet, la garantie du caractère inconditionnel de cette prérogative assure, d'une part, la sanction généralisée du manquement du professionnel au formalisme informatif et, d'autre part, l'expérimentation par le consommateur du contrat.

326. Conclusion de la Section 1. – L'instauration d'un équilibre technique s'opère par trois moyens : par l'information, par la standardisation du produit, par l'introspection.

L'information du consommateur s'impose, d'abord, comme un moyen privilégié de recherche de l'équilibre technique. Elle s'effectue de manière directe par l'obligation de transmission d'informations par le professionnel et par un contrôle de la véracité de ses dires – opéré au travers des délits de tromperie, de falsification et de publicité trompeuse. Le législateur s'assure ainsi que les consommateurs disposent d'un niveau de connaissance et de compréhension équivalents à ceux du professionnel

La recherche d'un équilibre technique se manifeste, ensuite, par une standardisation des produits. L'important travail de définition des produits ainsi que l'obligation de sécurité ont pour effet de normaliser les produits, afin de garantir leur adéquation aux attentes et aux connaissances des consommateurs. L'équilibre se réalise ici en amont et de manière implicite : le législateur garantit aux consommateurs que leur appréhension intuitive du produit correspondra à leur réalité.

L'instauration d'un équilibre technique est, enfin, recherchée en encourageant l'introspection. Par le biais des délais de réflexion et de rétractation, le droit de la consommation offre aux consommateurs une possibilité de réflexion quant au contrat conclu et même, dans certains cas, une possibilité d'expérimenter le bien ou le contrat. Cela leur permet de s'assurer de l'opportunité de l'engagement conclu, de son adéquation à leurs besoins et attentes. L'équilibre technique ne se réalise plus par une action extérieure – action

¹ Cf. *supra* n°242 et s. Pour une analyse des récentes évolutions législative et jurisprudentielle en la matière, cf. *infra* n°508 et s.

du professionnel ou standardisation du produit – mais par une réflexion intérieure et autonome des consommateurs.

Quoique fort différents dans leurs procédés, ces phénomènes sont sous-tendus par une volonté similaire : *assurer l'équilibre des niveaux de connaissances, de savoir et de compréhension entre consommateurs et professionnels.*

327. Le droit de la consommation est donc traversé par un impératif protéiforme d'équilibre technique au sein du rapport de force entre le consommateur et le professionnel. L'importance accordée au savoir des consommateurs ne doit pas être confondue avec celle dont profite le consentement en matière civiliste. En effet, alors que le premier est envisagé de manière objective et collective et n'a trait qu'à l'atténuation d'un déséquilibre structurel entre deux agents économiques, le second se cantonne à l'individu et à sa subjectivité particulière. Certes, le premier joue souvent en faveur du second : l'accroissement du savoir et des connaissances des consommateurs favorise fréquemment l'existence d'un consentement libre et éclairé de l'individu. Pour autant, cela ne doit pas nous mener à les confondre, l'existence d'une corrélation ponctuelle entre deux phénomènes n'étant pas synonyme de leur identité.

La seconde manifestation de la valeur d'équilibre doit maintenant être analysée : l'équilibre économique.

Section 2. L'équilibre économique

328. Plan – L'équilibre économique se distingue de l'équilibre technique par son caractère bien plus concret et substantiel. En effet, ce second aspect de la valeur d'équilibre consumériste vise au rééquilibrage des différentiels de puissance économique entre les parties.

D'une part, cela se manifeste directement par un rééquilibrage financier de certains contrats (**Sous-section 2.**). La sanction du délit d'usure dans les contrats de crédit ainsi que celle de la disproportion dans le contrat de cautionnement en sont les deux exemples : le législateur limite alors le poids financier de ces contrats pour la partie faible.

L'équilibre économique se manifeste, d'autre part, indirectement par un rééquilibrage juridique des contrats (**Sous-section 1.**). En sanctionnant les clauses abusives, le législateur entend encadrer les pouvoirs des parties au sein du cadre contractuel, pouvoirs qui constituent bien souvent des vecteurs de domination économique du professionnel sur le consommateur.

Sous-section 1. Le rééquilibrage juridique des contrats

329. Absence de définition du déséquilibre significatif – La législation relative à la lutte contre les clauses abusives, symptôme d'une standardisation matérielle du contrat¹ ainsi que d'une automatisation de la volonté du professionnel², est entièrement centrée autour du versant négatif de l'équilibre : le déséquilibre.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation définit en effet comme abusives les clauses, insérées dans un contrat entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

Ce déséquilibre n'est pas défini par le texte. Ce dernier se borne à exclure de l'appréciation du caractère abusif des clauses, les considérations relatives à la « définition de l'objet principal du contrat » et celles relatives à « l'adéquation du prix ou de la

¹ Cf. *supra* n°214-216.

² Cf. *supra* n°200-201.

rémunération au bien vendu ou au service offert »¹. Le texte impose en outre au juge d'interpréter les clauses au regard de « toutes les circonstances entourant [la] conclusion » du contrat ainsi qu'aux autres clauses du contrat.

330. Un équilibre supplétif – Malgré cette imprécision de la notion dans les textes, cette sanction par retranchement des clauses créant un déséquilibre trop important traduit la recherche d'un équilibre ou, du moins, d'une situation ne s'en éloignant pas excessivement. Implicitement, ce dispositif érige l'équilibre comme modèle duquel les parties ne peuvent que modérément s'éloigner. Et, comme nous l'avons analysé plus haut, ce modèle d'équilibre n'est autre que celui résultant de l'application des règles de droit, en l'absence d'accord des parties². L'identification d'un déséquilibre significatif se fait donc « par comparaison avec la situation résultant de l'application des règles supplétives »³.

La législation de lutte contre les clauses abusives est donc bien sous-tendue par la valeur d'équilibre. Celui-ci repose ici sur la règle supplétive qui agit « à la fois, [comme] modèle et [comme] ordre. Modèle, en tant qu'elle représente un type idéal à reproduire, traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être, exprimant une normalité axiologique. Ordre, en ce que la liberté de principe qu'elle présuppose au bénéfice des sujets de droit n'est pas absolue mais relative, le modèle supplétif devant être réintégré à l'encontre de la volonté individuelle exprimée lorsque celle-ci franchit un seuil inacceptable et porte atteinte à la règle supplétive elle-même »⁴.

331. Critères d'identification du déséquilibre – En se fondant sur la jurisprudence ainsi que sur les listes réglementaires « grise » et « noire » présumant, simplement ou irréfragablement, certaines clauses comme abusives⁵, des critères d'identification du déséquilibre significatif ont été dégagés par la doctrine.

¹ En dépit de l'impératif d'équilibre, le droit de la consommation maintient cet interdit quasi-absolu hérité du droit civil qu'est le rejet de la sanction de la lésion (cf. *supra* n°78-79). Celui-ci est lié au fonctionnement de notre économie de marché rejetant l'existence d'un prix objectif et dans laquelle le prix n'est rien d'autre que la résultante de la rencontre d'une offre et d'une demande relative à un bien ou un service.

² Cf. *supra* n°215-216.

³ D. FENOUILLET, « Prohibition des clauses abusives » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 221.00 et s., spéc. n°224.32, p. 623.

⁴ C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n°584, p.570.

⁵ V. art. R. 212-1 et 2, C. conso. Cf. *supra* n°214-216.

Reprenant la typologie issue des travaux de Madame PÉGLION-ZIKA¹, le premier indice du caractère abusif d'une clause réside dans son unilatéralisme au profit du professionnel. Cela peut consister en l'octroi de prérogatives non-réciproques – comme, par exemple, le droit de résilier discrétionnairement le contrat « sans reconnaître le même droit » à la partie faible² – ou encore dans l'octroi de prérogatives arbitraires, potestatives, ne dépendant que de la volonté du professionnel – telles que la possibilité de modifier le prix ou l'objet du contrat, seul et sans l'accord de son cocontractant³.

Le caractère abusif de la clause peut en outre résulter de la négation des droits du consommateur ou du non-professionnel, en lui interdisant par exemple de demander la résolution du contrat⁴ ou une indemnisation⁵ en cas d'inexécution par le professionnel.

En résumé, le caractère abusif résulte toujours d'une asymétrie, d'une absence de réciprocité des droits et obligations des parties : soit du fait de l'octroi d'une prérogative au profit du seul professionnel, soit du fait du retrait d'une prérogative profitant au consommateur⁶.

332. La recherche d'un équilibre économique – N'ayant trait qu'aux droits et obligations des parties dans le contrat, et excluant fermement toute considération relative à l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien ou au service, le dispositif de lutte contre les clauses abusives n'a trait qu'à la position et aux prérogatives des parties dans le rapport contractuel. Son inclusion comme manifestation de l'équilibre économique pourrait ainsi surprendre.

Pourtant, l'exclusion des considérations relatives à la valeur du bien ou du service ne constitue pas, à notre sens, un obstacle à une telle présentation. Le prix constitue certes une variable prépondérante dans les rapports entre professionnels et consommateurs, mais il n'est pas déterminant de l'existence ou non d'un déséquilibre. En effet, il s'agit de l'élément le plus aisément compris par le consommateur, souvent capable d'en jauger seul l'opportunité. Contrairement aux différentes prérogatives contractuelles qui ne sont souvent

¹ Nous ne ferons ici que résumer cette typologie. Pour un exposé plus détaillé, V. C. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive – étude de droit de la consommation*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2018, p. 263 et s., n°391 et s.

² Art. R. 212-1, 8° C. conso.. V. aussi art. R. 212-1, 10°, C. conso. ; Art. 212-2 2°, 8°, C. conso.

³ Art. R. 212-1, 3°, 9°, C. conso ; Art. R. 212-2, 4°, 6°, C. conso.

⁴ Art. R. 212-1, 7°, C. conso.

⁵ Art. R. 212-1, 6°, C. conso.

⁶ Bien entendu, à l'exception des clauses figurant dans les listes réglementaires, le simple octroi ou retrait d'une prérogative n'emporte pas automatiquement la qualification de clause abusive puisqu'elle doit toujours être replacée dans l'ensemble du contrat et analysée au regard des circonstances de conclusion. Le retrait d'une prérogative peut ainsi être compensé ailleurs dans le contrat par l'octroi d'une autre.

pleinement considérées qu'en cas de litige, le prix est l'élément fondamental, premier, qui va déterminer le consommateur à conclure le contrat. Ainsi, par son accessibilité et par l'attention que lui porte le consommateur, le prix ne semble finalement qu'un facteur secondaire de déséquilibre.

La pratique contractuelle révèle en réalité que la domination du professionnel sur le consommateur découle bien plus souvent des prérogatives qu'il s'octroie ou qu'il dénie au consommateur. Celles-ci déterminent potentiellement l'ascendant économique du professionnel dans la relation contractuelle. Il nous semble ainsi logique de classer la législation de lutte contre les clauses abusives comme une manifestation de la recherche d'un équilibre économique.

- 333.** L'équilibre consumériste franchit donc, dans la lutte contre les clauses abusives, un cap : il ne s'agit plus simplement d'atteindre une équivalence des savoirs mais d'agir directement sur la puissance économique des consommateurs en leur garantissant un équilibre au sein du rapport contractuel.

Outre ce rééquilibrage juridique commun à tous les contrats conclus entre consommateurs et professionnels, la législation consumériste procède, dans certains contrats, à un rééquilibrage financier.

Sous-section 2. Le rééquilibrage financier de certains contrats

334. Plan – Par la prohibition des taux d'intérêt usuraires dans les contrats de crédit (§1.) ainsi que par la sanction de la disproportion dans le contrat de cautionnement (§2.), le droit de la consommation opère un rééquilibrage financier de ces contrats.

§1. Délit d'usure et équilibre économique

335. Rappel¹ – Tout contrat de crédit immobilier, ou à la consommation, doit mentionner son taux effectif global (TEG), c'est-à-dire le taux d'intérêt conventionnel auquel sont ajoutés « les frais, les taxes, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects »². Outre cette obligation formelle, le prêteur ne doit pas stipuler un taux usuraire, c'est-à-dire « un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature »³. Le non-respect de cette obligation est sanctionné, sur le plan civil, par l'imputation des perceptions excessives sur les intérêts normaux, c'est-à-dire par la restitution des intérêts dépassant le seuil usuraire⁴ et, sur le plan pénal, par une amende et une peine d'emprisonnement⁵.

336. Une spécificité du contrat de crédit – Par le délit d'usure, le législateur fixe un seuil maximal d'intérêts qui, s'il est dépassé, entraîne automatiquement la réduction du TEG stipulé audit seuil⁶.

¹ Pour une analyse de l'influence de cette infraction sur le phénomène de standardisation du contrat : cf. *supra* n°217-218. Pour une analyse de l'objectivation de son élément moral : cf. *supra* n°264.

² Art. L. 314-1, C. conso.

³ Art. L. 314-6, C. conso.

⁴ Art. L. 341-48, C. conso.

⁵ Art. L. 341-50, C. conso.

⁶ Cette appréhension moderne de l'usure est en rupture totale avec la conception qu'en retenait la théologie chrétienne pendant le Moyen-Âge, définissant l'usure comme la simple stipulation d'un intérêt dans un prêt d'argent. Prohibée à de multiples reprises dans les textes bibliques, dans l'Ancien (Ex 22, 24 ; Lv 25, 35-37 ; Deutéronome 23, 20 (*La Bible de Jérusalem*, trad. École biblique de Jérusalem, éditions du Cerf, 2000)) comme dans le Nouveau Testament (Luc 6, 36-38 (*Ibidem*)), l'usure est très rapidement interdite dans le droit canonique, pour les clercs (Canon 20 du concile Elvire, vers 300 ; canon 17 du concile de Nicée, 325), pour les laïcs (concile de Clichy, 626) et, enfin, de manière générale par Charlemagne avec son *Admonitio Generalis* d'Aix-La-Chapelle de 789. Cette pratique est assimilée au vol qui est considéré comme un péché mortel. Le raisonnement était le suivant : « Que vend [l'usurier] sinon le temps qui s'écoule entre le moment où il prête et celui où il est remboursé avec intérêt ? Or le temps n'appartient qu'à Dieu. Voleur de temps, l'usurier est un voleur du patrimoine de Dieu » (J. LE GOFF, *La Bourse et la vie – Économie et religion au Moyen-Âge*, Librairie Arthème Fayard/Pluriel, Hachette, 2010, p.49). La gravité de la pratique faisait encourir à son auteur la géhenne et lui était

Cette infraction tranche pleinement avec l'exclusion de tout contrôle de l'adéquation du prix au bien ou au service fourni dans la législation de lutte contre les clauses abusives. En effet, dans un contrat de crédit, le TEG – et plus précisément le taux d'intérêt – constitue le « prix », la rémunération due par l'emprunteur au prêteur. Refusant de s'immiscer dans la fixation des prix dans les contrats de vente et de prestation de services, le législateur aurait très bien pu s'en tenir à la même logique dans les contrats de crédit.

La différence s'explique par la complexité accrue de ces contrats. Là où, dans une vente, l'on peut supposer que le consommateur est capable d'estimer l'adéquation du prix à l'objet, une telle estimation s'avère bien plus difficile en matière de crédits, contrats complexes aux modalités très variables entre les différents établissements bancaires. En effet, le TEG n'est qu'une modalité parmi d'autres dans ces contrats : le consommateur doit prendre en compte la durée, les modalités de remboursement anticipé, la possibilité de renégocier son prêt, de le suspendre temporairement, les modalités d'assurance, etc.

Ce facteur n'explique pourtant pas la différence de traitement entre ces contrats et les contrats de prestation de services, soumis de même à la législation de lutte contre les clauses abusives. En effet, à l'instar des contrats de crédit, ces contrats peuvent être très complexes par leur domaine comme par leurs modalités, le prix n'étant là encore qu'une variable parmi d'autres¹. La divergence s'explique ici par le différentiel de gravité de l'engagement : alors que le contrat de prestation de services est, dans la majorité des cas, limité dans le temps et n'engage que de manière raisonnable le patrimoine du consommateur, le contrat de crédit l'engage généralement pour de longues périodes, pour des sommes importantes. La dangerosité de ces engagements se vérifie d'ailleurs dans le fait qu'ils sont la source principale des situations de surendettement².

337. La recherche d'un équilibre économique – Cette complexité et cette dangerosité expliquent une recherche accrue d'équilibre. Par la fixation d'un seuil maximal d'intérêts, le

le droit à une sépulture chrétienne ainsi que celui de faire l'aumône (J. LE GOFF, *La Bourse et la vie – Économie et religion au Moyen-Âge*, *op. cit.*, p.64).

¹ Cela vaut d'autant plus que le prix n'a nécessairement à être fixé en la matière. L'article L. 112-3 du Code de la consommation dispose ainsi 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 ».

² Pour l'année 2020, la Banque de France, dans son enquête annuelle relative à l'endettement des ménages, indique que les dettes financières (soit, en somme, les dettes découlant des contrats de crédit immobilier, à la consommation, etc.) composent 73% de l'endettement des ménages surendettés (Banque de France, *Le surendettement des ménages – enquête typologique*, 2020, disponible sur le site www.particuliers.banque-france.fr).

législateur garantit au consommateur l'adéquation – au moins relative – du TEG au contrat conclu. Il franchit, dès lors, un cap axiologique : il ne recherche plus simplement un équilibre technique, mais vise directement à garantir un certain équilibre financier plafonnant la liberté contractuelle et se réalisant de manière précise et chiffrée par la stipulation d'un taux en-deçà du seuil usuraire. On soulignera d'ailleurs que la rupture avec l'axiologie civiliste classique, qui n'accorde qu'une place très limitée à la lésion¹, s'en trouve confirmée.

Aussi, envisager le délit d'usure comme une manifestation de la valeur d'équilibre permet de mieux comprendre la mutation de son élément moral, d'une intention à une faute simple². En effet, dès lors que seul compte le déséquilibre causé par la stipulation du taux excessif, il n'y a point lieu de s'intéresser à la psyché du professionnel. Puisque l'équilibre constitue la finalité du dispositif, le seul écart par rapport au référentiel doit suffire à prononcer la sanction. Une fois encore : priorité à l'équilibre ; indifférence à l'intention.

338. Un équilibre fluctuant – À la différence de ses précédentes manifestations, l'équilibre est ici fluctuant, le seuil usuraire étant calculé sur la base des taux moyens pratiqués par les établissements de crédit au cours du trimestre précédent. L'équilibre n'est pas fixé par le législateur mais par la pratique financière. Ce point mérite d'être souligné puisqu'il s'agit, dans le droit de la consommation « classique », de la seule hypothèse dans laquelle le marché – et donc les professionnels – se voit octroyer un pouvoir de fixation du contenu de la valeur d'équilibre³.

Une telle entorse se comprend au regard du domaine de cette disposition qui certes détermine l'étendue de l'engagement du consommateur mais, plus largement, influe sur l'ensemble du système économique, en restreignant l'octroi de crédits. En effet, un tel encadrement a pour effet de cantonner, d'une part, la rémunération des établissements de crédit et, d'autre part, la croissance économique du marché en limitant potentiellement la consommation et, par conséquent, la production.

En outre, cela révèle une appréhension collective de la valeur. L'équilibre est bien évidemment recherché au sein du contrat puisqu'un taux usuraire constitue un important vecteur de domination du professionnel sur le consommateur ; il l'est de même à l'échelle

¹ Cf. *supra* n°78-79.

² Cf. *supra* n°264.

³ Pour des exemples de dispositions consuméristes modernes conférant, de manière bien plus directe, un pouvoir de détermination du contenu ou de la portée de la norme, au professionnel : cf. *infra* n°547 et s.

du marché, tant entre les prêteurs – qui ne peuvent pratiquer des taux excessifs – qu’entre les consommateurs – qui profitent de taux semblables.

339. Équilibres et sanction du délit d’usure – En l’envisageant au prisme de l’équilibre, le principe de la sanction pénale de ce délit devient logique. En effet, comme dit précédemment, la stipulation d’un taux usuraire est sanctionnée par la réduction du TEG au seuil usuraire¹. Le juge ne peut prononcer la nullité du contrat ou même de la stipulation d’intérêts². Le professionnel n’encourt donc rien de plus, au plan civil, qu’une réduction du taux stipulé au niveau maximal autorisé. Cela semble être la solution logique pour remédier à un déséquilibre financier, arithmétique, causé par la stipulation d’un taux excessif³.

340. Comparaison avec la sanction en cas de défaut ou d’erreur dans la mention du TEG – Pourtant, ce constat vacille lorsque cette sanction est comparée à celles prononcées en cas d’absence de mention du TEG ou de mention erronée. À ce sujet, et avant une réforme récente⁴, deux hypothèses devaient être distinguées.

D’une part, dans un crédit à la consommation ou dans un crédit immobilier, le TEG doit être mentionné dès le stade précontractuel dans une fiche d’informations délivrée à l’emprunteur⁵. En cas d’erreur ou de défaut de mention, le prêteur encourait alors la déchéance de son droit aux intérêts, totale dans un crédit à la consommation⁶, et dans une proportion fixée par le juge, dans un crédit immobilier⁷. D’autre part, dans les autres hypothèses⁸, en cas de manquement à l’obligation de mention précise du TEG, l’emprunteur

¹ Art. L. 341-48, C. conso.

² Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-14.359 : *Bull. civ.* 2011, IV, n° 156 ; *D.* 2011, p. 2533.

³ Une telle assertion ne nous empêche pas de considérer une telle sanction comme trop insuffisante face à la gravité de cette infraction. Pour une analyse de la sanction et de ses évolutions, cf. *infra* n°590 et s.

⁴ Ord. n° 2019-740 du 17 juill. 2019 relative aux sanctions civiles applicables en cas de défaut ou d’erreur du TEG.

⁵ En matière de crédit à la consommation, cf. art. L. 312-12 et R. 312-12, C. conso. ; en matière de crédit immobilier, cf. art. L. 313-7 et R. 313-4, C. conso.

⁶ Art. L. 341-1 et L. 341-4, C. conso.

⁷ Art. L. 341-25, C. conso.

⁸ Art. L. 314-5 et L. 341-49, C. conso. Cela recouvre notamment les cas d’erreurs ou de défaut de mention dans le contrat comme ceux conclus avant l’entrée en vigueur de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, ayant instauré l’obligation de transmission d’une fiche d’information. Cela concerne aussi les contrats ne rentrant pas dans le champ d’application des articles susvisés tels que les contrats de crédit conclus entre non-professionnel et professionnel.

pouvait obtenir la nullité de la stipulation d'intérêts¹ ainsi que la substitution du taux d'intérêt légal à celle-ci².

Depuis l'ordonnance du 17 juillet 2019³, le régime des sanctions a été unifié : tout défaut de mention ou erreur dans la mention du TEG, quel que soit le contrat de prêt concerné, sera sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts, dans une proportion fixée par le juge⁴. Cette sanction a en outre été généralisée dans le temps, puisque la Cour de cassation a étendu l'application de ce nouveau régime aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance⁵.

Dans les deux cas, malgré ces différences et évolutions, le résultat est similaire pour le prêteur qui subit toujours une réduction – voire une suppression – des intérêts auxquels il peut prétendre.

341. Équilibre économique et équilibre technique – La différence d'intensité avec la sanction prononcée en présence d'un taux usuraire – sanction consistant à réduire le taux usuraire au seuil maximal autorisé – est donc flagrante et difficilement justifiable au vu des faits sanctionnés : s'il commet une erreur dans la mention, le professionnel subit une réduction voire une suppression de son droit aux intérêts ; en revanche, il n'encourt qu'une réduction au taux maximal autorisé en cas de stipulation d'un taux usuraire⁶.

Difficile à comprendre en opportunité, une telle différence est révélatrice sur le plan axiologique. En effet, ces deux sanctions sont sous-tendues par deux aspects distincts de la valeur d'équilibre : la prohibition de l'usure incarne une forme d'équilibre économique, alors que l'obligation de mention exacte du TEG relève de l'équilibre technique⁷. Le caractère

¹ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 2014, n°13-17.215 : *RJDA* 2015, n°211 ; *Gaz. Pal.* 2015, 500, obs. S. Piédelièvre ; *Banque et Dr.* 1-2/2015, 39, obs. T. Bonneau – Cass. Civ. 1^{ère}, 21 janv. 1992, n°90-18.121 : *JCP G* 1992, I, 3591, n°5 obs. M. Fabre-Magnan – Cass. com., 12 mars 2002 : *RJDA* 2002, n°796.

² V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981 : *JCP* 1982, II, 19713, note Vasseur ; *RTD com.* 1981, 809, obs. R. Cabrillac et B. Teyssié ; *RTD civ.* 1982, 429, obs. P. Rémy – Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1982 : *Bull. civ.* I, n°175.

³ Ord. n°2019-740 du 17 juil. 2019 relative aux sanctions civiles applicables en cas de défaut ou d'erreur du TEG.

⁴ Pour une analyse du sens de cette nouvelle sanction, cf. *infra* n°590 et s.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2020, n° 18-24.287 : *D.* 2020, 1440 ; *ibid.* 1434, note J.-P. Sudre ; *ibid.* 1441, note J.-D. Pellier ; *ibid.* 2021, 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *ibid.* 594, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2021, 223, obs. J. Moreau ; *RDI* 2020, 448, obs. H. Heugas-Darraspen ; *AJ contrat.* 2020, 387, obs. F. Guéranger ; *RTD civ.* 2020, 605, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020, 693, obs. D. Legeais – Cass. com. 24 mars 2021, n° 19-14.307 et 19-14.404 : *D. Actu*, 8 avr. 2021, note J.-D. Pellier ; *Gaz. Pal.* 2021, n°16, p.33, note C. Berlaud - Cass. civ. 1^{ère}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316 : *D.* 2021, 1716 ; *RTD com.* 2021, 894, note D. Legeais ; *JCP G* 2021, 1168, comm. S. Pellet.

⁶ Ce paradoxe a déjà été relevé par certains auteurs : V. not. R. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, *RTD com.* 1981, 809, spéc. p.810.

⁷ Sur les obligations d'information en général, cf. *supra* n°282-284. Saisie d'un litige relatif à certaines irrégularités dans la mention du taux effectif global dans un contrat de crédit conclu entre professionnels, la Cour de cassation a dû se prononcer sur la conventionalité de la sanction consistant à substituer le taux d'intérêt légal au taux conventionnel. Elle la

moins rigoureux de la sanction de l'équilibre économique – qui consiste toujours en l'éradication ciblée du facteur de déséquilibre, dans l'usure comme dans la sanction des clauses abusives – trahit la préférence du législateur pour l'équilibre technique. En effet, celui-ci touche de manière moins substantielle au contenu du contrat, à l'inverse de l'équilibre économique. Ce dernier, plus invasif et restreignant de manière bien plus importante la liberté des parties, se voit cantonné à certaines hypothèses, et conduit à de moins fortes sanctions¹.

La sanction de la disproportion dans le contrat de cautionnement constitue, en outre, la seconde manifestation de l'équilibre mathématique au sein du contrat.

§2. *Disproportion du cautionnement et équilibre économique*

342. Rappel – Symptôme d'une standardisation matérielle du contrat², l'exception de disproportion de l'engagement de la caution constitue la seconde manifestation de l'équilibre économique par rééquilibrage financier du contrat.

Pour rappel, les anciens articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation disposaient qu'« un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement » ou « un créancier professionnel ne [pouvaient] se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au

valide en expliquant que « cette sanction, qui est fondée sur l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens » (Cass. com. 12 janv. 2016, n°14-15.203 : D. 2016. 196). Une telle référence au consentement de l'emprunteur peut sembler remettre en cause le rattachement de cette sanction à l'équilibre technique puisque, comme expliqué précédemment, cette valeur ne s'intéresse que de manière subsidiaire à la protection de cet élément (cf. *supra* n°282 et s.). Deux points nous permettront de nuancer grandement l'influence de cette jurisprudence sur notre raisonnement. D'une part, le litige oppose ici deux professionnels et la sanction analysée n'est pas une sanction rendue en matière consumériste. D'autre part, cette référence au consentement est erronée puisqu'à aucun moment dans le prononcé de cette sanction, la jurisprudence n'analyse l'influence subjective sur le consentement de l'emprunteur. La sévérité de cette sanction trahit donc plutôt une appréhension objective de la volonté de l'emprunteur (cf. *supra* n°170 et s.).

¹ Une telle hiérarchie ressort, de surcroît, du placement des articles au sein du Code. Dans la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 ayant instauré cette définition de l'usure ainsi que l'obligation de la mention du TEG dans le contrat, l'usure précédait l'obligation de mention. Comme cela a été noté, dans le Code de la consommation, l'ordre est inversé et il est possible que « le législateur [ait] entendu montrer la prépondérance de la fonction informative du taux effectif global en reversant l'ordre dans lequel il aborde les questions » (A. BRUNET, « Le TEG, un taux d'embrouille généralisée ? » in. *Drôle(s) de droit(s) – Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000, n°2, p.231).

² Cf. *supra* n°219 et s.

moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Abrogés par une ordonnance du 15 septembre 2021¹, ces dispositifs ont inspiré l'article 2300 du Code civil qui dispose que « si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date ».

Comme nous l'avons précédemment relevé, malgré cette évolution, ces textes seront analysés conjointement car ils sont animés par une logique similaire : l'engagement disproportionné d'une personne physique comme caution ne peut être valablement mis en œuvre par un créancier professionnel.

343. Un équilibre économique – Le critère de disproportion manifeste, qui « suppose que la caution se trouve, lorsqu'elle le souscrit, dans l'impossibilité manifeste de faire face à un tel engagement avec ses biens et revenus »², renvoie incontestablement à l'idée d'équilibre. Toutes ces dispositions sanctionnent en effet un engagement s'éloignant de manière trop importante du modèle d'équilibre résidant, ici, dans l'engagement proportionné de la caution, c'est-à-dire l'engagement auquel elle peut faire face, sans risquer l'insolvabilité³.

344. Un équilibre individualisé et objectif – L'équilibre visé ici par le législateur va cependant varier selon chaque situation. Il n'est point question de fixer un seuil de déséquilibre inamovible, comme en matière de taux usuraire⁴ ; ici, l'équilibre fluctue en fonction de la situation, de l'étendue du patrimoine de la caution.

Il n'en reste pas moins objectif : seules des données matérielles – les biens et revenus de la caution au moment de son engagement – sont prises en compte par les juges dans l'appréciation du déséquilibre. Comme cela a été démontré, l'ensemble du dispositif – contrairement au droit commun antérieur à l'ordonnance du 15 septembre 2021 – est complètement hermétique à la bonne foi de la caution excipant de la disproportion⁵ : seul

¹ Ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés.

² Cass. com. 28 fév. 2018, n°16-24.841 : *RTD civ.* 2018. 457, note P. Crocq ; *RDI* 2018, 335, obs. Heufas-Darraspen ; *JCP E* 2018, n°1197, note D. Legeais ; *D.* 2018. Actu. 508 ; *AJ contrat.* 2018, 192, obs. G. Mégret.

³ Pour exemple, cela peut résulter d'un engagement de la caution représentant la moitié (CA Paris, 17 sept. 1993 : *JCP E* 1994, I, 408, n°8, obs. P. Simler et P. Delebecque) ou encore le triple de son revenu disponible (CA Paris, 27 mai 1997 : *CCC* 1998, n°47, obs. G. Raymond).

⁴ Cf. *supra* n°338.

⁵ Cf. *supra* n°221.

compte l'écart trop important par rapport au modèle vertueux d'équilibre, à savoir ici la proportion entre l'engagement conclu et le patrimoine de la caution.

En somme, comme en matière d'usure, le fonctionnement du dispositif peut être résumé par l'aphorisme : priorité à l'équilibre ; indifférence à l'intention.

345. Conclusion de la Section 2. – Plus discret que l'équilibre technique, le second versant de l'équilibre consumériste – dit économique – se réalise par deux biais : un rééquilibrage juridique des contrats par la prohibition des clauses abusives ; un rééquilibrage financier de certains contrats par la sanction de la disproportion de l'engagement de la caution ou encore celle de la stipulation d'un taux d'intérêt usuraire.

Quoique fort différentes dans leur champ d'application et leurs modalités, ces dispositions sont toutes sous-tendues par le même ordre axiologique consumériste. Celui-ci aspire à instaurer, dans ces hypothèses, un équilibre économique entre le consommateur et le professionnel en agissant directement sur l'engagement contractuel du premier – que cela s'opère par retranchement ou par plafonnement.

Conclusion du Chapitre 1.

346. Une double recherche d'équilibre – L'ensemble du droit de la consommation laisse transparaître le souci particulier du législateur de remédier au déséquilibre caractérisant le rapport de force entre consommateurs et professionnels. Cette recherche d'équilibre est double.

D'une part, l'ensemble de la matière est traversé par une volonté d'instaurer un équilibre *technique* entre les parties, soit en accroissant les savoirs du consommateur notamment par des obligations d'information, des droits de rétractation et des délais de réflexion, soit en adaptant les produits à la perception qu'il en a, par une standardisation globale des produits.

D'autre part, d'une manière plus éparse mais non moins effective, la recherche d'un équilibre *économique* émane de cette législation. Cela va se traduire par un rééquilibrage juridique du contrat avec le retranchement des clauses abusives ainsi que par un rééquilibrage financier avec la sanction des taux d'intérêt usuraires ou d'un engagement disproportionné de la caution.

347. Formulation de la valeur – De la législation consumériste émane une prescription claire : le rapport de force entre consommateurs et professionnels doit être rééquilibré, techniquement et économiquement.

Conformément à la méthodologie précédemment exposée¹ et éprouvée², de ce jugement prescriptif peut être induite la formulation de la valeur : *est bonne la situation dans laquelle le savoir et le pouvoir des consommateurs sont équilibrés avec ceux du professionnel.*

La nature axiologique ainsi que le contenu de l'équilibre consumériste ayant été déterminés, l'étude doit maintenant s'atteler à l'analyse de sa réalisation afin de répondre aux deux interrogations identifiées plus tôt : comment fonctionne-t-elle ? ; et au service de quelles fins ?

¹ Cf. *supra* n°11.

² Cf. *supra* n°92 et s., n°137 et s.

Chapitre 2. La réalisation de l'équilibre consommériste

348. *Est bonne la situation dans laquelle le savoir et le pouvoir des consommateurs sont équilibrés avec ceux du professionnel* : ici réside le contenu de la valeur d'équilibre consommériste.

L'objet de l'axiologie consommériste ayant été déterminé, il nous faut maintenant nous intéresser à sa réalisation¹. On entend ce terme comme le « fait de se manifester sous une forme concrète, de prendre une forme »², ce qui doit être examiné sous deux angles. D'abord, la réalisation doit s'analyser de manière *statique* et *interne* à la valeur : cela implique d'en déterminer le fonctionnement, les caractères. Ensuite, la réalisation doit s'analyser de manière *dynamique* et *externe* afin de déterminer les finalités poursuivies par la valeur.

349. Plan – L'étude de la réalisation de l'équilibre consommériste s'organisera ainsi autour d'un double raisonnement inductif. D'abord, du contenu précédemment analysé seront induits les caractères de l'équilibre consommériste (**Section 1.**). Ensuite, de ceux-ci, seront induites les finalités de l'équilibre consommériste (**Section 2.**).

Section 1. Les caractères de l'équilibre consommériste

350. Plan – L'étude du déclin des valeurs civilistes et du contenu de l'équilibre consommériste a révélé deux caractères déterminant l'équilibre consommériste : il s'agit d'une valeur objective (**Sous-section 1.**) et impérative (**Sous-section 2.**). En d'autres termes, l'équilibre s'impose uniformément à toute relation consommateur-professionnel.

¹ Pour un exposé de la méthodologie générale d'identification des valeurs, de leurs caractères et de leurs finalités : cf. *supra* n°11 et s.

² www.cnrtl.fr. V° "Réalisation", sens C., 2. (Date de consultation : 01/10/2022).

Sous-section 1. Une valeur objective

351. Précision terminologique – La polysémie et l'équivocité du terme « objectif » invitent à une précision préalable sur sa signification. Nous ne l'entendrons pas ici dans son sens moderne et plus courant dans lequel il désigne « toute idée qui vient des objets extérieurs de l'esprit »¹, « un objet [...], une réalité subsistant "en elle-même", c'est-à-dire indépendamment de toute connaissance ou idée »². Ce sens doit être écarté dès lors qu'il impliquerait ici que l'équilibre serait concrètement observable dans le droit positif, sous la forme d'une norme ou d'un principe juridique. Or, pour rappel, il sous-tend le droit de la consommation sous la forme d'une valeur et ne peut donc être qualifié d'« objectif » suivant une telle acception.

Aussi, le terme « objectif » devra être compris comme « opposé à *subjectif* au sens d'*individuel* », c'est-à-dire qui est « valable pour tous les esprits »³. En d'autres termes, l'équilibre est objectif puisqu'il est hermétique à toute considération subjective et concrète. Il est, dès lors, invariable et abstrait : il ne se module pas selon la situation concrète des parties.

352. L'indifférence à l'existence concrète d'un déséquilibre – Cette objectivité ressort de l'indifférence de la législation consumériste à l'existence concrète d'un déséquilibre initial entre consommateurs et professionnels. Certes, le droit de la consommation a pour point de départ le constat structurel d'un déséquilibre technique, juridique et économique entre le consommateur et le professionnel⁴. Cependant, ce constat – dont la véracité ne doit pas être remise en cause – est global et ne résulte pas d'une vérification systématique et individualisée de l'existence d'un déséquilibre dans chaque rapport consommateur-professionnel. En somme, bien que le déséquilibre structurel soit la justification de l'existence du droit de la consommation, il n'a jamais été érigé en condition de son application.

¹ É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, www.littre.org. V° « objectif », sens 3.

² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd., 2010, p.696-697.

³ *Ibidem*.

⁴ Pour une démonstration du caractère structurel de la protection accordée au consommateur : cf. *infra* n°387 et s.

Dans la définition objective des parties – Cet hermétisme à toute subjectivité s’observe clairement dans la définition objective des parties¹. Si la faiblesse du consommateur fonde théoriquement le droit de la consommation, elle est totalement exclue de la définition technique du consommateur.

Pour justifier un tel décalage entre le constat initial et sa matérialisation juridique, certains juges² et auteurs³ ont évoqué l’existence d’une présomption irréfragable de faiblesse. Pourtant, force est de constater que cette présomption est très rarement mobilisée en droit positif.

Plus fondamentalement, il semble simplement que le législateur ait entendu privilégier l’effectivité de la norme. En effet, « tenir compte des aptitudes particulières de chaque consommateur susciterait des litiges sans fin »⁴, constituerait une preuve complexe à apporter et dissuaderait un nombre important de consommateurs d’agir.

Consommateurs et professionnels ne sont finalement pas appréhendés autrement que comme deux catégories d’agents économiques : seule l’activité économique et sa finalité importent à la classification d’un individu dans l’une ou l’autre de ces catégories.

Dans l’appréhension objective du comportement des parties – L’objectivité de l’équilibre ressort en outre clairement de l’appréhension objective du comportement des parties, phénomène consistant pour le droit de la consommation à occulter toute considération quant à la malveillance du consommateur⁵ ou quant à l’intention du professionnel⁶. En effet, le consommateur pourra profiter de la protection qui lui est accordée, quand bien même il n’en aurait aucunement besoin⁷, ferait preuve de mauvaise foi ou d’abus dans l’exercice de son droit. De manière symétrique, le simple constat d’un manquement du professionnel à la législation consumériste sera sanctionné, même en l’absence de toute intention de nuire ou de profiter du consommateur, de tout préjudice individuel causé à ce dernier, et en l’absence de tout déséquilibre effectif.

¹ Cf. *supra* n°232 et s.

² La Cour de Justice de l’Union Européenne a ainsi énoncé que « le consommateur se trouve dans une position d’infériorité en ce qu’il doit être *réputé* comme étant moins informé, économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que [le professionnel] » (CJUE, 3 sept. 2015, *Costea*, aff. C-110/14, spéc. n°21 : *D.* 2016. Pan. 621, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *CCC* 2016, n°21, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP G.* 2015, n°1110, note G. Paisant ; *JCP E* 2015, n°1599, note S. Moracchini-Zeidenberg ; *Gaz. Pal.* 2015. 3240, obs. S. Piedelièvre).

³ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, n°9, p.11.

⁴ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n°9, p.11.

⁵ Cf. *supra* n°238 et s.

⁶ Cf. *supra* n°249 et s.

⁷ Pour exemple, il lui est tout à fait loisible d’agir contre le professionnel pour manquement à une obligation d’information alors même qu’il connaissait cette information, de par son activité professionnelle ou son expérience.

353. Une indifférence relative en matière d'équilibre économique – Il est vrai que quelques dispositifs sont conditionnés à l'existence d'un déséquilibre matériel effectif. Il s'agit de ceux visant à rétablir un certain équilibre économique entre les parties : comme nous l'avons vu, il en va ainsi de la prohibition des taux usuraires¹, de la sanction de la disproportion dans le cautionnement², ou encore de l'éradication des clauses abusives³.

Cela ne remet pourtant pas en cause le caractère objectif de la valeur d'équilibre puisque le déséquilibre sanctionné n'intègre aucune composante subjective. Pour exemple, il ne s'agit point de déterminer si la caution était dans un état particulier de vulnérabilité : il s'agit simplement de constater la disproportion, de manière quasi-mathématique, entre la dette garantie et son patrimoine. Ce raisonnement peut être appliqué au délit d'usure ou à la prohibition des clauses abusives : un déséquilibre concret existe bel et bien ; il reste cependant hermétique à toute subjectivité.

354. L'existence d'un déséquilibre effectif entre les parties comme condition d'application doit être tout particulièrement relativisée en matière de lutte contre les clauses abusives.

D'une part, ce déséquilibre peut être simplement potentiel. En effet, en définissant les clauses abusives comme celles qui ont « pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », l'article L. 212-1 n'exige pas que le déséquilibre soit effectivement subi par le consommateur, mais simplement qu'il soit à l'état de possibilité. En d'autres termes, « c'est dire que le résultat est indifférent »⁴.

Cette potentialité est particulièrement importante en présence d'une action en suppression de clauses exercée par une association de consommateurs⁵. Dans cette hypothèse, l'association agit contre un professionnel, non pas en défense d'un ou plusieurs consommateurs identifiés, mais simplement en vertu de la stipulation d'une clause abusive, qu'elle soit toujours proposée au public ou non⁶. Aussi, l'appréciation sera nécessairement

¹ Cf *supra* n°335 et s.

² Cf *supra* n°342 et s.

³ Cf. *supra* n°329 et s.

⁴ G. PAISANT, « Les clauses abusives et la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, chr. 99, n°7. L'auteur souligne, à ce sujet, que cette appréhension du déséquilibre significatif comme simple potentialité constitue une des différences majeures existant entre la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et sa transposition par la loi du 1^{er} février 1995. En effet, l'article 3 de la directive identifie comme abusives les clauses « [créant] au détriment du consommateur un déséquilibre significatif ».

⁵ Art. L. 621-7, C. conso.

⁶ Art. L. 621-8, C. conso.

faite *in abstracto*¹ : « le tribunal, sans considérer tel ou tel consommateur en particulier, doit se demander si, *de façon générale*, la clause litigieuse crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur »².

La virtualité du déséquilibre se retrouve, d'autre part, dans les méthodes d'identification du caractère abusif d'une clause et, plus précisément, dans l'existence d'une liste « noire » présumant certaines clauses irréfragablement abusives³. Lorsqu'une clause est déclarée abusive sur ce fondement, la sanction est évidemment indifférente à l'existence ou à la potentialité avérée d'un déséquilibre concret entre les parties.

355. Conclusion de la Sous-section 1. – L'équilibre consommériste est une valeur objective. Elle est hermétique à toute considération subjective et concrète, tant dans ses prémisses – par une appréhension objective des catégories de professionnel et de consommateur –, que dans son application – par l'absence de considération relative au comportement des individus, qu'ils soient consommateurs ou professionnels. Cette objectivité témoigne ainsi d'une indifférence à l'existence concrète d'un déséquilibre technique ou économique entre les parties.

L'objectivité de l'équilibre consommériste a pour corollaire logique son impérativité. En effet, dès lors qu'il ne varie pas en fonction de circonstances particulières, il n'est guère surprenant qu'il s'impose invariablement aux parties.

¹ Pour une définition du terme et la méthode d'appréciation qui le caractérise : cf. *supra* n°305-306.

² J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, n°183, p.205 (nous soulignons).

³ Art. L. 212-1, al. 4, C. conso ; Art. R. 212-1, C. conso. Cf. *supra* n°214 et s.

Sous-section 2. Une valeur impérative

356. L'absence de pouvoir individuel de définition – L'équilibre prescrit par le droit de la consommation est impératif. Là où les valeurs civilistes reléguent à l'individu, par la valeur d'autonomie de la volonté, le pouvoir de définir les modalités de conformité à l'ordre moral¹, l'équilibre consumériste impose un modèle unique au consommateur et au professionnel.

Cela ne doit pas surprendre outre mesure : contrairement aux valeurs civilistes qui avaient pour focale l'individu pris isolément et envisagé abstraitement en vertu du principe d'égalité civile, l'ordre consumériste a pour point de départ le rapport de force entre les individus. Dès lors qu'il s'agit de réglementer une relation, l'autonomie individuelle ne peut plus avoir une place aussi prépondérante.

357. Plan – L'impérativité de l'équilibre consumériste se constate tant à l'égard du professionnel (§1.), qu'à l'égard du consommateur (§2.).

§1. L'impérativité pour le professionnel

358. La conformité à l'axiologie consumériste est assurée par le respect des prescriptions législatives. En matière d'équilibre technique, cela consiste à reproduire les mentions obligatoires, transmettre certaines informations en respectant les formes prescrites, etc. En matière d'équilibre économique, il s'agit, pour le professionnel, d'éviter les déséquilibres juridique ou financier identifiés par la loi. Dans les deux cas, le professionnel n'a pas un rôle créateur dans l'instauration de l'équilibre : il ne le façonne pas, il se conforme au modèle prévu par le législateur.

359. Cela implique, d'abord, que le professionnel n'est pas nécessairement libre d'assurer un rééquilibrage plus important de sa relation avec le consommateur. Certes, il lui est tout à fait loisible de multiplier les mentions informatives ou d'octroyer une garantie commerciale dépassant temporellement ou matériellement la garantie légale de conformité². Toutefois,

¹ Cf. *supra* n°92 et s.

² Art. L. 217-21 et s., C. conso.

cette liberté reste relative puisqu'un tel comportement est parfois implicitement prohibé par le législateur. L'article L. 218-1 du Code de la consommation dispose ainsi que « les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, [...] modifier la durée de la prescription ». En l'absence d'indication expresse du législateur, il est possible d'affirmer que la modification interdite vise ici la réduction comme l'allongement de la prescription¹. Le législateur prohibe ainsi toute modification des droits du consommateur, que cette modification lui profite ou qu'elle lui nuise.

360. Cela signifie logiquement, ensuite, que le professionnel ne peut compenser la violation d'une disposition par l'octroi de droits ou de prérogatives supplémentaires au consommateur. Pour exemple, un professionnel ne respectant pas le formalisme précontractuel en matière de crédit ne pourra arguer qu'il a octroyé un délai de réflexion plus long au consommateur, ou qu'il a multiplié les informations et explications par un autre biais. En d'autres termes, le professionnel ne peut aménager lui-même un équilibre différent, même en s'inspirant de la loi.

Finalement, le législateur ne recherche pas *un* équilibre entre les parties : il recherche *l'équilibre* tel qu'il l'a conçu, les éventuelles initiatives du professionnel ne pouvant compenser ses manquements.

Logique pour le professionnel, l'impérativité de l'équilibre se ressent d'autant plus à l'égard du consommateur.

¹ Pour une opinion similaire, V. not. les propos de Mme le Professeur L. USUNIER lors de la 1^{ère} table ronde du séminaire « L'effectivité des sanctions : mythes et réalités », ayant eu lieu le 8 avril 2022, organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris II-Panthéon Assas dans le cadre de son cycle annuel de séminaires portant cette année-là sur : *Les sanctions en droit de la consommation* (D. FENOUILLET, T. GENICON (dir.)).

§2. *L'impérativité pour le consommateur*

361. Plan – L'impérativité de l'équilibre garanti au consommateur la stricte application des dispositions consuméristes dans sa relation avec le professionnel. Cette impérativité s'exprime doublement : par un encadrement strict des possibilités de renonciation à la protection, d'une part (**A.**) ; par la généralisation du pouvoir de relever d'office du juge, d'autre part (**B.**). En somme, l'équilibre s'impose au consommateur malgré son inaction, voire même potentiellement contre sa volonté.

Outre l'identification et la compréhension du fonctionnement de cette valeur, l'analyse de cette impérativité servira, plus avant dans notre propos, à déterminer la nature de l'ordre public consumériste¹.

A. Le strict encadrement de la renonciation à la protection

362. Plan – L'étude du fonctionnement de la renonciation (**1.**) précèdera l'analyse du sens de ce strict encadrement (**2.**).

1. Le fonctionnement de la renonciation

363. La renonciation en droit civil – La renonciation à agir par confirmation d'un acte vicié profite d'un régime clair en droit civil. Classiquement, deux conditions sont nécessaires à la confirmation d'un acte vicié : la partie doit avoir connaissance du vice affectant l'acte, d'une part ; elle doit avoir l'intention de l'en purger, d'autre part². La confirmation n'est ouverte qu'aux vices sanctionnés par une nullité relative et non absolue³.

¹ Cf. *infra* n°414 et s.

² Art. 1338 anc., C. civ.

³ Il est admis aujourd'hui tant par la jurisprudence (Cass. com., 22 mars 2016, n°14-14.218 : *BICC* 2016, n°848 ; *D.* 2016.704 ; *ibid.* 1037, chron. S. Tréard, F. Arbellot, A.-C. Le Bras et T. Gauthier ; *RTD civ.* 2016. 343, note H. Barbier ; *RTD com.* 2016. 317, note B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 2016.76, note J.-M. Moulin ; *ibid.* 2016.23, note D. Houtcief ; *RDC* 2016. 481, note L. Sautonie-Laguionie ; *Dr. Sociétés* 2016, comm. 120, par R. Mortier ; *CCC* 2016.42, note L. Leveneur) que par le législateur que la distinction entre ces deux types de nullités s'opère en fonction de l'intérêt protégé par la disposition violée. Le nouvel article 1179 du Code civil dispose ainsi que « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». Pour la présentation des liens entre cette distinction et la notion d'ordre public : cf. *infra* n°417.

364. La renonciation en droit de la consommation – Déterminer le régime de la renonciation en droit de la consommation n'est pas aussi aisé, et ce pour deux raisons.

D'une part, la renonciation dépasse la question de la confirmation d'un acte vicié. Si elle se pose aussi dans le cas de vices affectant l'acte (dans le cas d'un manquement violation du professionnel à une obligation), elle se pose aussi concernant la renonciation à une protection légale, indépendamment de tout vice (renonciation à un droit de rétractation, à un délai de réflexion, etc.). Cette première différence modifie ainsi profondément les enjeux soulevés par la renonciation, puisqu'elle dépasse la question de la validité contractuelle et touche au fondement même de la protection accordée au consommateur.

Ensuite, en droit de la consommation, la renonciation est toujours envisagée, tant par le législateur que par la jurisprudence ou la doctrine, de manière segmentée : elle est évoquée séparément pour chaque disposition (droits de rétractation, clauses abusives, etc.), et non de manière globale, ce qui rend d'autant plus délicate toute entreprise de systématisation.

Cependant, à l'aune de la loi et de la jurisprudence, il est possible de synthétiser cet ensemble pour en induire un régime de la renonciation en droit de la consommation. Il est à noter que l'on vise ici à présenter la renonciation telle qu'elle fonctionne classiquement en la matière. Les développements suivants n'intégreront donc pas les récentes évolutions jurisprudentielles qui ont considérablement assoupli le régime de la renonciation en présence d'un manquement du professionnel au formalisme informatif¹. Ces arrêts feront l'objet de développements ultérieurs puisqu'ils constituent l'une des manifestations du phénomène de subjectivation du droit de la consommation, symptôme d'une mutation axiologique de celui-ci².

365. Une double condition – Ainsi, traditionnellement, deux conditions peuvent être identifiés pour que soit déclarée valide la renonciation du consommateur : d'une part, la protection doit être *acquise* ; d'autre part, elle doit *continuer à produire effet* au moment de la renonciation. La première condition équivaut au respect, par le professionnel, de la législation et des obligations qui lui incombent : les textes étant respectés, le consommateur

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 févr. 2018, n° 16-25.744 : *D.* 2019. 607, obs. N. Sauphanor-Brouillaud – Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2019, n° 18-11.751 – Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2019, n° 18-18.090 – Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, n° 18-26.761 : *RTD civ.* 2020. 869, obs. H. Barbier ; *D. Actu.*, 6 nov. 2020, obs. J.-D. Pellier – Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2020, n° 18-25.686 : *CCC* 2021. 32, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *D. Actu.*, 13 janv. 2021, note J.-D. Pellier.

² Cf. *infra* n°569 et s.

est considéré comme valablement protégé. La seconde implique que la protection, une fois acquise, persiste dans le temps et rende ainsi possible et envisageable une telle renonciation.

366. Plan – Cette double condition permet ainsi de justifier les hypothèses dans lesquelles la renonciation est possible (réunion des deux conditions) **(a.)** et celles dans lesquelles elle ne l'est pas (l'une des conditions fait défaut) **(b.)**.

a. Le respect des conditions de la renonciation

367. Plan – Le droit de la consommation connaît deux hypothèses principales dans lesquelles la renonciation est autorisée : la renonciation à l'interdépendance entre un contrat de prêt et le contrat financé, d'une part **(a.)** ; la renonciation à un droit de rétractation, d'autre part **(b.)**. Dans ces deux cas, la double condition est bien remplie.

a. L'interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat principal

368. Présentation – Issu des premières lois consuméristes¹, ce premier dispositif vise à protéger le consommateur concluant un contrat de crédit en vue de financer un autre contrat. Il s'impose dans certains crédits à la consommation – intitulés crédits affectés² – et logiquement dans l'ensemble des crédits immobiliers³.

Le législateur prévoit l'interdépendance entre les deux engagements : chaque contrat est conclu sous la condition résolutoire de la non conclusion de l'autre contrat. Cela implique d'abord la dépendance du contrat de crédit à l'égard du contrat principal : si le second n'est pas conclu ou est anéanti ultérieurement, par nullité ou résolution, le premier sera résolu de plein droit du fait d'une clause résolutoire. Cela implique ensuite, de manière similaire et symétrique, la dépendance du contrat principal à la conclusion du contrat de crédit.

¹ Le dispositif fait son apparition à l'article 9 de la loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (Loi Scrivener).

² Art. L. 312-44 et s., C. conso.

³ Art. L. 313-36 et L. 313-41, C. conso.

369. Renonciation – La renonciation à ce dispositif n'est évidemment pas envisageable au moment de la conclusion du contrat de crédit ou du contrat principal. Cependant, la jurisprudence a admis de longue date la possibilité de renoncer à l'invocation de la condition résolutoire « une fois que le risque s'est matérialisé, c'est-à-dire [d'une part] lorsque le contrat principal n'a pas été conclu dans le délai prévu ou lorsqu'il a été ultérieurement anéanti »¹ ou, d'autre part, lorsque le contrat de crédit n'a pas été conclu². Les juges énoncent d'ailleurs que « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »³.

On retrouve bien ici la première condition énoncée plus tôt : dans ces hypothèses, la matérialisation du risque – ici, la non-conclusion de l'un des contrats – concrétise la protection accordée au consommateur ; elle lui est alors acquise. Une fois acquise, le dispositif continue de produire effet, il ne cesse point. Aussi, la double condition étant respectée, la renonciation est permise.

β. Les droits de rétractation

370. Il en est de même en matière de droits de rétractation. Le consommateur ne peut, bien entendu, y renoncer par avance, lors de la conclusion du contrat, c'est-à-dire avant que le délai ne commence à courir. Cela se justifie par l'idée que « le renonçant ne peut avoir pleinement conscience de la prérogative considérée qu'au moment où il la peut librement exercer »⁴. En somme, avant cet instant, le consommateur ne profite pas encore de la protection qu'offre le dispositif : le rééquilibrage technique n'est pas effectué.

En revanche, cette renonciation est envisageable une fois ce moment passé, puisque la double condition est alors remplie. D'une part, la protection est acquise puisque le consommateur dispose pleinement de son droit de rétractation qu'il peut exercer librement.

¹ M. LATINA, « Formation et exécution du contrat de crédit immobilier » *in. Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz Action, 2021-2022, n°332.00 et s., spéc. n°332.63.

² Pour la première hypothèse, cf. not. Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, n° 92-19.856 : *JCP N* 1996. 459, note S. Piédelièvre – Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998 : *Bull. civ. I* n° 6 ; *RTD civ.* 1998. 672, obs. J. Mestre. Pour la seconde, cf. not. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, *Bull. civ. I* n° 120 ; *Deffrénois*. 1998.749, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1998. 671, obs. J. Mestre.

³ Cf. not. : Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, *op. cit.*

⁴ D. HOUTCIEFF, *Rép. civil Dalloz*, V° « Renonciation », déc. 2017 (actualisation : oct. 2021), n°47.

D'autre part, la protection continue de produire effets, puisque le délai n'est pas écoulé ; une fois le délai écoulé, aucune renonciation n'est logiquement envisageable.

Cela explique pourquoi le législateur prévoit une telle possibilité dans les contrats de prestation de services conclus à distance ou hors établissement. L'article L. 221-28, 1° du Code de la consommation dispose ainsi que « le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats de fourniture de services pleinement exécutés *avant la fin du délai de rétractation* et, si le contrat soumet le consommateur à une obligation de payer, dont l'exécution a commencé avec son accord préalable et exprès et avec *la reconnaissance par lui de la perte de son droit de rétractation*, lorsque la prestation aura été pleinement exécutée par le professionnel »¹. De même, le treizième point du même article énonce que « le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats de fourniture d'un contenu numérique sans support matériel dont l'exécution a commencé *avant la fin du délai de rétractation* et, si le contrat soumet le consommateur à une obligation de payer, lorsque : a) Il a donné préalablement son consentement exprès pour que l'exécution du contrat commence avant l'expiration du délai de rétractation ; et b) *il a reconnu qu'il perdra son droit de rétractation* ; et c) le professionnel a fourni une confirmation de l'accord du consommateur [...] »².

Implicite, une telle possibilité existe pour les contrats de vente conclus à distance ou hors établissement. Là encore, la renonciation n'est possible qu'une fois le bien reçu puisqu'il s'agit du point de départ du délai de rétractation et donc de l'instant où la protection est acquise³. Dès lors, le consommateur souhaitant renoncer à son droit de rétractation... n'aura qu'à ne pas l'exercer. En revanche, toute renonciation *a priori*, lors de la conclusion du contrat, est impossible.

Malgré cela, hors de ces hypothèses restreintes, la renonciation du consommateur n'est pas autorisée.

¹ Nous soulignons.

² Nous soulignons.

³ Sur ce déplacement du point de départ du délai de rétractation : cf. *supra* n°323.

b. L'irrespect des conditions de renonciation

Plan – Si l'une des deux conditions identifiées précédemment n'est pas remplie, la renonciation est impossible, et ce, potentiellement à l'encontre de la volonté du consommateur. Il en est ainsi en présence d'une acquisition et disparition simultanée de la protection ($\alpha.$) et, plus fondamentalement, lorsque la protection du consommateur n'est pas garantie ($\beta.$).

α. L'acquisition et disparition simultanée de la protection

371. Le premier cas est celui dans lequel la protection est bien acquise – le professionnel a respecté ses obligations – mais le dispositif ne produit plus d'effets, ce qui rend impossible la renonciation. Il en est ainsi en matière de délai de réflexion. Il convient ici de distinguer deux périodes : avant et après l'écoulement du délai.

Avant cet écoulement, la renonciation est impossible puisque la protection n'est pas acquise : celle-ci ne le sera qu'une fois le délai écoulé. Le consommateur ne peut donc renoncer à ce délai en consentant au contrat de manière prématurée. Cela ressort tant de la loi¹ que de la jurisprudence². Ce mécanisme fonctionne donc bien différemment des droits de rétractation au sein desquels, comme nous l'avons vu, la protection est considérée, par le législateur, comme garantie dès l'octroi du droit et avant l'écoulement du délai d'exercice ; ici, c'est uniquement à l'échéance que la protection est jugée complète, acquise.

Une fois le délai passé, la renonciation serait donc théoriquement possible. Il n'en est pourtant rien pour une raison logique : dès que le délai de réflexion s'est écoulé, il n'est plus envisageable d'y renoncer. La protection est acquise et disparaît simultanément à l'échéance. Cela explique pourquoi, même dans un cas de non-respect du délai par un consommateur donnant son consentement trop tôt, les juges estiment qu'il lui est tout à fait loisible de réitérer ce consentement après l'échéance³.

¹ V. not. art. L. 313-24, al. 2, C. conso. en matière de crédit immobilier (« L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. »).

² V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994 : *Bull. civ. I*, n° 130 ; *Defrénois* 1994, at. 35945, n°166, obs. D. Mazeaud. – Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997 : *Bull. civ. I*, n° 368 ; *JCP G* 1998. II. 10148, note S. Piedelièvre.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, n°97-20.750 : *CCC* 2000, n° 117, obs. G. Raymond.

β. L'absence de protection

372. Bien différente est l'hypothèse où manque la première condition : celle de l'absence de protection due à la violation par le professionnel des obligations lui incombant. Dans ce cas, toute renonciation du consommateur est impossible.

En matière de clauses abusives, la jurisprudence est claire : toute insertion d'une telle stipulation dans un contrat doit être sanctionnée, même si elle a été consentie voire unilatéralement décidée par le consommateur¹. En présence d'une clause abusive, la protection du consommateur est considérée comme défaillante, ce qui l'empêche, quelles que soient les circonstances, de renoncer à en invoquer le caractère abusif.

La solution était similaire dans le cas d'un manquement du professionnel à une obligation d'information ou à un certain formalisme précontractuel, avant les récentes évolutions jurisprudentielles précédemment mentionnées². Dans ces hypothèses, s'est posée la question de savoir si le consommateur pouvait confirmer l'acte vicié par un tel manquement et, ainsi, renoncer à agir nullité à l'encontre du professionnel. Là encore, sans détour par le droit civil, la Cour de cassation déniait au consommateur toute possibilité de renoncer à son action en nullité, quand bien même il aurait eu connaissance du vice et l'intention d'en purger l'acte³. Une fois encore, la renonciation du consommateur était rendue impossible par la protection défaillante dont il profite du fait du manquement du professionnel.

Traditionnellement, il y avait donc lieu de considérer qu'en présence d'un manquement du professionnel à une obligation consumériste, la protection du consommateur n'était pas acquise, n'était pas garantie, ce qui constituait un obstacle dirimant à la renonciation. La législation consumériste s'affranchissait ainsi pleinement du régime civiliste de la renonciation⁴.

¹ Pour exemple, dans un contrat de déménagement, un consommateur ayant lui-même fixé un plafond d'indemnisation dérisoire pourra obtenir que cette clause soit qualifiée d'abusive. Dès lors que cette clause était visée par les la liste « noire » (cf. *supra*, art. R. 212-1, C. conso.), le consentement initial du consommateur à celle-ci est inopérant (Cass. civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21.164, *Bull. civ. I* ; *AJ contrat*. 2020. 97, obs. V. Legrand ; *CCC* 2020, n°36, obs. L. Leveueur ; *RLDC* 2020/181, n°6782, obs. N. Balat ; *RJDA* 2020, n°181).

² Sur leur exclusion des développements présents : cf. *supra* n°364. Pour leur présentation et leur lien avec le phénomène de subjectivation du droit de la consommation : cf. *infra* n°569 et s.

³ V. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1993, n°91-10.873 ; *Bull. civ. I* n° 95 ; *JCP G* 1993.I.3684, n° 6, obs. G. Virassamy – Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-17.673 ; *CCC* 2004, n° 4, p. 43, note G. Raymond.

⁴ Cf. *supra* n°362.

L'encadrement de la renonciation était donc strict et les possibilités d'exercer un tel acte semblaient relever de l'exception plus que du principe. Un tel constat s'avère riche en enseignements.

2. *Le sens de l'encadrement de la renonciation*

373. Ce strict encadrement de la renonciation du consommateur démontre l'impérativité de l'équilibre consumériste. Le consommateur a un droit absolu et invariable à la protection que la loi lui offre tant que celle-ci n'est pas acquise. Le consommateur ne peut, par sa volonté, effacer les conséquences du manquement du professionnel à ses obligations puisque, la loi n'étant pas respectée et la protection consumériste conséquemment non acquise, le déséquilibre causé empêche toute renonciation. Cela « protège ainsi le consommateur contre lui-même »¹ et garantit l'effectivité et l'uniformité de l'application du droit de la consommation.

Ce n'est que de manière résiduelle que la renonciation est possible : si elle est logique – effets persistants – et surtout si les dispositifs protecteurs sont respectés. Comme le résume Monsieur le Professeur MESTRE, « pour la Haute juridiction, le rôle de protection de la loi se situe tout entier en amont, en quelque sorte pour anticiper et contrecarrer les déséquilibres ; si, une fois la faveur légale obtenue, la personne protégée n'en veut pas, son indifférence doit prévaloir »². L'équilibre étant assuré, il n'existe pas de raison valable de forcer l'individu à en profiter.

Le fonctionnement de la renonciation nous éclaire ainsi sur les finalités de l'équilibre, sur lesquelles nous reviendrons : il se propose prioritairement de remédier à l'infériorité structurelle de la collectivité des consommateurs³, même si cela peut parfois équivaloir à une contrainte pour l'individu.

L'impérativité de l'équilibre ressort, en outre, de la généralisation du pouvoir du juge de relever d'office tout manquement du professionnel à la législation consumériste.

¹ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 327, n°211.

² J. MESTRE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *op. cit.*

³ Cf. *infra* n°387 et s.

B. La généralisation du relevé d'office

374. Une faculté – Initialement refusée par la Cour de cassation¹, la faculté pour le juge de relever d'office les manquements aux dispositions du Code de la consommation a été admise par le législateur en 2008², sous l'impulsion européenne³, et figure aujourd'hui à l'article R. 632-1⁴.

Quoique récente, cette évolution est conforme à l'axiologie consumériste originelle. Comme précisé précédemment, certains dispositifs postérieurs à la directive du 11 mai 2005 peuvent être catégorisés de la sorte au vu de la communauté d'esprit qui les unit à l'équilibre consumériste. Or, ici, la faculté accordée est de portée générale : le juge peut sanctionner toute violation des dispositions consuméristes, sans que celles-ci n'aient été invoquées par le consommateur. Cela renforce l'impérativité de ces dispositions et en garantit une meilleure application dès lors que leur respect n'est plus nécessairement conditionné à une demande du consommateur.

375. Un devoir ? – Il ne s'agissait initialement que d'une faculté et non d'une obligation. Mais la Cour de Justice de l'Union Européenne a considéré, par un arrêt du 4 juin 2009, que « le juge [...] est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet »⁵. La solution sera reprise, en

¹ Elle se fondait à l'époque sur la distinction entre l'ordre public de direction et de protection. Elle relevait ainsi que, les dispositifs consuméristes relevant de la seconde catégorie, leur méconnaissance « ne [pouvait] être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger », c'est-à-dire le consommateur (Cass. com. 3 mai 1995, D. 1997.124, note F. Eudier – Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000, n° 98-12.713 : CCC 2000, comm. 116, obs G. Raymond ; D. Aff. 2000, AJ.275, obs. C. Rondey – Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n°00-22.199 : Bull. civ. I, n° 195 ; D. 2003.549, note O. Gout ; RTD civ. 2003. 85, ob. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2003. 356, obs. B. Bouloc – Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, RDC 2004. 679, obs. D. Fenouillet). Pour une analyse de ces solutions : cf. *infra* n°389 ; pour un exposé de la distinction entre ces deux types d'ordre public : cf. *infra* n°414 et s.

² L. n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

³ V. not. CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 et C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA* : JCP E 2001, p. 1281, note Carballo, Fidalgo et G. Paisant ; RTD civ. 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages – CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis* : JCP G 2003, II, 10082, note G. Paisant ; D. 2003, p. 486, note C. Nourissat ; RTD com. 2003. 410, obs. M. Luby, *Gaz. Pal.* 2003, p. 1711, note Ph. Flores et G. Biardeaud.

⁴ Ancien art. L. 141-4, C. conso.

⁵ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, spéc. n°35 : RDC 2009.1467, note C. Aubert de Vincelles ; RTD civ. 2009. 684, obs. P. Rémy-Corlay ; LPA 2009, n° 244, p. 8, chron. contrats spéc. G. Pignarre et S. Pimont ; JCP G 2009, n° 25, 27, obs. F. Picod ; D. 2009, J., p. 2312, note G. Poissonnier ; *ibidem*. 2010. 790, obs. É. Poillot ; JCP G 2009, n° 42, 336, note G. Paisant ; *Procédures* 2009, comm. 275, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2009, comm. 334, obs. V. Michel et M. Meister, pt 33 ; *RJDA* 2009, n°899 ; *RLDA* juill. 2009. 52, obs. Anadon. V. aussi : CJUE, 30 mai 2013 : D. 2014. Pan. 1301, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2013. 559, obs. C. Aubert de Vincelles ; *Europe* 2013, n°321, obs. A. Bouveresse. Cette obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause est, toutefois, limitée aux clauses liées à l'objet du litige, tel que défini par les parties (CJUE 11 mars 2020, aff. C-511/17, *Lintner* : D. 2020. 1394, note G. Poissonnier ; *AJ contrat*. 2020. 292, obs. V. Legrand ; D. 2021. 594, obs. É. Poillot ; *Rev. prat. rec.* 2020. 35, chron. K. De La Asuncion Planes).

2014, par le législateur qui insèrera un second alinéa à l'article R. 632-1¹. L'obligation de relever d'office existe donc bien dans le Code, mais elle reste alors cantonnée à la recherche de clauses abusives.

Plus récemment, les juges européens ont progressivement accru le champ de cette obligation. Par plusieurs arrêts, ils ont ainsi imposé aux juges nationaux de vérifier, dans un contrat de vente, la qualité de consommateur de l'acquéreur même si cette qualité n'avait pas été invoquée², ou encore de rechercher d'éventuelles clauses abusives dans les procédures de surendettement³ et dans les procédures d'exécution⁴, ou aussi de relever d'office tout manquement au formalisme informatif précontractuel en matière de crédit aux consommateurs⁵ et tout manquement à l'obligation du prêteur de contrôler la solvabilité de l'emprunteur⁶.

La jurisprudence française lui a emboîté le pas. La Cour de cassation considère que le juge se doit de « faire application, au besoin d'office, des dispositions d'ordre public relatives à la garantie légale de conformité »⁷. Plus récemment, elle a censuré une Cour d'appel qui n'avait pas examiné « d'office le caractère abusif des clauses invoquées au regard des éléments de droit et de fait dont elle disposait »⁸. Il est probable, qu'à l'avenir, ces solutions se généralisent puisqu'elles garantissent l'efficacité et l'effectivité du droit de la consommation⁹.

376. Limite – Pourtant, l'arrêt précité de la Cour de justice européenne du 4 juin 2009 introduit une limite à cette obligation du juge. En effet, la Cour impose, certes, au juge de relever

¹ Art. 81, L. n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

² CJUE, 4 juin 2015, aff. C-497/13, *Froukje Faber contre Autobedrijf Hazet Ochten BV*, spéc. n°48. Cet arrêt répond à plusieurs questions préjudicielles néerlandaises relatives à l'application de la directive 1999/44.

³ CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14, *Radlinger et Radlingrovà* : D. 2016. 1744, obs. H. Aubry; CCC 2017. Chron. 3, n°15, obs. C. Aubert de Vincelles.

⁴ CJUE, 17 mai 2022 (4 arrêts), aff. C-869/19, *Unicaja Banco* ; aff. C-693/19, *SPV Project 1503* et C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza* ; C-600/19, *Ibercaja Banco* ; aff. C-725/19, *Impuls Leasing România* : CCC 2022. 126, comm. S. Bernheim-Desvaux ; RDC 2022, n°3, p.62, note J.-D. Pellier.

⁵ CJUE, 21 avril 2016, aff. C-377/14 : *op. cit.*

⁶ CJUE, 5 mars 2020, aff. C-679/18, OPR-Finance : D. 2020. 537 ; D. actu. 22 avr. 2020, obs. J.-D. Pellier ; Rev. prat. rec. 2020. 29, chron. V. Valette-Ercole, et 35, chron. K. De La Asuncion Planes.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n°17-28.819 : D. 2020. 624, Pan., obs. É. Poillot ; RTD com. 2019. 470, obs. B. Bouloc. La portée de cette solution reste à relativiser. En effet, en l'espèce, une requérante avait agi sur le fondement de la garantie de conformité sans invoquer aucun moyen de droit, raison ayant conduit au rejet de ses prétentions en première instance. L'objet de la demande était bien l'activation de la garantie, ce qui diffère de l'hypothèse classique du relevé d'office dans laquelle le consommateur agit en considération d'un manquement et le juge en relève d'office un autre.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20.640 : JCP E 2022. 1252, comm. E. Valette, J. Grasso.

⁹ Pour une opinion similaire, V. not. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p. 320, n°205.

d'office le caractère abusif d'une clause mais elle offre au consommateur la possibilité de s'opposer à la sanction de celle-ci par le juge¹.

Une telle solution peut surprendre au vu de ce qui vient d'être exposé : l'équilibre consumériste étant impératif, toute violation du droit de la consommation devrait être sanctionnée, indépendamment de la volonté du consommateur² ou de son inaction. En permettant au consommateur de s'opposer à la sanction, le juge européen limiterait non seulement l'effectivité de l'obligation du juge de relever d'office mais il autoriserait en outre indirectement le consommateur à renoncer à invoquer ladite violation du droit de la consommation, renonciation qui lui est pourtant déniée de longue date³. Cette limite apportée par le juge européen doit cependant être relativisée en ce qu'elle ne peut être assimilée à une véritable possibilité de renonciation.

D'abord, alors que la question de la renonciation se pose généralement dans le cas d'une action du consommateur invoquant une violation du droit de la consommation qui aurait été confirmée, son action ne porte pas ici sur le caractère abusif de la clause. Cet élément ne constitue aucunement l'objet de la demande ; il est simplement relevé d'office.

Ensuite, en suivant la lettre de l'arrêt, l'opposition du consommateur ne porte que sur la sanction et non sur « la condition d'application de la sanction - le relevé d'office en lui-même »⁴. Quoique cela reste incertain, il est probable que cette opposition du consommateur soit cantonnée au litige en cours et n'emporte pas renonciation à une action ultérieure, dans la mesure où la clause reste abusive.

Enfin, même si d'éventuelles précisions jurisprudentielles ultérieures venaient contredire ces éléments et qu'il s'agissait finalement d'une réelle possibilité de renonciation, celle-ci ne remettrait pas en cause la logique consumériste en la matière⁵. En effet, on pourrait fort bien considérer, au vu du cadre judiciaire de cette « renonciation », que la protection consumériste est bel et bien acquise. Dès l'instant où le juge relève d'office le caractère abusif de la clause, la protection se réalise et est donc garantie, ce qui rendrait possible la renonciation du consommateur à agir sur ce fondement.

¹ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, spéc. n°35 : *op. cit.* (« Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, *sauf si le consommateur s'y oppose* »). Repris notamment par Cass. civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20.640 : *op. cit.*

² Cf. *supra* n°372.

³ *Ibidem*.

⁴ É. POILLOT, note sur CJCE 4 juin 2009 (*op. cit.*), *D.* 2010. 790.

⁵ Cf. *supra* n°364 et s.

En somme, si cette possibilité d'opposition constitue une limite à l'impérativité de la législation consumériste, son importance reste relative.

377. Une manifestation de l'impérativité – Cette généralisation du relevé d'office comme faculté puis comme devoir du juge illustre parfaitement l'impérativité de l'équilibre pour le consommateur. Sans avoir invoqué une violation du droit de la consommation, en dépit de son inaction, le consommateur pourra profiter de la protection offerte par les dispositions consuméristes. La protection se détache donc du consommateur et de sa volonté personnelle. Quoique cela n'aïlle aucunement à l'encontre de ses intérêts, force est de constater que l'équilibre s'impose à l'individu, nonobstant son éventuelle absence d'intérêt pour lui.

378. Conclusion de la Section 1. – L'objectivité et l'impérativité s'imposent ainsi comme les deux caractères principaux de la valeur d'équilibre consumériste.

Elle est, d'abord, objective en ce qu'elle est hermétique à toute subjectivité et s'applique uniformément à toute relation professionnel-consommateur, indifféremment de toute considération particulière.

Elle est, ensuite, impérative : elle s'impose de manière généralisée et égalitaire aux agents économiques au sein de leur catégorie – consommateurs ou professionnels –, sans qu'ils ne disposent d'un pouvoir individuel d'aménagement. Le professionnel ne peut aménager un équilibre différent de celui prévu par la norme ; le consommateur ne peut renoncer qu'à de strictes conditions à la protection qui lui est offerte. En outre, le juge est tenu, de manière croissante, de relever d'office toute violation de la législation consumériste ce qui en accroît l'impérativité.

L'identification des caractères de l'équilibre consumériste nous a permis d'en saisir le fonctionnement. Ces éléments vont maintenant nous permettre d'en analyser les finalités.

Section 2. Les finalités de l'équilibre consommériste

- 379.** Après avoir déterminé le contenu de l'équilibre consommériste ainsi que ses caractères objectif et impératif¹, il nous est maintenant possible d'en induire les finalités. Cette question devra être envisagée sous deux angles : substantiel et axiologique. Alors que le premier désigne les finalités poursuivies quant à la situation concrète des individus, le second a trait aux finalités poursuivies dans le domaine des valeurs et implique d'arbitrer entre l'appartenance d'une valeur au domaine moral, au domaine économique ou aux deux domaines².
- 380. Plan** – L'analyse des finalités substantielles – relatives à la situation des professionnels et des consommateurs – (**Sous-section 1.**) devra ainsi précéder celle de la finalité axiologique de l'équilibre consommériste, qui s'impose comme une valeur morale (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. Les finalités substantielles de l'équilibre

- 381. Plan** – L'axiologie consommériste poursuit des finalités substantielles distinctes mais complémentaires : l'instauration d'une discipline professionnelle collective et la protection structurelle du consommateur. La présentation et l'analyse de ces finalités (§1.) nous permettront de déterminer la teneur de l'ordre public consommériste qui s'impose comme un ordre public économique de protection collective (§2.).

§1. Des finalités complémentaires

- 382. Plan** – L'équilibre est avant tout une valeur sanctionnatrice instaurant une discipline collective s'imposant aux professionnels (**A.**). Ce cadre, entièrement centré sur l'action du professionnel, permet une protection collective et structurelle du consommateur (**B.**).

¹ Cf. *supra* n°351 et s., n°356 et s.

² Sur le critère d'identification de ces finalités, cf. *supra* n°13.

A. Une finalité disciplinaire

383. L’instauration d’une discipline collective – Le droit de la consommation constitue un agrégat d’obligations s’imposant à l’ensemble des professionnels. Ces dispositifs, tous soutenus par une valeur d’équilibre, s’appliquent de manière uniforme, en faisant fi de la situation concrète du professionnel. En effet, comme nous l’avons plusieurs fois rappelé, tout manquement du professionnel est sanctionné, peu importe que ce dernier ne soit animé par aucune intention dolosive¹ ou qu’il ne soit pas subjectivement en position de force face au consommateur². Cette objectivité confère à la valeur une finalité disciplinaire s’imposant collectivement aux professionnels.

384. Précisions terminologiques – Le terme de discipline ne doit pas être entendu comme « un pouvoir juridique ayant pour objet d’imposer aux membres du groupe, par des sanctions déterminées, une règle de conduite en vue de les contraindre à agir conformément au but d’intérêt collectif qui est la raison d’être de ce groupe »³. Cette appréhension juridique du terme ne correspond en effet guère au droit de la consommation qui ne sanctionne pas le professionnel pour une atteinte aux intérêts d’un groupement dont il serait membre. Non seulement il n’existe pas réellement de groupement de professionnels dont les intérêts seraient protégés par le droit de la consommation mais, en outre, ce dernier sanctionne tout professionnel s’écartant des prescriptions visant à rééquilibrer le rapport de force en vue de protéger le consommateur⁴.

En revanche, si l’on emploie le terme dans son sens extra-juridique, il est possible d’affirmer que l’équilibre consumériste instaure une discipline professionnelle dans le sens où il impose à la collectivité des professionnels une règle de conduite uniforme et invariable.

¹ Cf. *supra* n°249 et s.

² Sur la définition du professionnel et du consommateur, cf. *supra* n°252 et s. Sur l’indifférence à l’existence concrète d’un déséquilibre, cf. n°352.

³ A. LEGAL, J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p.18. Sur la notion de sanction disciplinaire, V. aussi not. : J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p. 69 ; T. KOUKEZIAN, *Sanction pénale, sanction disciplinaire*, th. dactyl., dir. O. Décima, Université de Rennes 1, 2014.

⁴ Sur l’objet et le sujet de cette protection, cf. *infra* n°386 et s.

385. Ce façonnement du rapport de force par l’instauration de règles générales et objectives révèle « le rôle prophylactique »¹ de ce pan du droit. En effet, contrairement au droit civil, qui laisse aux parties le soin de définir les fondements de leur relation et qui n’intervient *a posteriori* que pour corriger et sanctionner certains écarts, le droit de la consommation a pour vocation de contraindre les acteurs économiques *a priori*. En encadrant par avance l’ensemble des rapports, contractuels ou non, entre consommateurs et professionnels, il crée un modèle « vertueux » et abstrait de relation équilibrée auquel les parties doivent se conformer. Tout écart à ce modèle est ainsi sanctionné uniquement au regard de celui-ci et indépendamment de toute considération subjective.

Cet effet disciplinaire de l’équilibre sur les professionnels s’accompagne, pour les consommateurs, d’une protection collective et structurelle au sein du rapport de force.

B. Une finalité protectrice

386. Plan – À ce stade de l’analyse, cela ne fait pas de doute : la valeur d’équilibre agit au bénéfice du consommateur en lui octroyant certaines prérogatives, en lui assurant un certain niveau d’information, etc. Pour bien saisir la teneur et l’étendue de cette protection, il est nécessaire d’en déterminer l’objet – l’équilibre protège contre l’infériorité structurelle du consommateur – (1.) et le sujet – la collectivité des consommateurs – (2.).

1. Une protection contre l’infériorité structurelle du consommateur

387. Une protection structurelle – Comme nous l’avons vu jusqu’à présent, le consommateur est envisagé de manière objective, indépendamment de toute considération concrète ou particulière. Simplement défini comme l’individu agissant pour ses besoins personnels², son appréhension par la législation consumériste n’est pas corrélée à une éventuelle faiblesse subjective, à un besoin concret de protection au vu de ses connaissances, de sa profession.

¹ S. BROS, « La bonne foi en droit du marché », *RDA*, n°12, fév. 2016, p.85 et s., spéc. p.86. V. aussi : D. FENOUILLET, « Présentation générale » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz Action, 2021-2022, n°01.00 et s., spéc. n°012.33.

² Cf. *supra* n°235-236, n°352.

En outre, la protection s'impose à lui de manière impérative et uniforme, peu important qu'il soit malveillant ou qu'il abuse de ses prérogatives¹.

Cela s'explique aisément. Le législateur, au cours de l'édiction de ces dispositions a été guidé par la règle du *plerumque fit* : le consommateur étant structurellement plus faible que le professionnel, le déséquilibre existe, dans les faits, dans une grande majorité des cas à son détriment. Afin de garantir une certaine effectivité et fluidité dans l'application des dispositifs consuméristes, deux principes l'ont guidé : seul le consommateur doit être protégé ; tout consommateur doit être protégé.

Aussi, la protection accordée par le droit de la consommation ne vise pas tant à remédier à la *faiblesse* du consommateur individuel – critère subjectif et conjoncturel – qu'à l'*infériorité* des consommateurs – critère objectif et structurel – au sein d'un rapport économique. À première vue, ces deux termes – faiblesse et infériorité – sont deux termes qui peuvent sembler équivalents ; ils doivent pourtant être distingués pour saisir les subtilités de l'axiologie consumériste. Le premier désigne l'état d'un individu « qui manque de force physique ou morale [ou] qui manque de connaissances, de savoir »² ; autrement dit, la faiblesse est un *état* de détresse circonstancié et potentiellement exclusif à un individu isolé. En revanche, l'infériorité désigne ce qui « situé en bas, plus bas, au-dessous »³ ; le terme témoigne d'un rapport, d'une relation entre deux éléments dont l'un est moindre que l'autre. L'infériorité a donc plus trait à une *position*.

En d'autres termes, rapporté à notre propos, il nous semble approprié d'énoncer que les consommateurs sont protégés en vertu de leur position structurellement inférieure à celle des professionnels sur le marché, et non en raison d'une faiblesse concrètement constatée, d'un besoin individuel et subjectif de protection, potentiellement non corrélé à la situation du professionnel⁴.

¹ Cf. *supra* n°238 et s.

² *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, éd. 2020. V° « faible », sens 1.1. et 1.2.

³ *Le Petit Larousse illustré, op. cit.* V° « inférieur,e », sens 1.

⁴ Bien entendu, force est d'admettre que le terme de « faiblesse » est polysémique et peut parfois être employé pour désigner tant un état subjectif qu'un état objectif d'infériorité. Il en est notamment ainsi lorsque Mme le Professeur ROCHFELD, reprenant une classification effectuée par M. le Professeur FONTAINE, distingue les situations de faiblesse « subjective », dans lesquels le consommateur souffre d'une « insuffisance de discernement ou de connaissances » et celles de « faiblesse objective [...] résultant de la "position de force du contractant, économique ou monopolistique notamment" » dans lesquels le consommateur « bien que correctement informé et/ou conscient de déséquilibres dans le contenu contractuel, ne [dispose] d'aucun poids dans la négociation ni d'aucune alternative pour contracter différemment » (J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835 et s, spéc. p. 828, n°3 et p.840-841, n°5 – Reprenant la classification présente dans M. FONTAINE, « Rapport de synthèse » in. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, M. Fontaine, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1996, p.649). Il nous

Cette distinction est cruciale pour comprendre l'axiologie consumériste et ce qui l'oppose à celle du Code civil : alors que cette dernière est fondée sur l'épanouissement de la volonté individuelle, la première est entièrement dirigée vers l'amélioration de la position structurelle du consommateur face au professionnel. Par conséquent, le Code civil protège contre l'éventuelle faiblesse subjective et le Code de la consommation tente de remédier à une situation d'infériorité structurelle.

388. Une protection individuelle indirecte – On ne peut pourtant nier que la législation consumériste peut occasionnellement contribuer à prévenir ou remédier à certaines situations de faiblesse subjective. Il est indéniable que l'application des normes consuméristes pourra, de manière indirecte et non systématique, profiter à un consommateur dans une réelle situation de faiblesse. Cela ne remet toutefois pas en cause qu'il ne s'agit pas de la finalité directement poursuivie par la législation consumériste.

De manière plus générale, au-delà de la question de la faiblesse, la considération pour l'individu-consommateur reste secondaire, comme en atteste le régime de la renonciation précédemment étudié¹. L'analyse a notamment permis de montrer, qu'en cas de violation de la législation, toute renonciation du consommateur à invoquer celle-ci doit être invalidée. En revanche, si la protection est garantie, rien ne s'oppose à ce qu'il s'en désintéresse et renonce à invoquer le bénéfice desdits dispositifs. En d'autres termes, dès lors que la législation consumériste est respectée et qu'ainsi la protection structurelle est garantie, il est loisible au consommateur ayant profité d'une atténuation de sa situation d'infériorité, de négliger ladite protection.

La protection structurelle prime donc ; la protection individuelle est indirecte. Dans le cas contraire – si le droit de la consommation organisait une protection individuelle –, le consommateur pourrait librement renoncer à l'invocation de celle-ci, même en cas de violation des dispositifs.

semble toutefois préférable d'employer deux termes bien distincts afin d'éviter les confusions que cela peut engendrer. De même, il apparaîtrait plus approprié de ne plus parler de droit de protection de la « partie faible » mais de droit de protection de la partie en situation d'infériorité, pour désigner la législation consumériste.

¹ Cf. *supra* n°364 et s.

389. Deux types de jurisprudence tendent pourtant à brouiller cette hiérarchie et pourraient être invoquées pour soutenir l'idée de primauté de la protection individuelle.

D'une part, comme cela a été évoqué¹, la Cour de cassation a parfois fondé la définition du consommateur sur son incompétence, sur son ignorance concrète relativement à l'objet du contrat. Cette définition subjective du consommateur semblerait ainsi attester de cette première période de la législation consumériste. Pourtant, cette jurisprudence a été éparse et très variable : la Cour de cassation a, durant les années 1980 et 1990, maintes fois oscillé entre ce critère subjectif de compétence et le critère objectif de rapport avec l'activité professionnelle². Il nous semblerait donc trompeur de la présenter autrement que comme la simple résultante d'une période d'hésitation jurisprudentielle aujourd'hui révolue.

D'autre part, certains arrêts de la Cour de cassation ont dénié au juge le pouvoir de relever d'office un manquement du professionnel à une disposition consumériste. Ces arrêts, brièvement aperçus au cours de notre analyse³, énonçaient que ces dispositifs relevaient d'un ordre public de protection⁴ et que, dès lors, leur méconnaissance « ne [pouvait] être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger », c'est-à-dire le consommateur⁵. En déniant le pouvoir du juge de relever d'office un manquement, en plaçant la volonté du consommateur comme condition de sanction du professionnel, ces arrêts n'iraient-ils pas dans le sens d'une protection individualisée ?

Il ne faut pas exagérer l'ampleur de ces solutions, qui sont restées cantonnées à des hypothèses particulières de manquement du professionnel au formalisme précontractuel, dans les contrats de crédit. Cela doit d'autant plus être souligné que c'est notamment dans ce type d'hypothèses que la Cour de cassation a refusé d'autoriser le consommateur à renoncer à la protection consumériste en présence d'un manquement du professionnel⁶. De surcroît, ces arrêts ont été rendus dans le cadre d'actions intentées par les prêteurs contre les

¹ Cf. *supra* n°233-234.

² Cf. *supra* n°232 et s.

³ Cf. *supra* n°374.

⁴ Pour une définition de la notion, cf. *infra* n°417.

⁵ Cass. com., 3 mai 1995 : *D.* 1997.124, note F. Eudier – Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000, n° 98-12.713 : *CCC* 2000, comm. 116, obs G. Raymond ; *D. Aff.* 2000, AJ.275, obs. C. Rondey – Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, n°00-22.199 : *Bull. civ. I*, n° 195 ; *D.* 2003.549, note O. Gout ; *RTD civ.* 2003. 85, ob. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2003. 356, obs. B. Bouloc – Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 99-17957 et 99-17955 : *RDC* 2004. 679, obs. D. Fenouillet.

⁶ Cf. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1993, n°91-10.873 : *Bull. civ. I* n° 95 ; *JCP G* 1993.I.3684, n° 6, obs. G. Virassamy. Plus généralement sur ce point : cf. *supra* n°372. Bien entendu, les dispositions ne sont pas les mêmes que dans les arrêts cités précédemment. Cependant, il est frappant de noter un tel écart entre les solutions : protection impérative et donc objective dans un cas ; protection supplétive et donc subjective dans le second.

emprunteurs, qui n'étaient pas présents lors du procès¹. La particularité de la matière et de ces circonstances explique sans doute une telle solution.

Ces jurisprudences – ultérieurement abandonnées de surcroît – semblent donc bien plus relever de l'exception que du principe.

L'équilibre a ainsi, pour finalité directe, la protection des consommateurs contre leur infériorité structurelle et, pour finalité indirecte, la protection des individus en situation de faiblesse. L'objet de la protection accordée par l'équilibre ayant été identifié, il nous faut maintenant en déterminer le sujet : la collectivité des consommateurs.

2. *Une protection collective des consommateurs*

390. Cela ne surprendra guère tant le constat s'impose : une protection structurelle ne peut avoir pour sujet l'individu-consommateur. Une telle solution créerait, en effet, un paradoxe entre l'objet de la protection – l'infériorité, une notion objective et désincarnée – et le sujet – un individu particulier spécifiquement identifié. Il est donc naturel que la valeur d'équilibre protège la collectivité des consommateurs ou le consommateur moyen – ces termes devant être tenus comme équivalents – face aux professionnels.

391. **Plan** – Cette protection collective se matérialise par une occultation généralisée de l'individu, tant dans le prononcé de la sanction (**a.**) que dans le déroulement de la procédure (**b.**).

a. L'individu occulté dans la sanction

392. L'équilibre consumériste ne s'intéresse pas tant à l'individu qu'au rapport de force collectif opposant consommateurs et professionnels. Cette assertion se vérifie relativement aux sanctions, qui sont de trois types au sein de la législation consumériste : les sanctions pénales, civiles et, plus récemment, administratives.

¹ Cela vaut du moins pour les arrêts susvisés du 15 février 2000 et du 10 juillet 2002. Cette information n'est pas renseignée dans les arrêts du 16 mars 2004.

393. Sanctions pénales et administratives – Bien que fort différentes dans leurs principes et leurs applications¹, les sanctions pénales et administratives ont une fonction punitive identique². Elles interviennent toujours en réaction à un comportement répréhensible du professionnel, et non en vertu d'un préjudice effectivement causé à autrui. Comme cela a été noté, nombreuses sont d'ailleurs les infractions qui sont constituées indépendamment de tout résultat et de toute considération pour l'éventuel consommateur victime³. Ces dispositifs sanctionnent donc, avant tout, le déséquilibre technique ou économique, et non le préjudice éventuellement subi par l'individu.

394. Sanctions civiles⁴ – Cette absence de considération pour le consommateur victime ressort de manière bien plus flagrante des sanctions civiles prévues par le droit de la consommation.

Comme cela a été démontré, le droit civil des obligations est sous-tendu par deux valeurs : l'autonomie de la volonté et le respect d'autrui. Ce pan du droit a pour impératifs principaux la préservation de la volonté individuelle et la garantie de l'individu contre toute atteinte à son intégrité physique, matérielle ou morale⁵. Dès lors, les sanctions civiles sont indexées sur ces impératifs et ont, dans le droit des obligations, une fonction réparatrice : par exemple, l'engagement de la responsabilité civile vise à réparer un dommage subi individuellement ; l'annulation d'un contrat peut notamment faire suite à la preuve d'un vice du consentement ; etc.

Mais l'utilisation des sanctions civiles en droit de la consommation ne suit pas cette logique. Ces sanctions ont, dans des proportions différentes, une fonction de correction de l'illicite en ce qu'elles permettent de replacer le consommateur, soit dans une situation antérieure à la conclusion du contrat litigieux, soit dans une situation dans laquelle

¹ Pour une critique du développement récent des sanctions administratives dans le droit de la consommation et du dévoiement des sanctions répressives qu'il engendre, cf. not. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, n°352 s., p. 576 et s.

² M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, n°354, p.577,

³ Cf. *supra* n°179-184.

⁴ Il est à noter que de nouvelles sanctions civiles ont fait récemment leur entrée au sein du droit de la consommation avec les ordonnances du 29 septembre 2021 et du 22 décembre 2021. Elles créent des amendes civiles pouvant être prononcées à l'encontre du professionnel dans divers hypothèses. À ce stade de l'analyse, il est pertinent de relever que leur prononcé « n'est pas subordonné à l'existence d'un préjudice » du consommateur (S. BERNHEIM-DESVAUX, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs », *CCC* 2022, n°3, ét. 4, spéc. n°12). Si elles sont en ce sens conformes au phénomène présentement analysé, nous n'en traiterons que plus avant dans le propos (cf. *infra* n°581 et s.). En effet, la subjectivation de la sanction du professionnel qui ressort de leurs conditions nous oblige à ne pas les inclure expressément ici, par crainte de brouiller le propos et les frontières entre les axiologies originelle et actuelle, parfois entremêlées au sein d'une même disposition (sur la cohabitation des deux axiologies, cf. *infra* n°609).

⁵ Sur la valeur d'autonomie de la volonté, cf. *supra* n°69 et s. Sur la valeur de respect d'autrui, cf. *supra* n°106 et s.

l'équilibre est garanti. La sanction du réputé non écrit, prévue en matière de clauses abusives, en est un exemple probant puisque, dans ce cas, la sanction annihile uniquement la clause source de déséquilibre et replace le consommateur dans une situation conforme à celle voulue par le législateur¹. D'une manière différente mais néanmoins comparable, le prononcé de la nullité d'un contrat, en cas de violation par le professionnel du formalisme informatif, permet de replacer le consommateur dans une situation antérieure à la conclusion du contrat, situation dans laquelle il ne subit pas le déséquilibre causé par le manquement du professionnel². De même, la prorogation des délais de rétractation faisant suite à une violation du formalisme informatif par le professionnel permet de compenser le déséquilibre technique causé et de replacer les consommateurs dans une situation de protection.

Bien que l'on puisse discuter de la nature punitive des sanctions civiles mobilisées par le droit de la consommation³, il semble qu'elles partagent toutes cette volonté de résoudre l'atteinte au modèle d'équilibre posé par le législateur. Leur mobilisation est guidée par une volonté de garantir le respect des dispositifs, et donc d'assurer l'équilibre prévu en leur sein. Elles prennent ainsi leur source « dans une situation anormale [...] se matérialis[ant] souvent par la gravité du manquement du professionnel [à ses] obligations [...], que cette gravité soit présumée par le législateur ou qu'elle puisse être appréciée par le juge »⁴.

- 395.** Cela explique alors leur absence de fonction réparatrice : le fait de réputer non écrite une clause ne répare pas le préjudice éventuellement subi par le consommateur mais en anéantit simplement la source ; la nullité d'un contrat en cas de manquement à un certain formalisme n'est prononcée qu'en considération dudit manquement et non d'un préjudice, d'une altération du consentement du consommateur ou d'un vice affectant gravement la validité du contrat⁵ ; la déchéance prononcée en présence d'un cautionnement manifestement disproportionné « n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice [et] ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion »⁶ ; etc.

¹ Cf. *supra* n°329 et s.

² Cf. *supra* n°284

³ Sur ce point, V. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation, op. cit.*, n°259 et s., p. 385 et s.

⁴ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation, op. cit.*, n°260, p.388.

⁵ Pour exemple, V. not. art. L. 242-1, C. conso. Pour une analyse de la place du consentement, de la volonté individuelle dans les obligations d'information consommateurs, cf. *supra* n°170 et s.

⁶ Cass. com. 22 juin 2010, n°09-67.814 : *Bull. civ. IV*, n° 112 ; *RDC* 2011. 137, comm. D. Fenouillet ; *D.* 2010.1985, note Houtcieff ; *Ibidem*, actu. 1620 ; *RTD civ.* 2010. 493, obs. P. Crocq. Cette sanction est destinée à « punir le comportement inadapté d'un professionnel (qui a accepté que la caution s'engage de façon excessive) et à prévenir de telles pratiques (le

396. Cela révèle ainsi la dimension collective de la protection qui s'abstrait de la question de la réparation du préjudice du consommateur – qu'elle n'empêche bien évidemment pas. Cette indemnisation peut survenir au prix d'un détour par le droit civil. Celui-ci peut être facilité en application du principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : la condamnation pénale du professionnel suffit à faire la preuve d'une faute civile. Le consommateur n'a qu'à prouver l'existence d'un préjudice découlant de l'infraction pour engager la responsabilité civile du professionnel et obtenir ladite indemnisation.

Cependant, comme cela a été rappelé, ce recours au droit civil n'est pas toujours aussi aisé et efficace. Pour exemple, dans les obligations d'information consuméristes dénuées de sanctions civiles, les juges imposent au consommateur la démonstration d'un vice du consentement pour obtenir la nullité du contrat, ce qui peut représenter un obstacle dirimant à la réalisation de ses prétentions¹.

L'individu-consommateur est donc occulté dans la sanction consumériste au profit de la collectivité des consommateurs ; il n'est considéré qu'au prix d'un détour par le droit civil. Au-delà de la sanction, le consommateur est aussi occulté au sein de la procédure par la collectivité des consommateurs. Cela confirme la dimension collective de la protection accordée par le droit de la consommation.

b. L'individu occulté dans la procédure

397. Plan – Les moyens procéduraux offerts par le droit de la consommation traduisent une occultation de l'individu, soit par la collectivité générale des consommateurs ($\alpha.$), soit par une collectivité restreinte de certains d'entre eux ($\beta.$).

risque de perdre toute garantie est évidemment bien plus dissuasif pour le créancier que la perspective d'une perte partielle de garantie) » (D. Fenouillet, comm., *op. cit.*).

¹ Sur les sanctions en cas de manquement aux obligations d'information, cf. *supra* n°176. Sur le dol, cf. *supra* n°124.

*α. L'individu occulté par la collectivité générale
des consommateurs*

398. Plan – L'intérêt collectif des consommateurs constitue la clef de voûte de l'édifice procédural consumériste. Il est défendu par les associations de consommateurs (i.) et surtout par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) (ii.).

*i. L'intérêt collectif défendu par les
associations de consommateurs*

399. Action civile des associations de consommateurs – Une première manifestation de l'occultation de l'individu-consommateur dans la procédure réside dans l'action civile des associations de consommateurs. L'article L. 621-1 du Code de la consommation permet à toute association spécialement agréée à cette fin d'« exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs »¹. De plus, en vertu de l'article L. 621-9, à l'occasion « d'une action portée devant les juridictions civiles et ayant pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale », ces mêmes associations « peuvent agir conjointement ou intervenir pour obtenir réparation de tout fait portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

400. L'intérêt collectif – L'identification de la notion d'intérêt collectif a retenu l'attention de la doctrine de longue date². Plusieurs conceptions ressortent de ses analyses.

¹ Les associations de consommateurs peuvent aussi agir par le biais d'action en représentation conjointe (art. L. 622-1 et s., C. conso.). Cette action permet à toute association agréée d'agir en réparation « lorsque plusieurs consommateurs identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune » et « si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés » (art. L. 622-1, C. conso.). Cependant, l'interdiction de lancer un appel public afin d'obtenir mandats des consommateurs (art. L. 622-2, C. conso.) vide d'intérêt l'étude de ce type action, restant rarement exercée.

² V. not. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. IV, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 432 et s. ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations* (2^{ème} partie), t.VI, LGDJ, 1954, n°661 ; L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, L.G.D.J., 1997 ; L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in. *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1998, p.37 et s. ; J. FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.409 et s. ; C. DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif » *RTD civ.* 2011. 249.

La somme des intérêts individuels – Une première conception – dite mathématique – postule que l'intérêt collectif est une somme d'intérêts individuels convergents¹.

Toutefois, la nécessaire hétérogénéité des intérêts particuliers conduit à rejeter cette conception au profit d'une conception téléologique. Celle-ci postule que cet intérêt doit être envisagé en considération de sa finalité : assouvir *in fine* les intérêts individuels de chacun. Bien que certains intérêts soient « momentanément sacrifiés, tous, au bout du compte, devraient finir par en profiter »². Il n'existerait dès lors aucune différence fondamentale entre intérêts individuels et intérêt collectif hormis leur mode de détermination : à l'échelle d'un groupe ou de l'individu isolé³. L'intérêt collectif est alors directement indexé sur l'intérêt individuel de chaque membre du groupe et n'existe que dans la mesure où, *in fine*, il l'assouvit.

Cette définition ne convainc pas car l'intérêt collectif n'est pas une simple subsumption d'intérêts particuliers. Il transcende et dépasse l'intérêt individuel ; il est l'intérêt d'un groupe pris dans son ensemble et non des individus composant le groupe. De surcroît, chaque membre du groupe n'est pas nécessairement conscient de l'intérêt collectif. Par exemple, chaque consommateur n'est pas conscient, ne ressent pas tout préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs, alors même que celui-ci est atteint. Seule l'association de consommateurs va révéler à tous l'atteinte à cet intérêt général et abstrait.

L'intérêt d'une collectivité – Ces remarques nous conduisent à privilégier une seconde conception de l'intérêt collectif le définissant comme l'intérêt d'un groupement surplombant celui de chacun de ses membres⁴. L'intérêt collectif des consommateurs se définit alors comme « l'intérêt des consommateurs considérés dans leur ensemble »⁵.

Suivant cette conception, tout intérêt collectif se situe « à mi-chemin entre l'intérêt général et les intérêts individuels »⁶ : il n'atteint pas le premier par la nécessaire spécialité du groupe concerné, mais il transcende les seconds. Ainsi, intérêts individuel et collectif s'opposeraient dans leurs objets – l'individu ou le groupe comme entité – et dans leurs

¹ V. not. L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations...*, *op. cit.*, p.9, n°11.

² *Ibidem*.

³ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations...*, *op. cit.*, p.9, n°10 : « Il y a donc une différence importante dans le mode de détermination des intérêts individuels et des intérêts collectifs, mais pas dans leur nature profonde qui est d'être subjectifs et non objectifs ».

⁴ Pour une conception similaire, V. not. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018., p.112-114, n°58.

⁵ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.719, n°680.

⁶ *Ibidem*.

modalités : le premier est, par essence, conscient, précis et circonstancié tandis que le second est général, abstrait et bien souvent appréhendé de manière négative, c'est-à-dire lorsqu'une atteinte est constatée.

Cette frontière reste toutefois poreuse. Il est évident qu'une même infraction peut porter atteinte à l'intérêt individuel de certains consommateurs ainsi qu'à l'intérêt collectif des consommateurs. La multiplicité des préjudices individuels peut même constituer un indice de l'existence d'un préjudice collectif¹. Cela ne remet pas en cause notre propos : l'existence de préjudices individuels constitue simplement un symptôme palpable, concret, d'un préjudice collectif et ne révèle aucunement une identité des deux notions².

Validée par la jurisprudence³, cette appréhension de l'intérêt collectif permet de lui conférer une réelle autonomie. En effet, les cas de pluralité d'atteintes peuvent déjà être sanctionnés par des actions individuelles de consommateurs lésés ou par une action de groupe. Dès lors, la première conception de l'intérêt collectif – conçu comme la somme des intérêts individuels – limiterait l'intérêt de l'action civile des associations.

401. Anonymisation – En présence de la violation d'un intérêt collectif, on parlera alors de « préjudice objectif », dès lors qu'il « n'est [...] subi par aucun sujet de droit », qu'il n'est pas « individuellement et subjectivement ressenti »⁴. En ce sens, la législation consumériste tend à occulter l'individu et à préférer une protection collective à une protection individuelle.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n°07-15.000 : CCC 2009, comm. 29, note G. Raymond (« après avoir constaté la recrudescence du nombre de dossiers relatifs aux dysfonctionnements de l'accès à Internet proposé par la société Free, ce dont il résultait que l'intérêt collectif des consommateurs ayant contracté avec cette société se trouvait lésé et que, dès lors, l'association était en droit de réclamer réparation du préjudice direct et indirect qui en découlait »).

² Pour autant, la constatation d'un ou plusieurs préjudices n'est pas une condition pour caractériser une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. En effet, il a été noté l'émergence d'une présomption de préjudice à l'intérêt collectif découlant de la violation d'une prescription légale ou réglementaire (C. DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif », *op. cit.*, p.265). Un tel constat se vérifie, par exemple, lorsque les tribunaux estiment que des retards à répétition sur des lignes de transport « ont nécessairement causé un préjudice aux usagers » (CA Paris, 4 oct. 1996 : D. 1996. 243, cité par : *Ibidem*). De manière plus générale, il a été jugé que l'« intérêt collectif est mis en cause toutes les fois qu'une disposition législative ou réglementaire entrant dans le champ d'application du droit de la consommation n'a pas été respectée » (TGI Nanterre, 24 juin 2003 : CCC 2003, comm. 191, note G. Raymond). Ce « champ d'application » est d'autant plus important que la Cour de cassation a estimé qu'« aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'est exclue des prévisions de l'article L. 421-1 [L. 621-1 nouv.] du Code de la consommation » (Cass. crim. 30 janv. 1995 : CCC 1995, n° 119, note G. Raymond). L'émergence encore incertaine d'une telle présomption correspond parfaitement à la définition retenue d'un intérêt collectif délié des intérêts individuels des membres du groupe : le droit de la consommation visant à protéger les consommateurs, on peut raisonnablement argüer que leur intérêt collectif est atteint dès que ses dispositions sont enfreintes.

³ La Cour de cassation a ainsi énoncé que « le préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif des consommateurs ne se confond pas avec le préjudice subi personnellement par les victimes directes de l'infraction qui seules peuvent en demander réparation » (Cass. crim. 20 mai 1985, n°84-91.606 : *Bull. Crim.* 1985, n°190). Dans le même sens, V. not. TGI Nanterre, 24 juin 2003 : *op. cit.*

⁴ C. DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif » *op. cit.*, spéc. p.259.

Notre propos ne constitue pas une critique de cette tendance puisqu'elle permet *in fine* de garantir le respect des dispositions par le professionnel et ainsi l'effectivité du droit de la consommation. Pour autant, il est notable de constater que le dispositif révèle une appréhension globale et collective des rapports juridiques : la considération du manquement du professionnel à ses obligations prévaut sur la considération de la ou des victimes.

La transparence de l'individu-consommateur ressort, en outre, des pouvoirs croissants d'enquêtes et de sanctions conférés à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), accentuant d'autant plus la dimension collective de la protection accordée aux consommateurs.

ii. L'intérêt collectif défendu par la DGCCRF

402. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) fut créée par décret du 5 novembre 1985¹ suite à la suppression de la Direction générale de la concurrence et de la consommation et de la Direction de la consommation et de la répression des fraudes. Elle a pour mission de garantir le fonctionnement sain du marché économique (régulation de la concurrence), la protection économique des consommateurs ainsi que leur sécurité.

403. Pouvoirs d'enquête – Initialement, la DGCCRF n'avait qu'un pouvoir d'enquête. Ce pouvoir s'étend approximativement à l'ensemble des infractions relevant du droit de la consommation, notamment les pratiques commerciales déloyales², le refus de vente, les restrictions et obligations du professionnel dans les contrats de vente à distance ou conclus lors d'un démarchage à domicile, dans les contrats de crédit, etc.³.

Afin de rechercher et constater de tels manquements, les agents de la DGCCRF disposent, d'une part, d'un pouvoir dit d'« enquête simple »⁴. Dans ce cadre, le Code de la consommation leur permet d'« opérer sur la voie publique », de « pénétrer dans les lieux à

¹ Décret n°85-1152 du 5 nov. 1985 portant création d'une direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes au ministère de l'économie, des finances et du budget par suppression d'une direction générale, d'une direction, d'une mission et d'un service.

² Symptôme de la mutation contemporaine de l'axiologie consumériste, ce dispositif aujourd'hui fondamental sera analysé dans la suite de notre propos (cf. *infra* n°457 et s.).

³ Pour un inventaire exhaustif, V. art. L. 511-11 et s., C. conso.

⁴ M. GINER, A. SANZ, « Enquêtes simples de concurrence : des enquêtes pas si simples », *JCP E*, 2014. 1029.

usage professionnel ou dans les lieux d'exécution d'une prestation de service » ainsi que « d'accéder à tous moyens de transport à usage professionnel »¹. Durant leurs recherches, les agents peuvent, notamment, exiger la « communication de documents de toute nature, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission », en obtenir copie ou même procéder à leur saisie². De même, ils peuvent « requérir l'ouverture de tout emballage »³ ou prélever des échantillons⁴, tout cela sans être astreint à décliner leur identité, si l'établissement de la preuve de l'infraction en dépend⁵.

D'autre part, les agents de la DGCCRF disposent d'un pouvoir d' « enquête lourde », leur permettant, sur demande du ministre chargé de l'économie⁶ et sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention⁷, d'inspecter et de fouiller les lieux.

404. Pouvoir d'exécution– La DGCCRF a en outre été dotée d'un pouvoir dit d'exécution⁸ prenant trois formes.

Elle dispose, tout d'abord, d'un pouvoir d'injonction, lui permettant d'ordonner au professionnel de se mettre en conformité avec ses obligations ou de cesser ses agissements illicites⁹. Cette prérogative doit être exercée dans le respect du principe du contradictoire.

Ensuite, depuis la loi du 17 mars 2014, elle dispose du pouvoir de prononcer des amendes administratives, après constat d'éventuels manquements du professionnel ou dans un cas de non-respect d'une injonction prononcée préalablement¹⁰. Quoique doté d'un champ d'application limité, ce pouvoir recouvre une part importante du contentieux en droit de la consommation : pratiques commerciales déloyales, abus de faiblesse, manquement à l'obligation d'information précontractuelle, à l'obligation de conformité, etc.¹¹. Ce pouvoir n'est pas limité formellement au Code de la consommation et concerne aussi notamment le

¹ Art. L. 512-5, C. conso. On notera, toutefois, que ce pouvoir ne peut être exercé qu'entre huit heures et vingt heures, sauf si ces lieux « sont ouverts au public ou lorsqu'à l'intérieur de ceux-ci sont en cours des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation ».

² Art. L. 512-8, C. conso.

³ Art. L. 512-9, al. 2, C. conso.

⁴ Art. L. 512-23, C. conso.

⁵ Art. L. 512-7, C. conso.

⁶ Art. L. 512-51, C. conso.

⁷ Art. L. 512-52, C. conso.

⁸ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.725 et s., n°686.

⁹ Art. L. 521-1 et 2, C. conso.

¹⁰ Art. L. 522-1 et s., C. conso.

¹¹ Art. L. 511-5, L. 511-6 et L. 511-7, C. conso.

Code du tourisme, le Code des transports, le Code de l'action sociale et des familles, le Code de la santé publique, divers règlements européens, etc.¹.

Enfin, la DGCCRF peut transiger avec le professionnel-délinquant, depuis l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005². Nécessitant l'accord préalable du procureur de la République, cette prérogative est limitée aux contraventions et aux délits qui ne sont pas punis d'une peine d'emprisonnement.

405. Anonymisation – Au fil des décennies, la DGCCRF a vu son pouvoir s'accroître au point de s'imposer comme un acteur principal dans la lutte contre les manquements au droit de la consommation. Par son omniprésence, elle tend à occulter l'individu-consommateur. Bien qu'il puisse alerter la Direction sur les agissements d'un professionnel, il n'est présent à aucun moment de la procédure. En effet, l'autorité administrative va poursuivre le professionnel, non en raison du préjudice éventuellement causé à un ou plusieurs consommateurs identifiés, mais en raison de manquements à ses obligations.

Cela ne doit pas surprendre outre mesure car cette logique se retrouve dans le déroulement de la procédure pénale, au sein de laquelle le ministère public engage les poursuites, sans que la participation des victimes ne soit une condition. Ces dernières ne sont pas indispensables puisque la sanction pénale sanctionne prioritairement une atteinte à un intérêt général et non à un intérêt individuel. Un raisonnement similaire permet d'expliquer l'évolution du droit procédural consumériste sous l'égide de la DGCCRF. En effet, en considérant que le droit de la consommation ne protège pas directement le consommateur particulier mais le consommateur moyen ou la collectivité des consommateurs, le phénomène d'anonymisation s'explique : la DGCCRF ne sanctionne pas une atteinte à un intérêt individuel mais, à l'instar des associations de consommateurs exerçant une action civile³, une atteinte à un intérêt collectif.

Cette occultation du consommateur dans la procédure peut aussi s'observer au profit d'une collectivité restreinte de consommateurs.

¹ Art. L. 511-7, C. conso.

² Art. L. 523-1 et s., C. conso.

³ Cf. *supra* n°399-401.

β. *L'individu occulté par une collectivité
restreinte de consommateurs*

406. Définition – Le plus emblématique des mécanismes procéduraires du droit de la consommation est vraisemblablement l'action de groupe, introduite en droit français en 2014¹, aujourd'hui codifiée aux articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation. Ce dispositif permet à toute association de consommateurs agréée d'agir devant les juridictions civiles en « réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles [...] à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services [...] ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles »². Seuls sont indemnisables les préjudices matériels, à l'exclusion des préjudices corporels ou moraux³.

407. Déroulement de la procédure – L'instance se scinde en deux temps. D'abord, l'action est introduite par l'association qui assigne le professionnel en précisant, notamment, les griefs invoqués à l'appui de la demande et en décrivant les « cas individuels présentés [...] au soutien de son action »⁴. Le juge statue alors sur la responsabilité du professionnel « au vu des cas individuels présentés par l'association requérante »⁵ et détermine les préjudices réparables ainsi que le groupe de consommateurs concernés par l'éventuelle indemnisation en déterminant les critères de rattachement à ce groupe.

Ensuite, conformément à ces critères, les consommateurs concernés choisissent d'adhérer ou non à l'action. L'adhésion leur permettra d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice mais entraînera la perte de leur droit d'agir individuellement.

408. Équilibre – Par essence, ce mécanisme vise, de manière très littérale, à rétablir un équilibre en permettant à une collectivité de consommateurs de s'unir pour agir contre un

¹ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

² Art. L. 623-1, C. conso.

³ Art. L. 623-2, C. conso.

⁴ Art. R. 623-3, C. conso.

⁵ Art. L. 623-4, C. conso.

professionnel¹. Ce dispositif sonne donc comme « la revanche des Lilliput » évoquée, il y a quelques décennies, par le doyen CARBONNIER².

En effet, l'action de groupe ouvre la possibilité d'obtenir une indemnisation de préjudices de faible importance subis par les consommateurs, qui forment, à grande échelle, de lucratives opportunités pour les professionnels. Sans ce mécanisme, ces préjudices seraient, dans la majorité des cas, insuffisants pour inciter les consommateurs à agir individuellement en justice, laissant potentiellement impunis les manquements des professionnels.

Ainsi, non seulement l'esprit de l'action de groupe est sous-tendu par la valeur d'équilibre, mais en outre, en facilitant la sanction du professionnel, elle favorise le respect des dispositifs consuméristes sous-tendus par cette même valeur.

409. Anonymisation – Cette garantie accrue de l'équilibre s'opère au prix d'une anonymisation, d'une occultation de l'individu par la collectivité.

D'une part, bien que soit favorisée la sanction des préjudices individuels, ceux-ci ne sont considérés que sous un prisme collectif : seul un agrégat de préjudices individuels justifie l'action de groupe, ce qui confirme notre propos.

D'autre part, lors de la première phase, le juge statue sur la responsabilité du professionnel avant même que la partie lésée ne soit pleinement identifiée. Il se prononce, non pas en considération des dommages subis par les consommateurs, mais avant tout au regard du manquement du professionnel. La procédure dissocie ainsi la constatation de la faute de celle du dommage. Cela signifie que « le principe de responsabilité et le montant de l'indemnité sont déterminés avant de savoir qui en est créancier »³ : en d'autres termes, le professionnel est responsable avant même que l'on ait exactement déterminé l'ensemble des victimes.

410. Anonymisation et dommages matériels – Cette anonymisation procédurale explique le champ d'application de l'action, actuellement limitée à l'indemnisation des dommages matériels. Celle-ci répond à un impératif d'identification du dommage : il est, en effet, plus aisé pour un juge de statuer par anticipation sur un hypothétique dommage matériel, sans

¹ Pour une position similaire, V. not. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd., Thémis PUF, 2013 (L'action de groupe permettrait de rétablir un « certain équilibre entre les parties »).

² J. CARBONNIER, « Vers le degré zéro du droit : de minimis... », in. *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.74 et s. spéc. p.82.

³ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, n°62, p.122.

avoir identifié l'ensemble des victimes, que sur un dommage corporel ou moral dont l'intensité est, par essence, variable selon les personnes¹.

On objectera alors que l'action de groupe existe en matière médicale et permet l'indemnisation de dommages corporels² et que, dès lors, il serait fort concevable de l'envisager en droit de la consommation. Mais cela peut s'expliquer par les vocations différentes de ces deux mécanismes : l'action de groupe consumériste vise à responsabiliser les professionnels produisant ou commercialisant des biens et services ; l'action de groupe sanitaire vise à responsabiliser les producteurs de produits pharmaceutiques. En cas de manquement, les premiers causeront majoritairement des dommages uniquement financiers, matériels ; les seconds provoqueront plus vraisemblablement des dommages corporels, leurs produits agissant directement sur le corps de l'utilisateur.

Dans ces deux illustrations, l'action de groupe n'a donc pas vocation à réparer chaque préjudice particulier dans ses différentes dimensions. Elle vise à garantir une indemnisation collective, de masse, réduite aux dommages les plus probables : la focale de ce mécanisme n'est pas l'individu lésé mais une collectivité d'individus, partiellement virtuelle au commencement de la procédure.

411. La récente directive européenne du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs³ n'entend pas modifier ce point. Bien qu'elle impose aux États la mise en place d'actions collectives de consommateurs permettant la cessation de pratiques illicites des professionnels et la réparation de préjudices, elle reste silencieuse quant aux catégories de dommages réparables.

Il est vrai que cette extension, souhaitée par certains auteurs⁴, aboutirait à une meilleure protection des consommateurs et pourrait améliorer l'effectivité du respect des dispositions consuméristes par les professionnels. Toutefois, celle-ci ne serait pas anodine et marquerait une rupture avec l'axiologie consumériste traditionnelle. Une telle réforme s'intégrerait alors

¹ Pour une opinion comparable, V. les propos de M. P. GUILLERMIN lors de la 1^{ère} table ronde du séminaire « L'effectivité des sanctions : mythes et réalités », ayant eu lieu le 8 avril 2022, organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris II-Panthéon Assas dans le cadre de son cycle annuel de séminaires portant cette année-là sur : *Les sanctions en droit de la consommation* (D. FENOUILLET, T. GENICON (dir.)).

² Art. L1143-1 et s., C. santé pub.

³ Dir. 2020/1828 du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE.

⁴ V. not. L. USUNIER, « L'action de groupe au milieu du gué », *RTD civ.* 2021. 370.

parfaitement au phénomène plus large de subjectivation du droit de la consommation faisant primer l'individu-consommateur sur la collectivité¹.

412. L'anonymisation est donc double : procédurale, d'abord ; substantielle, ensuite. Le professionnel est ici sanctionné en raison de son manquement à une norme, sans que le préjudice effectivement causé à un consommateur identifié ne soit au centre du dispositif. Les consommateurs lésés s'effacent ainsi au profit de la collectivité dans une optique d'efficacité et d'effectivité.

413. Conclusion du §1. – L'équilibre a deux finalités matérielles étroitement corrélés.

La première est *disciplinaire* : l'axiologie consumériste vise à instaurer une discipline s'imposant collectivement et uniformément aux professionnels.

La seconde est *protectrice*. Le droit de la consommation protège le consommateur en raison de son *infériorité économique structurelle* dans son rapport au professionnel. Il ne s'agit pas de remédier à son éventuelle faiblesse – quoique les dispositifs consuméristes puissent ponctuellement remédier à de telles situations. Plus fondamentalement, il s'agit de lui accorder une protection structurelle, non comme partie faible, mais comme appartenant à une catégorie d'agents économiques subissant la domination économique structurelle de ceux appartenant à une autre catégorie.

Cette finalité protectrice a naturellement une focale collective : elle a pour sujet direct la collectivité des consommateurs et non l'individu. En effet, ce dernier est occulté tant dans les modalités de sanction prévues par la législation consumériste (celles-ci ne sont aucunement indexées sur un éventuel préjudice individuel) que dans la procédure. Au cours de celle-ci, il s'efface, tantôt au profit d'une collectivité restreinte (dans l'action de groupe), tantôt au profit de la collectivité générale des consommateurs (dans l'action des associations de consommateurs ou de la DGCCRF). Dès lors, la considération du préjudice s'estompe et la répression s'anonymise : le professionnel n'est responsable qu'envers une communauté mouvante incluant potentiellement la totalité de la population.

¹ Sur le phénomène de subjectivation, cf. *infra* n°453 et s. ; sur l'individualisation de la protection consumériste qui en découle, cf. *infra* n°630 et s. Sur la potentielle extension de l'indemnisation dans l'action de groupe à l'ensemble des préjudices subis, cf. *infra* n°719.

De cette complémentarité des finalités de l'équilibre – discipline et protection – découle l'instauration d'un ordre public économique de protection collective.

§2. *L'instauration d'un ordre public économique de protection collective*

414. Définition – L'ordre public est une notion vaste. Définies de manière technique comme des « norme[s] impérative[s] dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leurs comportements, ni dans leurs conventions »¹, les normes d'ordre public s'opposent aux normes dites supplétives, c'est-à-dire celles n'ayant vocation à s'appliquer qu'en l'absence de volonté contraire des parties².

Une telle appréhension de la notion occulte cependant sa dimension symbolique et axiologique. L'ordre public ne se cantonne pas à une notion technique régissant simplement la place de la volonté individuelle dans l'application d'une norme ; il matérialise juridiquement l'axiologie et les finalités poursuivies par le droit. Comme l'énonce Monsieur le Professeur MEKKI dans sa thèse de doctorat, « l'ordre public intègre le contrat dans une hiérarchie des intérêts publics et/ou privés, légitimée par référence à une grille de valeurs jugées fondamentales, à un moment donné, dans un ordre juridique donné »³.

415. Ordres publics classique et économique – Au sein des normes d'ordre public, on distingue généralement l'ordre public classique – l'ensemble des normes « essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité et de la moralité »⁴ – et l'ordre public économique – défini comme « l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat »⁵. Cette seconde facette, dont l'apparition a été remarquée à

¹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.723, V° *Ordre public*, sens 2, I.

² Sur la notion, V. C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n°584, p.570.

³ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, p. 208, n°333.

⁴ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, Paris, LGDJ, 1963, p.38, n°30.

⁵ *Ibidem*. Cette définition se veut volontairement synthétique. Sans rentrer dans des considérations qui nous éloigneraient de notre propos, l'ordre public économique est aujourd'hui une notion multiple et polymorphe pouvant alternativement jouer un rôle de « gardien », de « promoteur » ou encore d' « architecte » des marchés économiques (Sur les différentes formes de l'ordre public économique, cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les différentes natures de l'ordre public économique », *Arch. Phil. Droit*, t. 58, 2015, p.105).

ses débuts par RIPERT¹, émerge au cours du XX^e siècle et rompt avec la logique libérale classique prônant le « laisser-faire » des agents économiques².

416. Ordre public économique et droit de la consommation – La qualification des normes consuméristes comme relevant de l'ordre public ne fait guère de doute. Rappelée à plusieurs reprises par le législateur³ et par le juge⁴, l'appartenance à cette catégorie s'impose tant de manière technique – l'application des normes ne peut être modulée selon la volonté des parties⁵ – que politique – le rééquilibrage du rapport de force entre professionnels et consommateurs impose le recours à un modèle impératif.

De même, la classification des normes consuméristes au sein de l'ordre public économique ne suscite guère de doute : le droit de la consommation a bien vocation à régler les rapports économiques entre certains agents.

417. Ordres publics économiques de protection et de direction – Toutefois, la classification de la législation consumériste au sein de la cartographie interne à la notion d'ordre public économique est plus ardue. En effet, on distingue généralement différents types d'ordre public en fonction de leurs finalités. Aussi, à l'ordre public économique⁶ de direction, qui « se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait contrarier cette direction », on oppose généralement l'ordre public de protection, qui « n'a d'autre but que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible »⁷. Si le premier vise directement « l'intérêt économique de la nation »⁸, le second a trait à l'intérêt économique d'un agent en situation de faiblesse.

¹ G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle, Le droit constitutionnel non écrit », *Mél. F. Génay*, 1934, t.II, p.347.

² Pour une présentation du libéralisme classique et de son axiologie, cf. *supra* n°39 et s.

³ V. not. art. L. 111-8, L. 222-18, L.219-1, L. 221-29, L. 224-16, L. 241-1, L. 314-26, etc., C. conso.

⁴ Cf. not. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1993, n°90-11.737 : *Bull. civ. I* n° 116 – Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 1994, n°92-13.828 : CCC 1994, n°152, obs. G. Raymond; *RJDA* 1994, n°723 – Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-17.673 : CCC 2004, n° 4, p. 43, note G. Raymond.

⁵ Sur l'impérativité de l'équilibre consumériste, cf. *supra* n°356 et s.

⁶ Notre propos vise l'ordre public économique de direction et de protection car le droit de la consommation relève de cette catégorie. Bien entendu, la distinction existe aussi au sein des normes relevant de l'ordre public classique.

⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, t.4, Les obligations*, coll. Thémis Droit privé, 22^{ème} éd., PUF, p.147-148, n°71.

⁸ M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », in. *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p.317 et s, spéc. p. 320.

À ces deux catégories s'attachent deux régimes de nullité distincts. La violation des normes d'ordre public de protection est sanctionnée par une nullité relative, tandis que le manquement aux normes ayant trait à la direction de l'économie entraîne une nullité absolue¹. La distinction entre ces deux types de nullité emporte principalement deux conséquences.

La première d'entre elles est relative à la détermination des titulaires de l'action en justice : toute personne ayant un intérêt légitime à agir peut agir pour invoquer une nullité absolue ; en revanche, seule la personne protégée par la disposition peut agir pour invoquer une nullité relative.

La seconde différence a trait à la possibilité de confirmer l'acte entaché de nullité : contrairement à la nullité absolue pour laquelle cela n'est pas envisageable, la possibilité est ouverte à l'individu protégé par la règle sanctionnée d'une nullité relative, à la double condition que soient prouvées son intention de confirmer et sa connaissance du vice.

418. Plan – Il est délicat d'assigner le droit de la consommation à l'une de ces catégories d'ordre public (A.). C'est pourquoi il nous semble nécessaire de dépasser cette distinction et de placer l'ordre public consumériste au sein d'une catégorie intermédiaire : l'ordre public de protection collective (B.).

A. L'inadéquation de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection

419. Méthodes d'identification – Déterminer l'appartenance d'une norme d'ordre public à l'une de ces catégories – protection ou direction – n'est pas aisé. Deux méthodes peuvent être employées : une méthode inductive et déductive. La première consiste à partir des manifestations législatives ou jurisprudentielles de son régime – l'acte peut-il être confirmé ? qui peut agir en nullité ? – pour en déduire la catégorie à laquelle elle appartient. La seconde consiste à partir de l'esprit de la norme – protège-t-elle un intérêt privé ou général ? – pour en déduire son appartenance et ainsi le régime devant lui être appliqué.

¹ Le nouvel article 1179 du Code civil dispose ainsi que « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

Quelle que soit la méthode adoptée, l'identification de l'appartenance du droit de la consommation à l'une des deux catégories n'est pas aisée.

420. Méthode inductive – L'emploi de cette méthode suppose d'abord de s'intéresser aux titulaires de l'action. Comme démontré précédemment, le droit de la consommation occulte bien souvent le consommateur au sein de la procédure pour privilégier l'intervention d'autres acteurs : la DGCCRF¹ et les associations de consommateurs dans le cadre d'une action de groupe² ou d'une action en défense de l'intérêt collectif des consommateurs³. En revanche, l'action n'est pas ouverte à tout individu potentiellement protégé par le droit de la consommation : tout consommateur ne peut agir pour invoquer la violation d'une disposition consumériste s'il n'en est pas directement victime, quand bien même une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs pourrait être caractérisée. Sur ce point, il n'est donc pas possible de trancher, dès lors que l'invocation d'une disposition consumériste n'est ni limitée à la personne protégée, ni ouverte à toute personne intéressée⁴. Sur ce point, la méthode inductive ne nous permet donc pas de trancher.

Le constat penche plus du côté de l'ordre public de direction lorsque l'on s'intéresse à la question de la renonciation à une action en nullité par confirmation de l'acte vicié. Comme démontré précédemment, l'équilibre est impératif : il s'impose aux consommateurs. Cela ressort notamment du pouvoir qu'a le juge de relever d'office tout manquement du professionnel aux dispositifs consuméristes⁵ mais aussi, et surtout, du strict encadrement de la renonciation⁶. Ces éléments sembleraient rapprocher les normes consuméristes d'un ordre public de direction.

La méthode inductive s'avère donc peu fructueuse : elle ne nous permet pas de déterminer avec certitude l'appartenance des normes consuméristes à l'une ou l'autre des catégories de l'ordre public économique.

¹ Cf. *supra* n°402-405.

² Cf. *supra* n°406-412.

³ Cf. *supra* n°399-401.

⁴ Sans rentrer dans un exposé qui nous éloignerait de notre propos, l'intérêt à agir peut se définir comme l'« importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à le demander en justice (si cette importance est assez personnelle, directe et légitime) et à défaut de laquelle le demandeur est sans droit pour agir (G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022. V° *Intérêt pour agir*). Ainsi, il serait envisageable de considérer comme intéressé à agir, le consommateur dont la situation personnelle aura été atteinte par une violation de l'intérêt collectif des consommateurs.

⁵ Cf. *supra* n°374 et s.

⁶ Cf. *supra* n°363 et s.

421. Méthode déductive – En employant la méthode déductive, le constat est similaire. En effet, celle-ci ne fonctionne guère tant la distinction relative à l'esprit de la norme est extrêmement fine lorsqu'elle est appliquée à cette législation¹. En effet, l'on pourrait conclure à un ordre public de protection dès lors que le droit de la consommation protège la partie structurellement inférieure qu'est le consommateur ; à l'inverse, on pourrait le considérer comme une législation relevant d'un ordre public de direction puisqu'il participe indéniablement à une certaine direction des rapports économiques, en instaurant une discipline collective.

La double finalité de l'équilibre – disciplinaire et protectrice – rend ardu l'arbitrage entre les deux catégories d'ordre public, qui semblent extrêmement imbriquées. Comme cela a été relevé, « la direction de l'activité économique et la protection de ses intervenants sont [...] liés : inséparables, ces deux objectifs n'en forment en réalité qu'un seul, la défense d'un fonctionnement [...] équitable du marché »².

En outre, les caractères structurel³ et collectif⁴ de la protection accordée au consommateur rompent avec la notion d'ordre public de protection, qui a prioritairement trait à la protection de l'individu.

Une fois de plus, la conclusion reste donc incertaine. Que l'on adopte une méthode inductive ou déductive, la conclusion est identique : l'ordre public consumériste relève à la fois de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection.

422. Une opposition peu pertinente – Plus fondamentalement, il semble que cette distinction entre ordres publics ne soit ici guère appropriée. En effet, cette dichotomie a été pensée pour la législation civiliste qui, nous l'avons vu, confère une priorité axiologique et juridique à la volonté et à l'action individuelles⁵. Cette opposition permet ainsi de distinguer les

¹ Cette méthode est appliquée par certains auteurs lorsqu'ils énoncent, par exemple, que le droit de la consommation relève « par essence d'un ordre public économique de protection dans la mesure où il vise à protéger certaines catégories de personnes dont les intérêts sont menacés du fait même de la situation d'infériorité dans laquelle elles se trouvent » (Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021, p.26, n°26).

² M. HERVIEU, « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », *in. Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p.317 et s, spéc. p. 323. Sur l'imbrication des deux catégories d'ordre public, à propos du droit de la concurrence mais transposable à notre propos, V. : M.-A. FRISON-ROCHE, « Les différentes natures de l'ordre public économique », *Arch. Phil. Droit*, t. 58, 2015, p.105 et s., spéc. p.110 (« Bien malin celui qui peut aujourd'hui nettement distinguer, opposer ou articuler les deux sortes d'ordre public. En effet, l'on peut soutenir que le droit de la concurrence a pour fin le bien-être du consommateur, ce qui subsume la protection de celui-ci dans l'ordre public de direction du marché »).

³ Cf. *supra* n°387-389.

⁴ Cf. *supra* n°390 et s.

⁵ Sur la valeur d'autonomie de la volonté, cf. *supra* n°69 et s. Sur la valeur de respect d'autrui, cf. *supra* n°106 et s.

dispositions selon la place qu'elles laissent à ces dernières : l'ordre public de protection se conforme à la volonté de l'individu protégé – il le protège, sauf volonté contraire – tandis que l'ordre de direction s'impose le cas échéant contre celle-ci.

L'application de cette construction n'a donc pas vraiment de sens en présence d'une législation ayant une focale collective. Comme cela a été démontré, le droit de la consommation occulte l'individu au profit de la collectivité, dans les sanctions comme dans la procédure : ce n'est pas l'individu-consommateur mais la collectivité des consommateurs qui est directement protégée¹. Aussi, l'arbitrage entre les différents ordres publics n'a guère d'intérêt puisque, par principe, la volonté individuelle ne constitue pas l'épicentre des dispositifs.

Ensuite, ces catégories ne semblent guère pertinentes au sein d'un droit de la consommation doté d'une finalité précise : protéger les consommateurs. Cette caractéristique rend artificiel et tautologique le fonctionnement de chaque catégorie. Pour exemple, comme cela a été à juste titre soulevé, sa catégorisation au sein de l'ordre public de protection s'avère profondément contre-productive puisque « comme il s'agit de prémunir [le consommateur] contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement², on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale : ce serait ruiner cette protection même. Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi [...] paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection »³ qui autorise pourtant, en principe, un tel acte.

Qualifier l'ordre public consumériste au sein de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction constitue donc une impasse, qui peut sans doute être dépassée avec la catégorie intermédiaire d'ordre public de protection collective.

¹ Cf. *supra* n°390 et s.

² Sur le caractère indirect et non systématique de la protection du consentement du consommateur, cf. *supra* n°161 et s.

³ G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p.95, spéc. p.106, n°11.

B. Le dépassement de la distinction par l'ordre public de protection collective

423. La notion d'ordre public de protection collective – L'ordre public de protection collective constitue une troisième catégorie identifiée par M. FARJAT dans sa thèse de doctorat¹ et qui se situe à l'intersection entre les ordres publics de direction et de protection. Cette catégorie se fonde sur la protection « d'un intérêt collectif, distinct à la fois de l'intérêt général et de l'intérêt particulier »². La protection d'une catégorie de contractants ayant un intérêt commun est nécessairement « dirigé[e] contre une partie au contrat »³.

L'auteur distingue deux éléments de régime caractéristiques de cette catégorie : le fait qu'il confère « à d'autres qu'aux protégés directs le droit de dénoncer l'illicite » – le distinguant de l'ordre public de protection – et le fait que « ne pourrait agir celui contre qui [la norme] est dirigée »⁴ – le distinguant de l'ordre public de direction.

424. Appartenance du droit de la consommation – Que l'on se réfère aux méthodes inductive ou déductive⁵, cette catégorie intermédiaire semble pleinement convenir à la législation consumériste.

Suivant la première qui consiste à partir des éléments de régime, le droit de la consommation s'y intègre parfaitement : il confère à « à d'autres qu'aux protégés directs le droit de dénoncer l'illicite »⁶, sans pour autant que tout individu intéressé puisse agir.

La méthode déductive aboutit à une conclusion similaire : le droit de la consommation protège structurellement la collectivité des consommateurs incarnant un intérêt collectif, différenciant de l'intérêt général ou des intérêts particuliers⁷.

L'analyse axiologique semble ainsi prouver l'affranchissement du droit de la consommation de la distinction entre les catégories de l'ordre public économique pour intégrer cette troisième catégorie qu'est l'ordre public de protection collective⁸.

¹ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, Paris, LGDJ, 1963.

² G. FARJAT, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p.123, n°164.

³ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p.123, n°163.

⁴ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p.327, n°403.

⁵ Cf. *supra* n°419.

⁶ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p.327, n°403.

⁷ Cf. *supra* n°390 et s.

⁸ Pour une opinion similaire sur la qualification du droit de la consommation d'ordre public de protection collective, V. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, n°276, p.409.

425. Conclusion de la Sous-section 1. – La valeur d'équilibre consumériste a deux finalités substantielles : disciplinaire, d'une part ; protectrice, d'autre part.

Il instaure, en effet, une discipline collective s'imposant aux professionnels prenant la forme d'un modèle de conduite uniformisé.

En outre, l'équilibre protège *structurellement* la *collectivité* des consommateurs. Cette protection ne vise pas à remédier directement à une faiblesse subjective et conjoncturelle de l'individu-consommateur, mais à une infériorité objective et structurelle des consommateurs face aux professionnels. Dès lors qu'il s'agit de remédier à une infériorité inscrite dans la structure même du marché économique, cette protection ne peut avoir pour sujet direct que la collectivité des consommateurs. Une telle assertion est d'ailleurs confirmée par le phénomène d'occultation généralisée de l'individu-consommateur, tant au sein de la sanction des normes consuméristes – au sein desquelles le préjudice individuel ne constitue jamais une variable déterminante – que dans la procédure judiciaire qui privilégie les actions collectives et la défense de l'intérêt collectif des consommateurs.

Ces deux effets complémentaires et imbriqués, induits des caractères de la valeur, ont permis la détermination de la nature de l'ordre public consumériste. Que l'on suive une méthode inductive ou déductive, il n'est pas possible de catégoriser l'ordre public consumériste comme un ordre de protection ou de direction. En revanche, la catégorie intermédiaire qu'est l'ordre public de protection collective correspond aux normes consuméristes, quelle que soit la méthode employée. L'analyse axiologique du droit de la consommation aura ainsi permis de trancher un débat entamé de longue date et de mieux appréhender et analyser son fonctionnement.

Les finalités substantielles de la valeur d'équilibre consumériste traduisent une finalité axiologique unique : la finalité morale.

Sous-section 2. La finalité axiologique de l'équilibre

- 426.** L'équilibre consumériste a incontestablement une nature axiologique : il s'agit bien d'une valeur. Sa finalité – morale ou économique – n'a en revanche pas encore été identifiée. Pour rappel, alors que la valeur morale tend au perfectionnement de l'individu ou des rapports interindividuels, la valeur économique vise à assurer un fonctionnement harmonieux du marché¹.
- 427. Plan** – L'équilibre consumériste s'impose comme une valeur morale (§1.) dépourvue de finalité économique (§2.).

§1. Une finalité morale

- 428. Plan** – L'équilibre consumériste peut être qualifié de valeur morale dès lors qu'il vise, de manière nette, à un perfectionnement des rapports interindividuels (A.) et, de manière plus indirecte, à un perfectionnement de l'individu (B.).

A. Un perfectionnement direct des rapports interindividuels

- 429.** Le perfectionnement des rapports interindividuels opéré par l'équilibre consumériste passe par un double phénomène : une « civilisation » du rapport de force, d'une part ; une atténuation des inégalités entre consommateurs et professionnels, d'autre part.
- 430. La « civilisation » du rapport entre consommateurs et professionnels** – La « civilisation » ne désigne pas une éventuelle coloration civiliste du droit de la consommation mais, plus fondamentalement, la substitution d'un rapport de droit à un rapport de force.

Cette expression, empruntée à Monsieur le Professeur SUPIOT, qui l'utilise pour évoquer la fonction du droit du travail dans son rapport avec le droit civil, peut être transposée au

¹ Pour l'exposé de ce critère, cf. *supra* n°13.

droit de la consommation¹. L'auteur énonce, en effet, que « le droit du travail procède [...] de l'incapacité du droit civil des obligations à appréhender une relation dominée par l'idée de subordination d'une personne à une autre. Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation de travail elle se soumet. L'engagement manifeste la liberté, la soumission la nie. Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit à ce que le salarié, en tant que sujet de droit, disparaît de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise, pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de normalisation du chef d'entreprise. Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de "civiliser" le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps - irréductible ambivalence du droit - une légalisation et une limitation de ce pouvoir »².

Ces propos pourraient parfaitement convenir au droit de la consommation : face à l'impossibilité initiale du droit civil de saisir la particularité du rapport de force entre consommateurs et professionnels, la législation consumériste « civilise » le pouvoir du professionnel, en encadrant de manière globale son activité et en limitant ses pouvoirs.

431. Atténuation des inégalités et justice sociale – Ce premier phénomène est étroitement lié au second : l'atténuation des inégalités entre consommateurs et professionnels. En rééquilibrant le savoir et le pouvoir économique des parties, l'équilibre atténue les inégalités entre eux. Il n'a cependant aucune vocation à nier leurs différences – en anéantissant la répartition des rôles économiques des consommateurs et professionnels – ou à supprimer toute inégalité entre eux – en imposant un équilibre économique parfait, par une réglementation des prix notamment³. L'équilibre consumériste impose ainsi un modèle jugé vertueux de rapport de force, atténuant les inégalités entre consommateurs et professionnels, tout en conservant certaines d'entre elles.

Un tel procédé s'apparente aux principes de la justice développés par John RAWLS, dans sa *Théorie de la justice* publiée en 1971⁴. L'auteur y identifie deux principes fondant la

¹ A. SUPPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 2019. 822.

² A. SUPPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *op. cit.*

³ Ces considérations font directement écho à la distinction terminologique entre égalité et équilibre développée précédemment : cf. *supra* n°274-276.

⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, éd. du Seuil, 1997.

justice sociale. Tandis que le premier n'intéresse guère notre propos¹, le second postule que : « les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous »². L'auteur explique que « toutes les valeurs sociales – libertés et possibilités offertes à l'individu, revenus et richesse ainsi que les bases sociales du respect de soi-même – doivent être réparties également à moins qu'une répartition inégale de l'une ou de toutes les valeurs ne soit à l'avantage de chacun »³. En somme, pour RAWLS, l'inégalité n'est pas en soi contraire à l'existence d'une justice sociale ; seules « les inégalités qui ne bénéficient pas à tous »⁴ le sont⁵.

Il semble que l'axiologie consumériste soit innervée par une logique similaire d'atténuation d'inégalités jugées injustes – telles que le différentiel de compréhension du produit, du contrat ou la non-réciprocité de certaines prérogatives contractuelles – et de conservation de certaines jugées nécessaires et bénéfiques – comme l'absence de sanction du prix abusif, par exemple. En ce sens, l'axiologie consumériste originelle poursuit bien un objectif de justice sociale, prise dans son sens rawlsien.

432. Au travers de ces deux phénomènes, l'équilibre consumériste perfectionne incontestablement les rapports interindividuels entre consommateurs et professionnels. Ce perfectionnement passe par un apaisement de ceux-ci : le droit de la consommation a pour vocation de favoriser un meilleur dialogue entre les catégories d'agents économiques en garantissant notamment une compréhension et un langage communs⁶. De même, il tend à limiter la domination d'une catégorie de la population sur une autre, en instaurant des garanties réciproques, des cadres économique et financier au sein du contrat⁷.

¹ Le premier principe postule que « chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système que les autres » (J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p.91).

² *Ibidem*.

³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p.93.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Pour un exposé général de la philosophie rawlsienne, cf. not. S. TZITZIS, *Introduction à la philosophie du droit*, coll. Dyna'sup Droit, éd. Vuibert, 2011, p. 245 et s., n°178 et s.

⁶ Cf. *supra* n°296 et s., n°281 et s.

⁷ Cf. *supra* n°328 et s.

À cela s'ajoute un perfectionnement indirect de l'individu, seconde manifestation de la finalité morale de l'équilibre consommériste.

B. Un perfectionnement indirect des individus

433. Le perfectionnement de l'individu – Bien qu'il ait pour finalité substantielle la protection collective et structurelle des consommateurs¹, l'équilibre consommériste agit aussi indirectement sur les individus eux-mêmes.

D'une part, dans sa dimension disciplinaire, l'équilibre agit sur le professionnel. En lui imposant l'octroi de certains droits au consommateur, la transmission de certaines informations et, plus généralement, en limitant sa domination, l'axiologie consommériste initiale influe sur son comportement. L'équilibre commande au professionnel de se conformer à certaines normes, jugées idéales pour atteindre l'équilibre.

D'autre part, dans sa dimension protectrice, l'équilibre agit sur le consommateur, dont la compréhension de ses engagements et les connaissances sortent accrus et dont la sécurité – physique, financière et juridique – est mieux préservée. En outre, la dimension collective de la protection garantit un accès généralisé et indifférencié à la consommation qui est, quoique l'on puisse en penser, un « vecteur d'insertion [...] sociale »².

434. Un perfectionnement indirect – L'équilibre agissant de manière collective et objective, cette influence sur les individus n'est pourtant qu'indirecte. Dans le cas contraire, si cette valeur visait à un perfectionnement direct des individus, les normes qui en découleraient seraient modulées en fonction de ces derniers. Or, comme cela a été rappelé à maintes reprises, l'équilibre est une valeur objective et impérative³. Cette fixité, cette unicité de la valeur, se comprend puisqu'elle n'a pour seul sujet que le rapport de force entre consommateurs et professionnels.

La valeur d'équilibre consommériste n'a, en revanche, pas de finalité économique.

¹ Cf. *supra* n°386 et s.

² J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Études offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. p. 864, n°26.

³ Sur l'objectivité, cf. *supra* n°351 et s. Sur l'impérativité, cf. *supra* n°356 et s.

§2. *L'absence de finalité économique*

435. La valeur d'équilibre rompt avec le dogme économique libéral classique. Contrairement à celui-ci qui prône la limitation de toute intervention étatique dans les échanges économiques pour laisser libre cours aux volontés individuelles, l'équilibre consumériste impose un modèle de conduite des échanges, en encadrant et en standardisant les relations contractuelles entre consommateurs et professionnels.

Cela n'est guère surprenant d'un point de vue historique. En effet, les années 1970, décennie de l'émergence du droit de la consommation, sont marquées par le constat des effets des politiques économiques libérales et du progrès technique : intensification des échanges, anonymisation de ceux-ci, complexification des produits accroissant l'asymétrie d'informations entre les acteurs économiques, etc. Le droit de la consommation s'est alors imposé pour répondre aux dérives de ce système économique qui aboutissait à une domination croissante du professionnel sur le consommateur¹.

Il serait, en ce sens, possible d'estimer que le droit de la consommation aurait aspiré à assurer un fonctionnement harmonieux du marché, en le rendant plus sain. Dès lors, l'équilibre consumériste le sous-tendant pourrait être qualifié de valeur économique.

436. Toutefois, ce « perfectionnement » ne découle que de la finalité morale de la valeur d'équilibre. L'établissement d'un marché harmonieux n'est, en effet, que la conséquence d'une volonté de perfectionnement des rapports interindividuels par l'établissement d'une certaine justice sociale². Ce n'est qu'au travers d'une civilisation du rapport de force entre consommateurs et professionnels et d'une atténuation des inégalités entre eux que l'on pourrait estimer que le fonctionnement du marché en est perfectionné.

Dès lors, l'équilibre consumériste ne peut être valablement qualifié de valeur économique ; il ne tend pas à garantir un fonctionnement harmonieux du marché comme entité, comme objet à part entière, mais plus fondamentalement, à l'amélioration de rapports interindividuels prenant place sur celui-ci. La différence est certes ténue mais elle est primordiale au sein de l'axiologie consumériste originelle.

¹ Sur l'historique de l'apparition du droit de la consommation, cf. *supra* n°1-3.

² Cf. *supra* n°431.

437. Conclusion de la Sous-section 2. – Aspirant directement au perfectionnement des rapports interindividuels, et indirectement à celui de l'individu, l'équilibre consumériste s'impose comme une valeur morale.

Le perfectionnement des relations interindividuelles s'opère par une civilisation du rapport de force opposant professionnels et consommateurs et par une atténuation des inégalités entre eux. L'équilibre consumériste instaure un modèle de relation jugé vertueux dans une optique semblable à la logique de justice sociale au sens rawlsien : l'inégalité n'est pas injuste tant qu'elle profite à tous, et notamment à ceux qui la subissent. Ici, bien que l'inégalité entre consommateurs et professionnels soit atténuée, elle persiste.

L'équilibre consumériste n'est, toutefois, pas une valeur économique au sens où il aurait pour finalité le perfectionnement du fonctionnement du marché économique. Quoiqu'il ait une influence indéniable sur celui-ci, cette influence n'est que la conséquence de sa finalité morale.

Conclusion du Chapitre 2.

- 438.** L'identification de la valeur d'équilibre consumériste est complète. L'analyse de sa réalisation, de sa matérialisation a été opérée sous deux angles : un angle statique et interne à la valeur relatif aux caractères de celle-ci, d'abord ; un angle dynamique et externe relatif aux finalités de celle-ci, ensuite.
- 439.** Deux caractères ont été identifiés. L'équilibre consumériste est d'abord d'une valeur *objective* : elle ne se module aucunement en fonction de considérations subjectives. Cela ressort des définitions du consommateur et du professionnel, étrangères aux notions de faiblesse subjective ou de besoin concret de protection. Cela émane aussi de l'indifférence de la législation envers leur intention ou leur éventuelle malveillance.
- L'équilibre est ensuite une valeur *impérative* : elle s'impose uniformément aux parties, et ce, même potentiellement à l'encontre de la volonté du consommateur.
- 440.** Nous avons ensuite identifié les finalités de la valeur d'équilibre. L'équilibre a deux finalités substantielles – ayant trait à la situation des parties – étroitement corrélées.
- Une finalité *disciplinaire*, d'une part : l'équilibre instaure une règle de conduite uniforme s'imposant invariablement à l'ensemble des professionnels.
- Une finalité *protectrice*, d'autre part : l'équilibre organise une protection de la collectivité des consommateurs remédiant prioritairement à l'infériorité structurelle qui caractérise la position du consommateur dans son rapport de force face au professionnel.
- Une fois de plus, le constat s'impose : en substituant l'objectif au subjectif, le général au particulier, le collectif à l'individuel, le droit de la consommation opère indéniablement une rupture profonde avec l'axiologie civiliste.
- 441.** La finalité axiologique de la valeur ne pouvait alors plus faire de doute : l'équilibre consumériste est une valeur *morale*. En civilisant le rapport de force entre consommateurs et professionnels et en atténuant les inégalités entre eux, l'axiologie consumériste poursuit un objectif de justice sociale qui *in fine* a pour finalité de perfectionner les relations interindividuelles.

CONCLUSION DU TITRE 2.

442. L'étude franchit une seconde étape avec l'identification de l'équilibre consommériste, cœur de l'axiologie originelle du droit de la consommation.

Est bonne la situation dans laquelle le savoir et le pouvoir économique du consommateur sont équilibrés avec ceux du professionnel : telle est la formule synthétisant cette valeur. Celle-ci a été induite de la volonté, émanant du droit de la consommation, de rééquilibrer le rapport professionnel-consommateur, sur le double plan technique et économique.

443. L'équilibre consommériste n'est pas centré sur l'individu et sa volonté subjective. Il est *objectif* – les considérations concrètes et subjectives lui sont secondaires – et *impératif* – l'équilibre s'impose tant aux professionnels qu'aux consommateurs.

444. Ces deux caractères ont révélé les deux principales finalités de la valeur : *disciplinaire*, d'une part ; *protectrice*, de l'autre. Celle-ci est particulière en ce qu'elle adopte une focale structurelle : l'équilibre a d'abord pour objectif de remédier à une infériorité des consommateurs face aux professionnels, infériorité qui est inscrite dans la structure même du marché. Derechef, l'on constate un profond écart avec l'axiologie civiliste classique.

445. Protection et discipline démontrent la finalité morale de l'équilibre consommériste. Aspirant à l'établissement d'une justice sociale au sens rawlsien, par une atténuation des inégalités, cette valeur a pour visée première le perfectionnement des rapports interindividuels et, indirectement, des individus. Le droit de la consommation s'impose bien originellement comme une législation sociale¹ et humaniste².

¹ D. MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? » *in*. « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergence ? » Cycle de conférence organisé par la Cour de cassation le 3 juillet 2006, *RLC*, 2006, p.134 et s.

² J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Études offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835 et s., spéc. p. 828, n°3.

Conclusion de la Partie 1.

446. Le prisme axiologique a permis de rendre compte des nombreux bouleversements occasionnés par l'émergence du droit de la consommation au sein d'un ordre juridique alors dominé par le droit civil.

Dès l'origine, la législation consumériste a rompu avec le principe de liberté contractuelle et la valeur d'autonomie de la volonté qui lui est sous-jacente. Face à une législation civiliste centrée sur la normativité de la volonté individuelle, ce nouveau pan du droit a imposé une réglementation impérative reléguant celle-ci au second plan. Alors que le droit civil était conçu comme un cadre juridique permettant l'expression libre de la volonté des parties, le droit de la consommation a instauré un cadre figé et uniforme à leurs relations. Il n'est plus question de sanctionner l'irrespect volontaire de son engagement ou de son cocontractant mais, plus fondamentalement, l'irrespect objectif du modèle de relation institué par la loi.

447. Cela s'explique par une approche bien différente. La législation consumériste ne connaît pas l'individu conçu, au sens civiliste, de manière générale, s'incarnant de manière subjective par l'expression de sa volonté, sa conscience ou encore son intention ; elle ne connaît que consommateurs et professionnels. Aussi, à un rapport entre deux individus égaux, le droit de la consommation substitue un rapport de force entre deux catégories d'agents économiques, dont l'un doit être protégé contre l'autre.

448. Ces éléments traduisent l'émergence d'une nouvelle axiologie, d'une axiologie consumériste autonome. Celle-ci s'incarne dans la valeur d'*équilibre consumériste* qui postule qu'*est bonne la situation dans laquelle le savoir et le pouvoir économique du consommateur sont équilibrés avec ceux du professionnel.*

Valeur *objective* et *impérative*, l'équilibre vise ainsi, par la contrainte des professionnels, au rééquilibrage du rapport de force entre consommateurs et professionnels dans une optique

de protection structurelle de la collectivité des consommateurs. En limitant les inégalités qui séparent ces deux catégories d'agents, la valeur d'équilibre répond sans conteste à un impératif de justice sociale et doit ainsi être considérée comme une valeur morale.

- 449.** L'axiologie consumériste originelle est donc monolithique : elle réside intégralement dans cette valeur d'équilibre. Pourtant, depuis quelques années, les mutations du droit de la consommation invitent à revenir sur cette conclusion. En effet, il apparaît clairement qu'aujourd'hui, l'équilibre consumériste décline au profit de l'émergence d'une nouvelle valeur hautement subjective : *l'équilibre individualiste*.

Partie 2. L'axiologie actuelle du droit de la consommation

- 450.** L'axiologie consumériste traditionnelle, fondée en réaction aux valeurs civilistes, ne décrit plus fidèlement l'actuel droit de la consommation. Cinq décennies après son apparition, ses contours, son contenu et sa fonction initiale ont indéniablement évolué. Sous l'influence du législateur européen d'abord, qui s'est saisi progressivement de cette législation pour en faire un moyen de construction du marché intérieur. Sous l'influence du législateur national ensuite, qui a suivi et parfois devancé les institutions européennes dans ce mouvement. Sous l'influence enfin, des juges nationaux et européens qui ont, de manière éparse, parfois discrète mais toujours certaine, assoupli des normes consuméristes jugées trop rigoureuses.
- 451.** Le droit de la consommation n'est donc plus tout à fait le même : de nombreuses évolutions se sont effectuées, en rupture totale ou partielle avec son axiologie originelle. Ainsi, sa dimension objective si caractéristique s'estompe progressivement. Des dispositifs autrefois indifférents à toute considération relative à l'intention, à la malveillance, aux agissements, à la volonté ou à la conscience des parties sont aujourd'hui subjectivés, dans leur cœur même ou dans leur sanction. Ces évolutions très diverses ont toutes en commun un affaiblissement certain de l'équilibre consumériste, valeur fondant originellement l'axiologie consumériste (**Titre 1.**).
- 452.** Cet affaiblissement nous invite à repenser l'axiologie du droit de la consommation. S'il ne s'agit pour l'heure que d'un affaiblissement et non d'une disparition de l'équilibre consumériste, l'ampleur du phénomène de subjectivation ne peut être occultée. De celui-ci naît en effet une nouvelle valeur coexistant avec la première : l'équilibre individualiste (**Titre 2.**).

TITRE 1. L'AFFAIBLISSEMENT DE LA VALEUR D'ÉQUILIBRE CONSUMÉRISTE

453. L'équilibre consommériste tel qu'identifié précédemment ne semble plus s'imposer de manière aussi évidente à l'analyse du droit contemporain de la consommation. Sans que cela ressorte nécessairement d'une action consciente et coordonnée, de nombreuses évolutions législatives et jurisprudentielles récentes – dont la manifestation chronologique première semble résider dans la directive du 11 mai 2005¹ – remettent en cause l'objectivité et l'impérativité de cette valeur.

Le recul de ces caractères, cruciaux dans l'architecture axiologique originelle du droit de la consommation², résulte d'un mouvement général de subjectivation³. On entend par là un phénomène de subordination de la norme, dans son application ou dans sa sanction, à des éléments particuliers et subjectifs – comme la perception, l'intention, la volonté –, propres à un sujet, réel ou fictif. La norme uniforme et objective, qui constituait autrefois l'archétype des dispositions consuméristes, tend ainsi à décliner au profit d'une norme variable et malléable.

454. Plan - Cette subjectivation s'effectue de deux manières. D'abord, de manière abstraite : les normes concernées sont alors déterminées et aménagées en fonction de la perception, de l'état de conscience d'un sujet fictif (**Chapitre 1.**). Ensuite, de manière concrète : certaines normes comme certaines sanctions sont indexées sur la perception, le comportement voire sur la volonté d'un sujet réel, d'un individu particulier, qu'il soit consommateur ou professionnel (**Chapitre 2.**)

¹ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil. Sur la justification de la distinction temporelle, cf. *supra* n°17, n°277.

² Sur l'objectivité, cf. *supra* n°351 et s. Sur l'impérativité, cf. *supra* n°356 et s.

³ On entendra le terme comme l'« action de subjectiver » (www.cnrtl.fr. V° Subjectivation (date de consultation 01/10/2022), c'est-à-dire le fait de « rendre subjectif [...], de faire dépendre du subjectif » (É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, www.littre.org (date de consultation : 01/10/2022)). Il est vrai que l'usage du terme « subjectivisation » est plus fréquent en matière juridique. Pourtant, le terme « subjectivation » n'est pas pour autant inconnu de notre domaine et les deux termes sont considérés comme équivalents pour le Centre National de Ressources Textuelles (www.cnrtl.fr). De surcroît, le terme « subjectivation » nous apparaît plus élégant à l'oreille, comme à la lecture, ce qui justifie notre choix pour cette formulation.

Chapitre 1. La subjectivation abstraite du droit de la consommation

455. Définition – Le phénomène de subjectivation abstraite de la législation consumériste désigne, comme dit précédemment, la subordination de la norme – dans son contenu ou dans sa sanction – à des considérations relatives à la perception d’un sujet fictif.

La nouveauté ne réside pas ici dans le recours à un sujet fictif : l’utilisation de standards abstraits est courante dans la législation consumériste et a permis de caractériser certains éléments de son axiologie originelle¹. La nouveauté ressort plutôt du contenu de ces standards puisque, contrairement à ce que nous avons pu observer précédemment, les éléments qui les composent sont fortement imprégnés de subjectivité. En d’autres termes, ce premier aspect de la subjectivation repose sur l’adjonction de critères subjectifs au sein de standards déterminant le contenu et l’étendue de certaines normes.

456. Plan – Ce phénomène de subjectivation abstraite ressort, à titre principal, de la notion de déloyauté des pratiques commerciales (**Section 1.**) et, de manière plus discrète, de l’assouplissement du formalisme manuscrit du contrat de cautionnement (**Section 2.**).

Section 1. La déloyauté des pratiques commerciales

457. La directive européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales², initialement transposée par les lois des 3 janvier³ et 4 août 2008⁴, a profondément modifié le paysage du droit de la consommation. D’harmonisation maximale, elle a fait table rase du droit national antérieur en la matière, notamment avec l’abrogation de l’infraction de publicité trompeuse, déjà rencontrée au cours de notre analyse⁵. Depuis lors, le Code de la

¹ Il en est notamment ainsi en matière d’obligation de sécurité : cf. *supra* 304-307.

² Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil

³ L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁴ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie.

⁵ Cf. *supra* n°182, n°262-263, n°285-287.

consommation a été recodifié¹ et une récente réforme a ajouté une nouvelle catégorie de pratiques commerciales : les pratiques encouragées².

Aussi, la matière est aujourd'hui scindée entre ces dernières, les pratiques réglementées et enfin les pratiques interdites, qui vont nous retenir ici.

- 458. Plan** – Bien que cette catégorie recouvre diverses pratiques, la notion de loyauté des pratiques commerciales y est omniprésente³. L'essor de celle-ci au sein de la matière (**Sous-section 1.**) illustre l'ampleur du phénomène de subjectivation abstraite qui ressort de l'analyse de son contenu (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. L'essor de la condition de déloyauté

- 459. Une définition à valeur normative** – L'article L. 120-1 du Code de la consommation prohibe les pratiques commerciales déloyales, définies comme des pratiques « contraire[s] aux exigences de la diligence professionnelle » et qui « altère[nt], ou [sont] susceptible[s] d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Deux conditions sont nécessaires pour qualifier une pratique de déloyale : elle doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle, d'une part ; elle doit altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen, d'autre part.

¹ Ord n°2016-301 du 14 mars 2016 (pour la partie législative) ; Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 (pour la partie réglementaire).

² L. n°2020-105 du 10 fév. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

³ La notion de loyauté, déterminante à ce stade de notre propos, ne sera envisagée qu'au sein de la législation relative aux pratiques commerciales. Il ne sera ainsi pas traité de la seconde occurrence du terme figurant à l'article L. 111-7 du Code de la consommation. Cet article, issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, impose aux opérateurs de plateformes en ligne de comparaison de produits ou de mise en relation de personnes de délivrer « une information loyale, claire et transparente » portant notamment sur « les conditions générales d'utilisation du service », sur « les modalités de référencement, de classement [...] des contenus » ou encore sur « l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement ». Si la référence à la loyauté soit claire dans la forme, trop peu d'éléments sont actuellement à notre disposition pour déterminer s'il s'agit d'une loyauté symbolique visant simplement à annoncer les diverses obligations précises incombant aux opérateurs, ou bien s'il s'agit d'une obligation autonome ayant un contenu propre. Dans ce cas, les opérateurs seraient soumis à une obligation supplémentaire s'ajoutant à celles prévues aux articles L. 111-7 et suivants et D. 111-6 et suivants du Code de la consommation. Dans une étude publiée en 2014, le Conseil d'État semblait certes pencher pour cette seconde option lorsqu'il appelait à la création d'une obligation de loyauté qui consisterait à « assurer de bonne foi le service de classement ou de référencement sans chercher à l'altérer ou à le détourner à des fins étrangères à l'intérêt des utilisateurs » (Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, éd. La Documentation Française, 2014, spéc. p.26 et 273). Cependant, cela reste bien maigre pour opérer une quelconque déduction, en l'absence de jurisprudence ou d'autres textes venant préciser le sens de la notion.

L'article énonce ensuite que « constituant, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses [...] et les pratiques commerciales agressives ».

À la lecture de l'article, il était initialement permis de douter de la valeur normative de ce texte qui ne semblait être qu'un texte d'annonce. Une telle conception doit pourtant être écartée dès lors que la rédaction – par l'usage des termes « en particulier » – laisse entendre que les pratiques commerciales trompeuses et agressives annoncées ne constituent pas une liste limitative des pratiques déloyales. En outre, depuis l'ordonnance du 22 décembre 2021¹, l'article L. 120-1 s'est vu doté d'une sanction propre à l'article L. 132-1 A du Code de la consommation. Ainsi, en cas de commission « de manière continue » d'une pratique commerciale déloyale ne pouvant être qualifiée de trompeuse ou d'agressive, le professionnel encourt une condamnation au paiement d'une amende civile. Cette disposition, dont l'étude approfondie s'effectuera ultérieurement², confirme l'autonomie de la pratique commerciale déloyale.

460. Plan – Au-delà de cette valeur autonome, ce texte s'est progressivement infiltré dans le reste de la matière. La condition de déloyauté a ainsi supplanté les prohibitions autrefois générales – subordination de vente ou de prestation de services, ventes avec primes et loteries publicitaires – (§1.) et s'est ajoutée aux conditions de caractérisation des pratiques commerciales trompeuses et agressives (§2.).

¹ Ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 transposant la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 nov. 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

² Cette nouvelle disposition est à rattacher au phénomène de subjectivation concrète de la sanction : cf. *infra* n°586 et s.

§1. La substitution de la condition de déloyauté aux prohibitions générales

461. La subordination de vente ou de prestation de services – L'article 5 de la directive du 11 mai 2005 – reproduit à l'article L. 120-1 précité – a été mobilisé par les juges européens puis nationaux afin de modifier en profondeur le régime de l'infraction de subordination de vente ou de prestation de services.

Cette pratique consiste à « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit »¹. Elle était purement et simplement interdite en droit français. La directive du 11 mai 2005 étant restée silencieuse sur ce type de pratique, la législation française n'avait pas été modifiée sur ce point après la transposition de 2008.

Mais la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a impulsé une évolution considérable en la matière. Par un arrêt du 23 avril 2009², elle a condamné l'interdiction générale des ventes subordonnées. Elle a en effet jugé que seules les pratiques réputées déloyales en toute circonstance figurant sur les listes « noires »³ « peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas »⁴. Toute autre pratique – y compris donc la subordination de vente ou de prestation de services – doit faire l'objet d'une analyse « menée au regard du contexte factuel de chaque espèce, du caractère "déloyal" d'une pratique commerciale à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive »⁵. Ainsi, la sanction d'une telle pratique doit passer par l'analyse circonstanciée de son caractère trompeur, agressif ou plus généralement déloyal.

¹ Art. L. 121-11, C. conso.

² CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299-07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Maznes Belgium NV* : *D.* 2009. AJ 1273, obs. E. Petit ; *CCC* 2009, comm. 183, note G. Raymond ; *RTD com.* 2009. 607, obs. B. Bouloc ; *JCP G* 2009, n°39, p. 39, obs. M. Chagny ; *Gaz. Pal.* 2010. 423, obs. S. Piedelièvre ; *RDC* 2009. 1458, note C. Aubert de Vincelles ; *RJDA* 2009, n°786 ; *Europe* 2009, n°251, obs. Michel. Confirmé notamment par CJUE 7 sept. 2016, n°C-310/15 : *JCP E* 2016, n°1538, note D. Bazin ; *JCP G* 2016, n°1221, note J. Huet ; *CCC* 2016, n°243, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2016. Actu. 1813 ; *AJ contrat.* 2016. 484, note H. Aubry ; *RDC* 2017. 52, obs. J. Huet ; *AJ pénal.* 2016. 491, obs. E. Raschel ; *RJDA* 2017, n°49 ; *LPA* 10 oct. 2016, note V. Legrand ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2016, p. 27, obs. S. Piedelièvre ; *CCE* 2016, n°81, obs. G. Loiseau ; *ibid.*, ét. 19, note S. Piedelièvre ; *RLDA* déc. 2016. 12, note T. Titone et M. Dary ; *Europe* 2016, n°423, obs. Bouveresse.

³ Annexe I, dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 ; Art. L. 121-4 et L. 121-7, C. conso. Ces articles énumèrent limitativement des pratiques commerciales réputées agressives ou trompeuses, quelles que soient les circonstances.

⁴ CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299-07, §56 : *op. cit.*

⁵ *Ibidem*, §65.

La jurisprudence nationale a ensuite emboîté le pas et a mis fin à l'interdiction générale des ventes subordonnées en imposant aux juges de vérifier si, dans chaque espèce, la pratique pouvait être considérée comme déloyale ou non¹. Enfin, en 2011, le législateur prenant acte de la contrariété de la loi à la directive, a précisé que la pratique des ventes subordonnées n'est interdite que si elle « constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 121-1 »². La sanction de la pratique est donc aujourd'hui conditionnée à la caractérisation précise et circonstanciée de sa déloyauté³.

462. Loteries publicitaires et ventes ou prestations de services avec primes – La loi du 17 mai 2011 ne s'est pas limitée à la seule question de la subordination. Le législateur a également aligné le régime des loteries publicitaires⁴ et des ventes ou prestations de services avec primes⁵ sur celui de la subordination, la jurisprudence européenne ayant là aussi exclu toute possibilité de mise en place d'une interdiction générale⁶. Ces pratiques, auparavant prohibées *per se*, ne sont aujourd'hui sanctionnées que lorsqu'elles présentent un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 du Code de la consommation⁷.

¹ Pour les premiers arrêts s'alignant sur la position de la CJCE, V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2010, n°09-11.161, *Bull.*: CCE 2011, n°5, obs. P. Stoffel-Munck ; *D.* 2011. Chron. C. cass. 629, obs. C. Creton ; *D.* 2010. Actu. 2765, obs. X. Delpéch ; *JCP E* 2010, n°2135, note N. Dupont ; *CCC* 2011, n°9, obs. M. Malaurie-Vignal ; *LPA* 21 mars 2011, note E. Ay ; *Gaz. Pal.* 2011. 246, note G. Poissonnier ; *ibid.* 311, note L. Schurr ; *RJDA* 2011, n°354 – Cass. com. 13 juill. 2010, n°09-15.304 et 09-66.970, *Bull.*: *CCC* 2010, n°253, obs. M. Malaurie-Vignal ; *CCE* 2010, n°98, obs. M. Chagny ; *D.* 2010. Actu. 1934 ; *D.* 2011. 974, chron. N. Sauphanor-Brouillaud ; *Gaz. Pal.* 2010. 2821, note X. Huertas ; *ibid.* 2971, obs. L. Frossard ; *RJDA* 2011, n°90.

² Art. L.121-11, al. 2, C. conso. ; Art L. 122-1 anc. Issu de l'art. 45, L. n°2011-525 du 17 mai 2011.

³ Sur le contenu et les modes d'appréciation des critères de déloyauté par les juges, cf. *infra* n°469 et s.

⁴ Les loteries publicitaires sont définies à l'article L. 121-20 du Code de la consommation comme « les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels à l'égard des consommateurs, sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à l'attribution d'un gain ou d'un avantage de toute nature par la voie d'un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, ou par l'intervention d'un élément aléatoire ».

⁵ Cette pratique recouvre « toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services » (art. L. 121-19, C. conso.)

⁶ La CJUE s'est expressément prononcée en matière de loteries publicitaires et a reproduit la solution applicable aux pratiques de ventes subordonnées (CJUE 14 janv. 2010, Aff. C-304/08, *Zentrale für Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandels-gesellschaft* : *RTD eur.* 2010. 715, obs. C. Aubert de Vincelles ; *D.* 2010. Pan. 791, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *CCC* 2010, n°84, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2010, n°1044 ; *Gaz. Pal.* 2010. 1043, obs. Pezé ; *RJDA* 2010, n°300 ; *Dr. et pr.* 2010. 115, note K. de la Asuncion Planes ; *RLDA* avr. 2010. 37, note J.-C. Grall et E. Camilleri ; *RDC* 2010. 1290, note C. Aubert de Vincelles ; *Europe* 2010, n°120, obs. M. Meister). Quant aux ventes ou prestations de services avec primes, la jurisprudence précitée de la CJCE du 23 avril 2009 s'applique dès lors que la Cour parle d'offre conjointe, terme incluant tant la subordination que cette pratique. Les infractions sont, en effet, sensiblement similaires puisque, dans les deux hypothèses, l'achat d'un bien ou d'une prestation est corrélé à l'obtention onéreuse ou non d'un autre produit ou service.

⁷ Cf. art. L. 121-19 et L. 121-20, C. conso.

463. De l'absolutisme au relativisme – Dans ces trois types de pratiques, la législation est passée d'une interdiction absolue à une interdiction relative, subordonnée à la preuve de son caractère déloyal. La législation consumériste abandonne le caractère automatique qui la caractérisait classiquement, pour se transformer en une réglementation circonstanciée et casuistique. En ce sens, la directive du 11 mai 2005 et son interprétation par la Cour de Justice de l'Union Européenne ont été la cause d'un assouplissement des exigences s'imposant au professionnel et, corrélativement, d'un affaiblissement de la protection du consommateur face à des pratiques souvent dangereuses pour lui, notamment en alourdissant son fardeau probatoire.

Cela conduit à s'interroger sur l'utilité du maintien de ces articles au sein du Code dès lors qu'ils ne fonctionnent que par renvoi à la définition générale des pratiques commerciales déloyales. Si l'on exclut l'hypothèse d'un législateur ayant entendu camoufler l'abandon d'une interdiction générale, il est probable que l'on assiste ici à un changement de fonction de la loi. Celle-ci ne viserait pas à régir impérativement les comportements des acteurs économiques et n'aurait qu'une fonction informative. Afin de compenser la généralité de la définition des pratiques déloyales, ces normes n'auraient d'autre but que d'alarmer, d'éveiller la suspicion des consommateurs et des professionnels en qualifiant ces pratiques de *potentiellement* déloyales.

Outre cette substitution aux prohibitions consuméristes générales, la condition de déloyauté s'est ajoutée aux critères de qualification des pratiques commerciales trompeuses et agressives.

§2. L'ajout de la condition de déloyauté aux pratiques commerciales trompeuses et agressives

464. Définitions – La situation est différente en matière de pratiques commerciales trompeuses et agressives puisque, contrairement aux infractions précédemment présentées, celles-ci ne sont pas sanctionnées de manière automatique, sans considération pour leurs effets potentiels.

D'une part, une pratique commerciale est agressive lorsque « du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale », elle altère de

manière significative la liberté de choix d'un consommateur, vicie son consentement ou entrave l'exercice de ses droits contractuels¹.

D'autre part, une pratique commerciale est trompeuse « lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent » ou « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur » sur les caractéristiques essentielles du bien ou sur les éléments essentiels du contrat (prix, identité du professionnel, etc.)².

Alors que les pratiques analysées précédemment étaient auparavant sanctionnées *per se*, matériellement et indépendamment de leurs effets sur les consommateurs, les pratiques commerciales trompeuses et agressives intègrent ainsi dans leur définition un élément subjectif relatif à leur effet – potentiel ou avéré – sur le consommateur moyen : la « confusion », le fait de l'induire en erreur, l'altération de la liberté de choix du consommateur, etc. La pratique n'étant pas réprimée de manière automatique, l'hypothèse est donc bien distincte.

465. L'altération substantielle du comportement économique du consommateur–

Pourtant, dans l'arrêt précité du 23 avril 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes énonce que les pratiques commerciales trompeuses et agressives constituent des catégories de pratiques déloyales et, qu'à ce titre, elles « sont interdites [lorsqu']elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »³. Une telle assertion est loin d'être anodine puisqu'elle constitue une référence directe à l'un des deux critères de déloyauté identifiés par la directive : l'altération substantielle du comportement économique du consommateur⁴.

Cela sera bien compris par les juges nationaux qui emboîteront là encore le pas aux juges européens, en exigeant la preuve d'une telle altération pour caractériser l'existence d'une

¹ Art. L. 121-6, C. conso.

² Art. L. 121-2, C. conso. La lettre de la directive du 11 mai 2005 dont le texte est issu résume cela en énonçant que la pratique est trompeuse dès lors qu'elle amène ou est susceptible de l'amener « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement » (Art. 6, 1., dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales).

³ CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299-07, §55 : *op. cit.*

⁴ Celle-ci est définie comme « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement » (Art. 2, e), dir. 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales). Pour une analyse de ce critère, cf. *infra* n°475 et s.

pratique trompeuse¹. La Cour européenne confirmera ensuite cette solution à plusieurs reprises.

Malgré l'absence de jurisprudence spécifiquement relative aux pratiques agressives hormis l'arrêt précité du 23 avril 2009, il est possible de penser que cette nouvelle exigence probatoire s'y applique de même, tant les juges européens ont été clairs sur leur volonté d'extension et de généralisation du critère de déloyauté.

466. La contrariété aux exigences de la diligence professionnelle – Cependant, contrairement à ce qui a été précédemment observé, ces derniers refuseront d'exiger la caractérisation de la seconde condition de déloyauté : le manquement à une exigence de la diligence professionnelle². Un tel écart peut surprendre dès lors que la juridiction européenne a été très claire, par le passé, sur la nécessité de se conformer aux deux critères de déloyauté figurant à l'article 5 de la directive. Comme cela a été expliqué par certains auteurs³, quoique sa caractérisation ne soit pas formellement exigée, la contrariété de la pratique aux exigences de la diligence professionnelle sous-tend implicitement la définition même des pratiques commerciales trompeuses et agressives : comment, en effet, considérer qu'un professionnel induisant en erreur un consommateur ou menaçant le consommateur ne manque pas *ipso facto* aux exigences de diligence qu'exige sa profession ?

¹ Cass. com, 29 nov. 2011, n°10-27.402 : *Bull. civ. IV*, n° 195 ; *RDC* 2012. 485., obs. D. Fenouillet ; *D.* 2011. 2989, 2012. 840, spéc. 842, obs. N. Sauphanor-Brouillaud, et 2760, spéc. 2768, obs. Y. Picod ; *RTD eur.* 2012. 503, obs. S. Adalid, et 507, obs. N. Rias ; *Propr. ind.* 3/2012, n° 28, obs. J. Larrieu. V. aussi not. : Cass. com., 4 déc. 2012, n°11-27.729 : *Bull. civ. IV*, n° 221 ; *D.* 2012. 2956, obs. C. Manara, et 2013. 2487, spéc. 2497, obs. P. Tréfigny ; *CCC* 2013, n°3, p.31, note G. Raymond ; *CCE* 2013. Comm. 14, comm. G. Loiseau – Cass. com. 1^{er} mars 2017, n°15-15.448 : *JCP E* 2017, n°1219, comm. S. Moracchini-Zeidenberg ; *D.* 2017. Chron. C. cass. 1080, obs. A.-C. Le Bras ; *ibid.* Pan. 2453, obs. Y. Picod ; *D.* 2018. 583, chron. É. Poillot ; *AJ contrat* 2017. 181, obs. V. Legrand ; *CCC* 2017, n°112, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *ibid.*, n°123, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RJDA* 2017, n°379 ; *RLDA* juill.-août 2017. 13, note N. Fournier de Crouy ; *Dr. pénal* 2017, n°62, obs. J.-H. Robert ; *Propr. ind.* 2017, n°39, obs. J. Larrieu.

² CJUE, 19 sept. 2013, n° C-435/11 : *D.* 2013. 2165, et 2812, spéc. 2824, obs. Y. Auguet ; *CCC* 2013. 281, comm. G. Raymond ; *JCP E*, 2013, n°1675, obs. S. Mioracchini-Zeidenberg ; *RLDA* 2013, n°4869, obs. V. Nicod (V. aussi : K. JAKOULOFF, « Pratiques commerciales trompeuses et agressives : de la restriction à l'assouplissement, résumé d'une jurisprudence incertaine », *D.* 2013, p. 2835 et s.) – CJUE 19 déc. 2013, aff. C-281/12 : *D.* 2014. 1297, note N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD eur.* 2014. 730, obs. C. Aubert de Vincelles ; *RUE* 2015. 468, étude J. Lete – CJUE, 16 avril 2015, aff. C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft* : *CCC* 2015, comm. 189, obs. G. RAYMOND ; *Dr. pénal* 2016, chr. 5, obs. É. Bazin ; *D.* 2016. Pan. 619, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *RJDA* 2015, no 535 ; *LPA* 24 juin 2015, note Petit ; *Dr. et pr.* 2015, Cah. dr. consom., n°7, p. 36, obs. C. Gavalda-Moulenat ; *Banque et Dr.* 7-8/2015. 46, obs. E. Jouffin. Cette solution a été reprise par les juges français : outre les jurisprudences citées à la note préc., cf. not. Cass com. 20 févr. 2019, n°17-13.215 : *RJDA* 2019, n°530.

³ V. not. D. FENOUILLET, obs. sous Cass. com., 29 nov. 2011, *op. cit.* ; G. RAYMOND, comm. CJUE, 19 sept. 2013, n° C-435/11, *op. cit.*

467. Pour être sanctionnées, les pratiques commerciales trompeuses et agressives doivent donc altérer substantiellement le comportement économique du consommateur moyen. Le constat opéré précédemment¹ peut être partiellement reproduit ici : cet ajout tend à limiter la protection des consommateurs en alourdissant les exigences probatoires et, ainsi, en réduisant les possibilités de sanction du professionnel.

468. Conclusion de la Sous-section 1. – L'exigence de déloyauté des pratiques commerciales innerve l'ensemble du droit relatif à celles-ci. Outre la valeur normative autonome des pratiques commerciales déloyales, la jurisprudence européenne a érigé la déloyauté au rang de condition incontournable en matière de subordination de vente ou de prestation de services, de ventes ou prestation de services avec primes, de loteries publicitaires et, de manière partielle, en matière de pratiques commerciales trompeuses et agressives. La déloyauté est donc omniprésente au sein de la matière, le seul bastion de dispositifs d'interdictions générales étant les listes noires réputant trompeuses ou agressives certaines pratiques limitativement énumérées².

Cette diffusion est d'autant plus importante que le contenu de cette condition de déloyauté est à l'origine d'un phénomène de subjectivation des infractions concernées.

Sous-section 2. La subjectivation opérée par la condition de déloyauté

469. Plan – La condition de déloyauté est double : la pratique doit constituer un manquement aux exigences de la diligence professionnelle et doit altérer, effectivement ou potentiellement, le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen. Chacune de ces conditions est cause de la subjectivation d'un élément distinct : la première, de l'élément moral des infractions concernées (§1.) ; la seconde, de leur élément matériel (§2.).

¹ Cf. *supra* n°463.

² Art. L. 121-4 et L. 121-7, C. conso.

§1. Une subjectivation de l'élément moral

470. Précision liminaire – Préalablement à l'étude du phénomène, il est impératif de prévenir un possible contresens. La subjectivation de l'élément moral étudiée ici ne constitue pas l'exact inverse de l'objectivation de cet élément observée précédemment¹. Là où celle-ci marquait un passage de l'exigence d'une intention dolosive à une faute simple de négligence ou d'imprudence, la subjectivation que l'on s'apprête à démontrer ne réside pas dans un retour de cette intention dolosive, retour fermement rejeté par les juges européens². Si en apparence l'objectivité de l'élément moral est préservée, la définition et l'application du critère de manquement aux exigences de la diligence professionnelle trahissent une réalité qui, quoique son ampleur soit incertaine, s'avère bien différente.

471. Un référentiel subjectif – Le manquement aux exigences de la diligence professionnelle constitue le premier élément d'identification de la déloyauté d'une pratique³. Ces exigences sont définies par la directive comme « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité »⁴. Cette définition précise donc le référentiel auquel le juge va comparer la pratique du professionnel pour déterminer si une faute a été commise ou non.

Une architecture proche de la faute simple – On retrouve bien l'architecture conceptuelle de la faute pénale simple, telle que définie en droit français. Pour rappel, l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal la définit comme une « faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait »⁵.

La caractérisation de la faute résulte d'une triple opération intellectuelle : tout d'abord, la création d'un référentiel objectif et abstrait du professionnel moyen déterminé au regard de

¹ Cf *supra* n°254 et s.

² V. not. CJUE, 16 avril 2015, aff. C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft* : CCC 2015, comm. 189, obs. G. RAYMOND ; *Dr. pénal* 2016, chron. 5, obs. É. BAZIN.

³ Art. L. 120-1, C. conso ; Issu d'art. 5, 2, a), dir. 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.

⁴ Art. 2, h), dir. 11 mai 2005.

⁵ Pour une présentation de la faute simple en droit pénal, cf. *supra* n°251.

ses missions, de ses fonctions, de ses compétences et pouvoirs ; ensuite, la création d'un standard de conduite en découlant (quelles sont les « diligences normales » qui auraient été prises par ce professionnel moyen ?) ; enfin, la comparaison entre ce standard de conduite et la conduite du professionnel en l'espèce.

Cette architecture est reprise dans la notion de diligence professionnelle puisque l'on retrouve un référentiel – la définition précitée de l'article 2, h) de la directive – duquel découle un standard de conduite – « les *exigences* de la diligence professionnelle » –, standard auquel doit être comparée, *in fine*, l'attitude du professionnel en l'espèce. Faute simple et diligence professionnelle impliquent donc tous deux, en théorie, des raisonnements *in abstracto*, c'est-à-dire par « recours à un modèle abstrait de comparaison »¹.

Un contenu différent – Bien qu'ayant une architecture commune, la faute simple et la notion de diligence professionnelle diffèrent profondément quant à leurs contenus. En effet, là où la faute simple se fonde sur des éléments objectifs², le référentiel établi en droit européen intègre des éléments subjectifs : les « pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité ». Le professionnel moyen abstraitement construit au regard de ses missions et de ses fonctions est ainsi remplacé par un professionnel se conformant à des exigences subjectives, relatives – l'honnêteté et la bonne foi – et collectives – à l'échelle du marché et de son domaine d'activité.

Les conséquences d'une telle différence entre faute simple et manquement à la diligence professionnelle semblent de prime abord légères en raison de l'imprécision des termes employés. Pourtant, l'utilisation consumériste d'une telle notion modifie le sens de l'élément moral des infractions en la matière. Il existe, en effet, une différence entre les affirmations : « ce professionnel n'a pas commis de faute car l'acte incriminé est considéré comme *normal*, compte tenu de ses *fonctions* ou de sa *mission* » et « ce professionnel n'a pas manqué aux exigences de la diligence professionnelle car son acte est *considéré* comme une pratique *honnête sur le marché* et comme étant *accompli de bonne foi* au sein de *son domaine d'activité* ».

L'élément moral est donc subjectivé par les notions d'honnêteté et de bonne foi qui marquent l'abdication d'une réglementation objective, la nouvelle norme étant dépendante

¹ H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, vol. 57, n°3, 2005. p. 627 et s., spéc. p. 629. Sur l'appréciation *in abstracto*, cf. *supra* n°305-306.

² Cela explique pourquoi nous avons parlé d'objectivation de l'élément moral précédemment, lorsque l'élément moral des infractions consuméristes avait muté de l'intention à la faute simple (cf. *supra* n°257 et s.).

de la perception qu'en a le marché « et/ou »¹ un certain domaine d'activité. Il ne s'agit plus ici de déterminer objectivement ce que le professionnel aurait dû ou n'aurait pas dû faire afin de garantir un équilibre entre les deux parties ; il s'agit plutôt, pour le juge, de déterminer ce que le marché et les professionnels du même domaine d'activité pensent des agissements litigieux (est-ce une pratique acceptée ou rejetée par la profession ?).

En résumé, le marché et les pratiques de ses acteurs façonnent la norme et non plus l'inverse. L'évolution est d'autant plus flagrante ici que le manquement aux exigences de la diligence professionnelle est maintenant une condition de la sanction de pratiques autrefois sanctionnées *per se*².

472. Une analyse hybride par la jurisprudence – Même si ce nouveau référentiel relativise et subjectivise le dispositif, il y a tout lieu de penser que l'appréciation d'un manquement à la diligence professionnelle doit se faire *in abstracto*, par « recours à un modèle abstrait de comparaison »³, qui reposera ici sur les attentes légitimes des agents économiques, dans le domaine concerné ou sur le marché en général. Pourtant, en dépit d'une absence d'examen spécifique de ce critère dans certains arrêts⁴, les décisions en la matière se fondent sur une appréciation hybride déroutante.

La jurisprudence européenne – Dans un arrêt du 7 septembre 2016, la Cour de Justice de l'Union Européenne a rejeté tout manquement aux exigences de la diligence professionnelle dans l'hypothèse d'une vente subordonnée d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés⁵.

¹ L'usage des deux conjonctions de coordination fait, à notre sens, ressortir l'incertitude du législateur européen soucieux de définir scrupuleusement des termes qui n'ont *in fine* pas de sens figé. Cela ressort, de même, des deux termes de bonne foi et d'honnêteté dont on peine à saisir pleinement la différence au stade de la mise en œuvre de la norme.

² Cf. *supra* n°461-463.

³ H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *op. cit.*, spéc. p. 629.

⁴ V. not. : Cass. com. 13 juill. 2010, n°09-15.304 et 09-66.970, *Bull.* : CCC 2010, n°253, obs. M. Malaurie-Vignal ; CCE 2010, n°98, obs. M. Chagny ; LEDC, oct. 2010, p.2, note N. Sauphanor-Brouillaud ; D. 2010. Actu. 1934 ; *Gaz. Pal.* 2010. 2821, note X. Huertas ; RJDA 2011, n°90 – Cass. civ 1^{ère}, 5 fév. 2014, n°12-25.748, P : JCP G 2014, n°427, note C. Aubert de Vincelles ; CCC 2014, n°145, obs. G. Raymond ; D. 2014. Pan. 1300, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* Chron. C. cass. 1718, obs. I. Darret-Courgeon ; JCP E 2014, n°1146, note X. Dupont ; RJDA 2014, n°733 ; LPA 28 févr. 2014, note Legrand ; CCE 2014, n°27, obs. G. Loiseau ; RLDA juill.-août 2014. 37, note Forti ; RDC 2015. 41, obs. J. Huet.

⁵ CJUE, 7 sept. 2016, aff. C310/15 : AJ contrat. 2016, 484, obs. H. Aubry ; *Comm. Com. Electr.* 2016, étude 19, note S. Piédelièvre ; CCC. 2016, comm. 243, obs. S. Bernheim-Desvauz ; CCC 2017, chron. 3, n°7, obs. C. Aubert de Vincelles ; Europe 2016, comm. 423, obs. A. Bouveresse ; JCP G 2016, 1221, note J. Huet ; JCP E 2016, 1538, note É. Bazin ; LPA 2016, n°202, p.6, note V. Legrand ; D. 2017, p.539, obs. É. Poillot ; RDC 2017.52, obs. J. Huet ; *Gaz. Pal.* 2016, n°44, p.27, obs. S. Piédelièvre.

Elle explique, tout d'abord, que les pratiques de marché honnêtes et le principe général de bonne foi dans le domaine d'activité concerné doivent s'analyser « à la lumière des attentes légitimes d'un consommateur moyen »¹. Opérant ainsi une appréciation *in abstracto*, elle considère ensuite que la « vente [...] d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés répond aux attentes, telles qu'elles se dégagent de l'analyse du marché concerné, d'une part importante des consommateurs qui préfèrent l'acquisition d'un ordinateur ainsi équipé et d'utilisation immédiate à l'acquisition séparée d'un ordinateur et de logiciels »². Cette pratique de vente subordonnée est donc conforme aux attentes des agents économiques et un tel constat devait suffire pour déclarer la pratique conforme aux exigences de la diligence professionnelle.

Pourtant, la Cour poursuit son argumentation et relève, sans vraiment de lien avec ce qui précède, l'information individuelle du consommateur quant à l'inclusion des logiciels ainsi que la possibilité qui lui a été accordée de révoquer ultérieurement la vente³. Elle en déduit que « l'information correcte du consommateur, la conformité de l'offre conjointe aux attentes d'une part importante des consommateurs ainsi que la possibilité offerte au consommateur [...] d'obtenir la révocation de la vente, sont susceptibles de répondre aux exigences des pratiques de marché honnêtes ou du principe général de bonne foi dans le domaine de la production de matériel informatique destiné au grand public, le professionnel faisant ainsi preuve de soins vis-à-vis d'un consommateur »⁴.

Comme cela a été souligné⁵, il semble ici que la Cour superpose deux modes d'évaluation. Elle raisonne, d'une part, *in abstracto* en se référant aux attentes du consommateur moyen et, d'autre part, *in concreto* en prenant en compte l'information du consommateur ainsi que sa possibilité de se rétracter. Ces deux derniers points ne sont pas envisagés au titre d'indices de la conformité aux attentes légitimes du consommateur mais bien comme des éléments à part entière permettant de démontrer la bonne foi du professionnel – bien que celle-ci ne soit pas expressément citée – et ainsi de conclure à la conformité de la pratique aux exigences de la diligence professionnelle. La Cour mêle donc des analyses *in abstracto* et *in concreto*.

¹ CJUE, 7 sept. 2016, aff. C310/15 : *op. cit.*, spéc. §34.

² CJUE, 7 sept. 2016, aff. C310/15 : *op. cit.*, spéc. §35.

³ *Ibidem*.

⁴ CJUE, 7 sept. 2016, aff. C310/15 : *op. cit.*, spéc. §36.

⁵ Cf. J. HUET, note sous CJUE, 7 sept. 2016, *op. cit.*

Cette appréciation globale et hybride est confirmée par la Cour elle-même lorsqu'elle invite les juridictions nationales à « prendre [ces éléments] en considération dans le cadre de son appréciation globale de l'ensemble des circonstances de l'affaire au principal sous l'angle du respect des exigences de la diligence professionnelle »¹.

La jurisprudence nationale – Ce mode d'évaluation a naturellement été repris par la Cour de cassation, quoique sa jurisprudence ne soit pas figée en la matière. En effet, certains arrêts se contentent d'une appréciation *in abstracto* en retenant que « les ordinateurs non équipés de logiciels préinstallés ne faisaient pas l'objet d'une demande significative de la clientèle [...] de sorte qu'aucun manquement [...] aux exigences de la diligence professionnelle n'était démontré »². On ne trouve ici aucune mention d'éléments d'appréciation *in concreto* relatifs à la bonne foi du professionnel.

Pourtant, ce mode d'évaluation hybride resurgit dans d'autres décisions. La Cour de cassation va ainsi retenir, dans un arrêt du 14 décembre 2016, « qu'il ne pouvait être reproché [au professionnel] de ne pas vendre séparément l'ordinateur nu et les logiciels, dans la mesure où son analyse du marché l'avait conduite, *en toute bonne foi*, à vendre un produit composite doté d'une configuration prête à l'emploi répondant aux attentes d'une part importante des consommateurs lesquels préféreraient disposer d'un produit unique préinstallé et d'utilisation immédiate »³. On note ici un recours logique à une analyse *in abstracto* à laquelle se mêlent des considérations subjectives surabondantes relatives à la bonne foi du professionnel. Elle poursuit en relevant que le consommateur « avait été dûment informé de l'existence de logiciels préinstallés sur l'ordinateur qu'il avait acheté et des caractéristiques précises de chacun de ces logiciels » et qu'il « pouvait obtenir le remboursement de cet ordinateur s'il estimait qu'en définitive, l'appareil ne correspondait pas à ses attentes »⁴. La Cour adopte ainsi un raisonnement *in concreto*.

De la même manière que la CJUE, elle conclut, de ces trois points, à la conformité de la pratique aux exigences de la diligence professionnelle en menant une analyse hybride, *in abstracto* et *in concreto*, ces dernières étant parfaitement surabondantes au regard de la

¹ CJUE, 7 sept. 2016, aff. C310/15, spéc. §37 : *op. cit.*

² Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°15-13.248 P : *D.* 2017. Actu. 813, obs. T. de Ravel d'Esclapon ; *D.* 2018. Pan. 585, obs. É. Poillot ; *AJ contrat* 2017. 231, obs. V. Legrand ; *Dalloz IP/IT* 2017. 405, obs. A. Lecourt ; *CCC* 2017, n°138, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2017, n°1359, note S. Le Gac-Pech ; *CCE* 2017, n°53, obs. G. Loiseau ; *RJDA* 2017, n°508.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2016, n°14-11.437, P (nous soulignons) : *D.* 2016. Actu. 2565 ; *AJ contrat* 2017. 81, obs. V. Legrand ; *JCP E* 2017, n°1040 ; *CCC* 2017, n°44, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RJDA* 2017, n°290 ; *CCE* 2017. ét. 8, É. Bazin.

⁴ *Ibidem.*

définition de la notion. L'analyse *in concreto* ressort d'autant plus ici que la Cour vise expressément la bonne foi subjective du professionnel.

Du texte à sa mise en œuvre par les juges, l'on observe incontestablement un entremêlement des deux méthodes d'appréciation.

473. Subjectivation abstraite – La notion de diligence professionnelle révèle une subjectivation de la norme : dans sa définition – par les références à l'honnêteté et à la bonne foi – et dans son échelle de référence – le marché ou le domaine d'activité du professionnel. Son incursion fait dépendre d'anciennes interdictions générales de la perception qu'en ont le marché et ses acteurs.

Dans sa mise en œuvre par les juges, le phénomène s'accroît : outre l'examen *in abstracto* de la conformité de la pratique à ce standard, ils vérifient *in concreto*, de manière circonstanciée, la bonne foi du professionnel. Cet examen hybride de la conformité de la pratique aux exigences de la diligence professionnelle accroît le phénomène de subjectivation dans le sens où l'application de la norme est alors conditionnée, non seulement à l'examen de l'esprit d'un sujet fictif – la perception des agents économiques ou du marché en général –, mais aussi à celui d'un sujet réel : le professionnel auteur de la pratique litigieuse.

La subjectivation est donc, de manière certaine, abstraite mais, si la tendance jurisprudentielle se confirme, pourrait bien devenir concrète.

474. Affaiblissement de l'équilibre consommériste – Il est difficile au regard de la casuistique de la matière et de l'imprécision des fondements juridiques de déterminer précisément la portée de ce changement. Cependant, on peut constater de manière certaine un affaiblissement de l'équilibre consommériste.

Cela s'exprime de manière spécifique par cette subjectivation de l'élément moral qui emporte une relativisation du dispositif, fluctuant selon les perceptions que les agents économiques ont à l'échelle d'un domaine d'activité ou du marché.

Plus fondamentalement, la notion de diligence professionnelle et son appréciation révèlent un changement de rapport de la législation face au marché et ses acteurs : alors que le droit de la consommation avait pour objectif initial de contraindre le marché, afin de parvenir à un équilibre objectif entre consommateurs et professionnels, il semble aujourd'hui

soutenir son fonctionnement, en ne corrigeant qu'à la marge certains comportements excessifs. En fondant ses interdictions sur la perception qu'en ont le marché et ses agents, la législation consumériste ne semble donc plus imposer un modèle mais simplement prendre acte de leurs attentes, sans en apprécier l'opportunité ou le bien-fondé.

Le critère de l'altération substantielle du comportement économique du consommateur – seconde condition constitutive de la déloyauté d'une pratique – est la cause, pour sa part, d'une subjectivation de l'élément matériel de l'infraction.

§2. La subjectivation de l'élément matériel

475. Altération substantielle du comportement économique – Le second élément nécessaire à la caractérisation de la déloyauté d'une pratique réside dans l'altération substantielle du comportement économique du consommateur par rapport au produit, provoquée par la pratique du professionnel¹. Ayant trait à la qualification et l'appréciation de cette dernière, cette condition influe sur l'élément matériel de l'infraction.

Le critère d'altération est défini par la directive comme les conséquences de « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »². Pour exemple, l'altération peut résider dans la non-conclusion d'un contrat par le consommateur avec un tiers, l'absence d'invocation d'un de ses droits, etc.³.

Par principe, l'évaluation d'une telle altération doit être effectuée « par rapport au produit », en se référant au consommateur moyen auquel il s'adresse. En outre, lorsque la pratique vise un « groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont

¹ Art. L. 120-1, C. conso. Issu d'art. 5, 2, b), dir. 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

² Art. 2, e), dir. 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

³ La notion doit être largement entendue. Les instances européennes précisent « qu'une décision d'achat prise par un consommateur sera qualifiée de décision commerciale même si elle ne conduit pas ou n'est pas suivie de la conclusion d'une transaction valide entre le consommateur et le professionnel » et qu'« il existe une grande diversité de décisions commerciales, autres que celle d'acheter (ou de ne pas acheter), qui peuvent être prises par le consommateur en ce qui concerne un produit ou un service. Ces décisions commerciales peuvent conduire à des actes auxquels le droit national des contrats n'attache aucune conséquence juridique et elles peuvent être prises à tout moment entre celui où le consommateur est exposé au marketing pour la première fois et la fin de vie d'un produit ou la dernière utilisation d'un service ». (Document de travail des services de la commission orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/ce relative aux pratiques commerciales déloyales, 2016).

particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité », l'altération doit être évaluée « du point de vue du membre moyen de ce groupe »¹. La directive invite donc à une analyse *in abstracto* ciblée et variant selon le groupe de consommateurs visés, ce qui a été confirmé par la jurisprudence². Contrairement à ce qui a été observé en matière de diligence professionnelle, ce n'est pas sur ce point que le phénomène de subjectivation s'avère le plus palpable.

- 476. Plan** – Pour en saisir le sens et la portée, il faut analyser la condition d'altération en distinguant son appréciation en matière de subordination de vente ou de prestation de services (**A.**), de pratiques commerciales trompeuses (**B.**) et enfin dans les pratiques commerciales agressives (**C.**).

A. Ventes subordonnées et altération substantielle du comportement économique

- 477. Altération et information** – En la matière, la jurisprudence se fonde sur l'information du consommateur : si le professionnel l'informe de l'existence de la pratique, l'altération substantielle est écartée. L'information est considérée comme une garantie de la liberté de choix du consommateur qui peut alors notamment s'adresser à un autre professionnel. La Cour européenne comme la Cour de cassation ont ainsi conclu, en matière de logiciels préinstallés sur des ordinateurs, à l'absence d'altération substantielle dès lors que le consommateur a été informé de leur présence et de leurs caractéristiques³. Une telle appréciation appelle plusieurs remarques.

¹ Art. 5, 3, dir. 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Repris à l'art. L. 121-1, al. 3, C. conso.

² La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi rappelé que l'évaluation du critère d'altération ne pouvait passer par l'examen de l'atteinte à l'intérêt particulier du client (Cass. crim. 11 juill. 2017, n°16-84.902 P : *RTD com.* 2017. 1024, obs. B. Bouloc ; *CCC* 2017. 212, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2017, note. S. Piédelièvre ; *Dr. pénal* 2018, n°5, chron. É. Bazin ; *Dr. pénal* 2017, n°10, p.34, note J.-H. Robert ; *D.* 2017. 1526). Il a aussi été rappelé par la chambre commerciale que cette évaluation ne peut pas non plus passer par une évaluation de « de l'incidence de la pratique sur le marché concerné » (Cass. com., 11 mars 2014, n°12-29.434 : *CCC* 2014, n°173, obs. G. Raymond ; *RJDA* 2014, n°372).

³ On trouve trace de ce critère tant dans l'arrêt précité de la CJUE du 7 sept. 2016 (CJUE, 7 sept. 2016, aff. C310/15, *op. cit.*, spéc. §41 : « lorsqu'un consommateur a été dûment informé, avant de procéder à l'achat, que le modèle d'ordinateur faisant l'objet de la vente n'était pas commercialisé sans logiciels préinstallés et qu'il était, de ce fait, en principe libre de choisir un autre modèle d'ordinateur ») que dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2016, n°14-11.437, *op. cit.* : le consommateur « avait été dûment informé de l'existence de logiciels préinstallés sur l'ordinateur

- 478. Un critère tautologique** – Tout d’abord, ce critère informatif est tautologique : l’altération substantielle du comportement économique du consommateur moyen « normalement informé »¹ est écartée lorsque le consommateur est ... informé ! L’usage d’un tel critère fait donc perdre à la notion tout intérêt en se résumant simplement à imposer l’information du consommateur quant à la pratique.
- 479. Une information conçue comme un moyen** – Ensuite, cette exigence indirecte d’information tranche avec l’information telle qu’elle est classiquement conçue en matière consumériste. Alors que cette dernière se caractérise par son objectivité et sa précision dans son principe et ses modalités², cette nouvelle obligation s’illustre par son imprécision quant aux modalités concrètes de mise en œuvre. Cette incertitude, cette absence de cadre défini sont attribuables à la subjectivité inhérente à cette obligation. En effet, comme cela a été démontré, les obligations d’information consuméristes ne dépendent aucunement de l’état d’esprit du professionnel ou du consommateur : seule compte la transmission effective de l’information³. À l’inverse, en matière de vente subordonnée, seul compte l’effet produit par l’information, dans chaque espèce, sur le consommateur moyen : l’information n’est pas exigée *per se* mais simplement comme un moyen adéquat, au regard de l’espèce, pour prévenir une altération substantielle du comportement économique du consommateur. Cela explique pourquoi l’on ne peut parler d’une véritable « obligation » d’information dès lors que celle-ci n’est qu’un moyen, une exigence potentiellement facultative si le professionnel trouve un autre moyen de prévenir une altération substantielle. Il n’est ainsi pas impossible d’imaginer, dans une espèce relative à un autre produit, que les juges décident que la seule mise à disposition de l’information, sans transmission, est nécessaire.
- 480. Un recul de la protection** – Enfin, de manière plus générale, l’existence de cette condition marque une importante évolution pour l’infraction de subordination de vente ou de prestation de services ainsi que pour les anciennes prohibitions générales maintenant

acheté et des caractéristiques précises de chacun de ces logiciels, lui permettant, comme tout autre consommateur, de faire un choix différent auprès d’autres professionnels »)

¹ Art. L. 120-1, al. 1, C. conso.

² Cf. *supra* n°170 et s.

³ Cf. *supra* n°282-284.

soumises à ce critère¹. Ces pratiques, jadis réprimées indépendamment de tout autre considération, ne le sont aujourd'hui que dans l'hypothèse où elles ont été faites à l'insu du consommateur. La législation ne régule donc plus la pratique en elle-même ; il s'assure simplement de la conscience de celle-ci par le consommateur.

Une telle conception est critiquable car elle omet les raisons initiales de ces interdictions. En matière de ventes subordonnées par exemple, la prohibition se justifiait par plusieurs risques que l'information aujourd'hui préconisée ne prévient plus : l'absence de compréhension, par le consommateur, de la présence de deux produits indépendants, l'impossibilité d'examiner l'opportunité du prix groupé² ou de comparer les prix de chaque produit isolément, l'emprise du vendeur sur le consommateur attiré par le bien, etc.

481. Subjectivation abstraite et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Plus fondamentalement, le contenu et l'intensité de cette exigence d'information opèrent une subjectivation abstraite de la norme, maintenant indexée sur l'état d'esprit d'un sujet fictif et amenée à varier selon chaque espèce. La subjectivation réside ici dans un retour à un dispositif à mi-chemin entre l'information civiliste et consommériste : civiliste dans le sens où la qualité de l'information est évaluée à l'aune de l'état d'esprit d'un sujet et de manière circonstanciée dans chaque espèce ; consommériste dans le sens où ce sujet est fictif et n'est pas le demandeur, c'est-à-dire l'individu-consommateur.

La distinction étant subtile, il n'est pas rare que certains juges « franchissent le Rubicon » en rejetant l'existence d'une altération dès lors que le consommateur avait conclu le contrat « en toute connaissance de cause »³. L'absence d'altération du comportement économique du consommateur est alors fondée sur un examen subjectif et individualisé de la conscience du consommateur-demandeur.

482. Ce développement de normes subjectives et relatives peut d'autant plus être regretté qu'il existe un fondement juridique adéquat lorsqu'il est question de sanctionner la non-

¹ Cela concerne aussi les loteries publicitaires (art. L. 121-20, C. conso.) et les ventes ou prestations de services avec primes (art. L. 121-19, C. conso.) : cf. *supra* n°462.

² Même s'il est informé que les deux produits sont liés, rien n'oblige le professionnel à informer le consommateur du prix de chaque élément séparé (cf. not. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°15-13.248, P: *D.* 2017. Actu. 813, obs. T. de Ravel d'Esclapon ; *D.* 2018. Pan. 585, obs. É. Poillot ; *AJ contrat* 2017. 231, obs. V. Legrand ; *Dalloz IP/IT* 2017. 405, obs. Lecourt ; *CCC* 2017, n° 138, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2017, n°1359, note Le Gac-Pech ; *CCE* 2017, n°53, obs. Loiseau ; *RJDA* 2017, n° 508)

³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 avril 2017, n°14-21.298 : *D. IP/IT* 2017. 482, note A. Lecourt ; *RDC* 2018. 363, chron. J. Huet.

transmission d'une information. En effet, le juge aurait tout simplement pu se fonder sur l'article L. 111-1 du Code de la consommation imposant au professionnel de fournir, avant la conclusion du contrat, les informations relatives aux « caractéristiques essentielles du bien et du service », notion au sein de laquelle on peut aisément inclure la présence de deux produits distincts dans le contrat de vente.

Toutefois, une telle solution aurait marqué un retour détourné à une règle générale alors que – comme nous sommes en train de le démontrer – l'esprit de la directive du 11 mai 2005 réside dans la subjectivation de la législation consumériste, imposant au juge un examen toujours plus circonstancié des espèces qui lui sont soumises. Le recours à l'article L. 111-1 aurait ainsi vraisemblablement constitué une entorse à la législation européenne¹.

Bien qu'elle entraîne de même une subjectivation de la norme, l'utilisation de la condition d'altération substantielle du comportement économique en matière de pratiques commerciales trompeuses prend une forme différente.

B. Pratiques commerciales trompeuses et altération substantielle du comportement économique

483. Utilisation – L'utilisation du critère d'altération est plus polymorphe en matière de pratiques commerciales trompeuses. Pour rappel, une pratique est trompeuse « lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent » ou « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur » sur les caractéristiques essentielles du bien ou sur les éléments essentiels du contrat (prix, identité du professionnel, etc.)².

À la lecture de cette définition, on perçoit déjà la difficulté qui s'annonce : identifier ce qui différencie le caractère trompeur de la pratique d'une part, et l'altération substantielle du comportement économique qui est censée en découler, d'autre part. Cette crainte se vérifie à l'examen de la jurisprudence. En effet, pour caractériser l'altération substantielle, les juges

¹ Il n'est d'ailleurs pas exclu que l'on observe, dans les années à venir, une extension de la condition de déloyauté aux obligations d'information du Code de la consommation, telles que celle-ci. Sur cette diffusion potentielle, cf. *infra* n°722 et s.

² Art. L. 121-2, C. conso.

vont notamment se fonder sur l'absence de clarté, de transparence¹ ou, plus simplement, sur la confusion que la pratique crée dans l'esprit du consommateur².

484. Une différence quantitative – La différence entre les deux critères n'est donc pas substantielle – il ne s'agit pas de deux critères fondamentalement différents – mais quantitative. Il y aurait une différence de gravité entre une pratique « simplement » trompeuse et une pratique trompeuse causant une altération substantielle du comportement économique du consommateur. Aussi, l'insuffisance ou de l'imprécision de certaines informations fournies par le professionnel, quoiqu'elles puissent être cruciales, ne sont pas des circonstances permettant à elles seules de caractériser cette altération.

Pour exemple, à une Cour d'appel ayant constaté l'absence d'identification expresse par un site comparatif de l'ensemble de ses contenus publicitaires, la Cour de cassation rétorque que celle-ci aurait dû « expliquer, au regard d'éléments précis, en quoi l'insuffisance des informations communiquées était susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur »³. En d'autres termes, la Cour ne remet pas en cause l'insuffisance des informations – et donc vraisemblablement le caractère « trompeur » de la pratique – mais la dissocie du constat d'une altération substantielle : certes, l'information est lacunaire, mais cet élément « imprécis » ne permet pas, *à lui seul*, de caractériser l'altération substantielle. À cette fin, le juge doit accumuler des éléments concrets et circonstanciés – absence de clarté, de transparence, etc. – et justifier qu'*outr*

¹ À propos d'un site internet comparatif ne faisant pas mention expresse de ses critères de référencement et de la présence d'encarts publicitaires, la Cour de cassation a ainsi énoncé que « l'absence d'identification claire du référencement prioritaire est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur qui est orienté d'abord vers les produits et offres des e-marchands "payants" et ne dispose pas ainsi de critères objectifs de choix » (Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27729 : *Bull. civ. IV*, n° 221 ; *D.* 2012. 2956, obs. C. Manara, et 2013. 2487, spéc. 2497, obs. P. Tréfigny ; *CCC* 2013, n°3, p.31, note G. Raymon ; *CCE* 2013. Comm. 14., comm. G. Loiseau). Dans une autre espèce aux faits similaires, elle énonce que caractérise une altération substantielle, le fait que « les critères de référencement et de classement ne sont pas clairement exposés » (Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°16-13.669 : *D.* 2018. Pan. 2453, obs. Y. Picod ; *Dalloz IP/IT* 2017. 410, obs. A. Lecourt ; *JCP G* 2017, n°596 ; *CCC* 2017, n°160, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RJDA* 2017, n°507 ; *RLDI* oct. 2017. 29, note Charrier).

² Pour exemple, la Cour s'est fondée sur le fait que la dénomination d'un site « est de nature à laisser penser à l'internaute que le site est exploité par des avocats ou que tous les services proposés émanent d'avocats, tandis que certaines prestations sont assurées par des personnes qui ne sont pas membres d'un barreau » (Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°16-13.669 : *op. cit.*).

³ Cass. com. 7 mai 2019, n°17-19.968, Inédit. De manière similaire, aux juges d'appel ayant constaté des imprécisions dans un contrat de location quant au versement d'un dépôt de garantie et de la souscription d'une assurance – élément loin d'être secondaire aux yeux du consommateur en la matière –, la Cour de cassation réplique en leur reprochant de ne pas avoir expliqué « en quoi ces documents n'étaient pas de nature à éclairer un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé » (Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2019, n°17-13.307 : *JCP G* 2019, n°1173, obs. P. Stoffel-Munck ; *D.* 2020. Pan. 962, obs. F. Jault-Seske). V. aussi not. Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-27.402 : *Bull. civ. IV*, n° 195 ; *RDC* 2012. 485., obs. D. Fenouillet ; *D.* 2011. 2989, 2012. 840, spéc. 842, obs. N. Sauphanor-Brouillaud, et 2760, spéc. 2768, obs. Y. Picod ; *RTD eur.* 2012. 503, obs. S. Adalid, et 507, obs. N. Rias ; *Propr. ind.* 3/2012, n° 28, obs. J. Larrieu.

leur caractère trompeur, ils sont source d'une altération substantielle du comportement économique du consommateur.

485. Subjectivation abstraite et affaiblissement de l'équilibre consommériste –

L'appréciation de la pratique en elle-même se double alors d'une analyse précise et circonstanciée de ses effets sur le consommateur moyen. L'imposition de ce critère crée donc une déconnexion entre le caractère faux, mensonger ou trompeur de la pratique et sa sanction. Là où le constat objectif du décalage entre la pratique et la réalité suffisait en matière de publicité trompeuse¹, la sanction n'est plus aujourd'hui encourue qu'en considération de l'effet qu'elle a eu, ou aurait eu, sur le comportement économique du consommateur moyen. De la même manière qu'en matière de vente ou prestation de services subordonnée², le dispositif est subordonné au constat d'une atteinte palpable et précise à un sujet fictif.

Cet abandon du caractère automatique de la sanction d'une pratique fautive, mensongère ou trompeuse constitue un symptôme important de l'évolution axiologique du droit de la consommation. Outre le recul de la protection du consommateur par l'alourdissement de son fardeau probatoire, elle signe de nouveau un affaiblissement de l'objectivité et de l'automatisme de la protection de ce dernier.

La subordination de la qualification des pratiques commerciales agressives à cette nouvelle condition prend cependant un sens bien différent.

C. Pratiques commerciales agressives et altération substantielle du comportement économique

486. Des notions similaires – Si l'exigence de recherche d'une altération substantielle fait peu de doutes en matière de pratique commerciale agressive³, les juges ne la caractérisent qu'implicitement. Cela s'explique par la proximité entre la condition d'altération substantielle et la définition des pratiques agressives. En effet, il est indéniable que toute

¹ Cf. *supra* n°285-287.

² Cf. *supra* n°477-482.

³ Cf. *supra* n°465.

pratique altérant la liberté de choix d'un consommateur, viciant son consentement ou entravant l'exercice de ses droits contractuels implique, en elle-même, une altération substantielle de son comportement économique. Cela ressort d'ailleurs pleinement du texte européen qui reprend, mot pour mot, l'élément central de définition de l'altération substantielle – amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement – au sein de celle des pratiques agressives¹.

487. Une appréciation abstraite généralisée – Pourtant, la directive du 11 mai 2005 comme l'article L. 121-6 du Code de la consommation définissant les pratiques commerciales agressives l'appréhendent de manière « hybride » : la pratique « est punissable dans sa version matérielle, comme formelle, puisqu'[elle] est incriminée aussi bien lorsqu'elle altère la liberté de choix du consommateur ou vicie son consentement, que lorsqu'elle est seulement de nature à le faire »². On pourrait alors penser que, dans sa version matérielle dans laquelle la pratique a effectivement atteint un ou plusieurs consommateurs, l'appréciation se fera en référence à ceux-ci et non à un consommateur moyen. Il n'en est cependant rien : les textes européens³ comme certains auteurs⁴ s'accordent sur une nécessaire appréciation de la pratique par référence au consommateur moyen.

488. Une subjectivation préexistante – L'addition du critère de déloyauté aux pratiques commerciales agressives ne modifie donc guère son régime. Contrairement aux ventes subordonnées ou aux pratiques trompeuses, cette « évolution » ne semble être que cosmétique en ce qu'elle ne fait qu'ajouter un référentiel subjectif abstrait à un critère formulé différemment mais ayant le même contenu et revêtant les mêmes caractères.

489. Conclusion de la Section 1. – La directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales a profondément bouleversé la législation consumériste. D'une manière formelle d'abord, en ce que l'ensemble de la matière a été recodifié suite à sa

¹ Art. 8, dir. 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

² Ph. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives (Loi n°2008-3 du 3 janv. 2008) », *Dr. pén.* 2008, ét. 3, spéc. n°10.

³ Consid. n°18, dir. 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

⁴ Cf. not. H. AUBRY, « Pratiques agressives », in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 125.00 et s., spéc. n°125.13, p. 280.

transposition. D'une manière substantielle ensuite, par l'ajout d'une condition de déloyauté, source d'une subjectivation des dispositifs concernés.

La première composante de la déloyauté – le manquement aux exigences de la diligence professionnelle –, exigée notamment en matière de ventes ou prestations de services subordonnées ou avec primes, et de loteries publicitaires, a causé une subjectivation de l'élément moral de ces infractions. Dans sa définition, ce critère subordonne la sanction d'une pratique à la perception qu'ont le marché et ses acteurs de la pratique en cause. Cela ne s'arrête pas là car, lors de la mise en œuvre du critère, les juges mélangent appréciations *in abstracto* et *in concreto*, ce qui aboutit parfois à une appréciation concrète et circonstanciée de la bonne foi du professionnel incriminé. Cette nouvelle condition a ainsi relativisé des dispositifs sanctionnant autrefois certains comportements de manière automatique.

La seconde composante de la notion de déloyauté – l'altération substantielle du comportement économique du consommateur – est source d'une subjectivation de l'élément matériel des infractions précitées ainsi que des pratiques commerciales trompeuses. Cette exigence d'altération conditionne la sanction au constat d'une atteinte palpable et concrète à un sujet fictif – voire parfois réel –, et ne se satisfait plus du simple constat d'une atteinte présumée, souvent déduite du caractère répréhensible de l'action du professionnel. Le dispositif ne s'intéresse alors plus directement à l'action du professionnel mais à ses effets concrets sur un sujet fictif.

Cette subjectivation polymorphe des éléments de ces infractions a pour conséquence directe une relativisation de la norme, qui ne revêt plus l'automatisme et l'objectivité caractéristiques de la législation consumériste classique. La discrétion de ces évolutions ne doit pas nous conduire à les sous-estimer, tant elles signent un inéluctable recul de la protection du consommateur et un affaiblissement de la valeur d'équilibre consumériste.

Ce pan capital du phénomène de subjectivation du droit de la consommation ne doit pas entièrement occulter certaines de ses manifestations plus discrètes, comme celles émanant de l'assouplissement jurisprudentiel du formalisme manuscrit du contrat de cautionnement.

Section 2. L'assouplissement du formalisme manuscrit du contrat de cautionnement

490. Rappel – Comme nous l'avons abordé précédemment¹, la conclusion d'un contrat de cautionnement par une personne physique avec un créancier professionnel obligeait celle-ci à reproduire une mention manuscrite dont le contenu était précisément prévu par le Code de la consommation, avant le transfert de ces dispositions au sein du Code civil². Cette mention manuscrite, symptôme d'une standardisation du contrat, visait à assurer la transmission effective d'informations à la caution et était, à ce titre, sous-tendue par la valeur d'équilibre technique³. Dès lors, qu'elle soit informée ou ignorante, que ces informations lui soient utiles ou non pour forger son consentement, la reproduction exacte et précise de la mention était obligatoire pour la caution et toute erreur dans cet acte devait être, en principe, sanctionnée par la nullité de celui-ci.

491. Assouplissement du formalisme – Bien qu'elle ait été l'actrice initiale de cette rigidité, la Cour de cassation a progressivement assoupli le régime de cette mention.

D'une part, elle a écarté la nullité pour non-respect du formalisme, en cas d'erreur matérielle⁴. Ainsi, l'ajout ou la substitution de certains mots⁵, l'ajout d'une virgule⁶ ou d'autres mentions⁷ ne remettaient pas en cause la validité de l'engagement.

D'autre part, au-delà des erreurs matérielles, la Cour s'est aussi montrée indulgente face à certaines erreurs substantielles affectant la valeur et la portée de l'engagement de la caution. Pour exemple, elle a considéré que l'oubli de la mention relative au caractère solidaire du cautionnement⁸, pourtant prévue à peine de nullité, privait simplement le créancier de la possibilité de se prévaloir de la solidarité de l'engagement. En outre, l'ajout

¹ Cf. *supra* n°208-209.

² Sur ces nouvelles dispositions, cf. *infra* n°494.

³ Cf. *supra* n°283-284.

⁴ Cass. com., 5 avril 2011, n° 09-14.358 : *Bull. Civ. IV*, n°55; *D.* 2012. Pan. 1578, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2011, n°1395, note P. Bouteiller ; *CCC* 2011, obs. G. Raymond; *Gaz. Pal.* 2011. 1485, note A. Denizot ; *RDC* 2011. 906, obs. D. Houtcieff.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-18.544 : *Bull. civ. I*, n°74 ; *D.* 2013.1460, note J. Lasserre Capdeville et G. Piette ; *JCP E* 2013, n°1268, note D. Legeais ; *CCC* 2013, n°169, note G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2013. 1628, note M. Mignot. – Cass. com. 21 avril 2022, n° 20-23.300 : *D. Actu*, 18 mai 2022, note C. Hélaïne.

⁶ Cass. com., 5 avril 2011, n°10-16.426 : *CCC* 2011, comm. 204, 1^{ère} esp., comm. G. Raymond.

⁷ Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-23.130 : *CCC* 2015, comm. 43, 2^{ème} esp., comm. G. Raymond.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n°11-12.515 *CCC* 2012, comm. 186, comm. G. Raymond.

de termes était insuffisant pour prononcer la nullité tant qu'il « ne dénatur[ait] pas l'acte de caution et n'en rend[ait] pas plus difficile la compréhension »¹. Cela valait aussi en cas d'oubli de certains termes² qui n'avaient d'autre conséquence que d'aménager l'étendue du cautionnement, sauf bien entendu si la mention en devenait inintelligible.

Sans le dire explicitement, il semble que les juges de la Cour de cassation aient entendu priver d'effet les actions de cautions faisant preuve d'une mauvaise foi explicite. En effet, dans les arrêts précités, il était évident que celles-ci avaient souhaité profiter de la rigidité de la jurisprudence pour se délier de leur engagement, qu'elles aient été conscientes ou non, dès l'origine, de l'irrégularité de la reproduction de la mention³.

492. Compréhension de la caution – L'ensemble de cette entreprise d'assouplissement du régime des mentions manuscrites s'est fondé autour de la notion de compréhension par la caution de son engagement⁴. Il ne s'agissait plus de s'appuyer sur le simple constat d'une dissemblance objective entre la formule prescrite et la mention écrite, mais sur une analyse des effets de cette dissemblance sur la caution. Ainsi, seule l'erreur de reproduction affectant la compréhension de son engagement par la caution était sanctionnée.

Toutefois, il fallait se garder de considérer que la caution visée était l'individu particulier ayant conclu le contrat. En effet, il était notable que l'on ne parlait pas ici de consentement, notion impliquant une analyse individualisée. L'utilisation du terme de « compréhension » trahissait une analyse abstraite : en présence d'un décalage entre la mention prescrite et la mention reproduite, le juge devait s'interroger sur l'influence de cet écart, en prenant comme référentiel la caution moyenne, et non la caution partie au contrat⁵.

¹ Cass. com. 27 janv. 2015, n°13-24.778 : *Rev. Sociétés* 2015. 443, note Juillet ; *RJDA* 2015, n°386.

² Dans un arrêt du 1^{er} octobre 2013, la Cour de cassation a ainsi énoncé que « l'omission des termes "mes biens" n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement » (Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n°12-20.278, P IV, n°143 ; *D.* 2014. 127, obs. V. Avena-Robardet ; *Ibidem*, note M. Julienne et L. Andreu ; *D.* 2016. 1610, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2014. 207, note J.-D. Pellier ; *RTD com.* 2013. 791, obs. D. Legeais).

³ En effet, il est ubuesque d'imaginer l'hypothèse d'une caution de bonne foi alléguant auprès de son créancier que l'ajout d'une virgule l'a empêchée de saisir la portée et l'étendue de son engagement.

⁴ V. not. : Cass. com. 16 oct. 2012 : *Bull Civ.* IV, n°184 ; *JCP G* 2012, n°1405, note A. Dumery ; *JCP E* 2013, n°1304, obs N. Mathey ; *CCC* 2013, n°16, obs. G. Raymond ; *RDC* 2013. 1002, obs. A.-S. Barthez – Cass. com. 4 nov. 2014 : *JCP E* 2014, n°1645, note D. Legeais ; *CCC* 2015, n°43, obs. G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2014. 3837, obs. C. Albiges – Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-18.544 : *op. cit.*

⁵ La Cour de cassation a plus récemment parlé de « la connaissance [des] cautions de la nature et de la portée de leur engagement », ce qui a lieu d'être considéré comme un terme équivalent à celui de compréhension (Cass. com., 6 juil. 2022, n° 20-17.355 : *D.* 2022. 1308 ; *JCP G*, Act., 881 ; *JCP E*, Act., 639).

493. Subjectivation abstraite et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Le phénomène de subjectivation ressortait donc de cette évolution jurisprudentielle : l'application de la norme était subordonnée à l'évaluation par le juge de l'état d'esprit, de la compréhension d'un sujet fictif. Disposition dont la violation était initialement sanctionnée automatiquement et objectivement, l'exigence de reproduction de la mention manuscrite s'est donc progressivement assouplie : il ne s'agissait plus de reproduire la mention manuscrite exacte mais une mention similaire permettant aux cautions de saisir le sens et la portée de leur engagement.

494. Un transfert des dispositions vers le Code civil – L'ensemble de ces considérations n'a pu se conjuguer qu'à l'imparfait puisque, comme rappelé précédemment, les dispositions relatives à ce formalisme ont récemment été abrogées par l'ordonnance du 15 septembre 2021 et ont inspiré l'article 2297 du Code civil¹. Ce nouvel article supprime l'obligation de la caution de recopier une mention manuscrite pré-rédigée par le législateur. Il lui impose simplement d'apposer « elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres ». Le texte oblige en outre la caution privée des bénéficiaires de discussion et de division à reconnaître expressément ce point dans la mention.

Le dispositif est considérablement assoupli passant d'une mention pré-rédigée devant être méthodiquement recopiée, à une liste d'éléments devant être apposés dans l'acte par la caution. De plus, le dispositif s'applique maintenant à toute caution, et ce qu'elle soit face à un créancier professionnel ou à un créancier particulier.

Une telle réforme affranchit le nouveau dispositif de toute dimension consommériste. Détaché de tout impératif de résorption d'un déséquilibre régnant dans une relation entre deux individus, l'article 2297 n'a finalement d'autre but que la protection individualisée de la caution et de son consentement. Tout lien avec l'axiologie consommériste est donc rompu. Sous-tendue par l'équilibre consommériste dans les premières années de son existence, la subjectivation du dispositif a ensuite constitué le symptôme de l'avènement de la nouvelle valeur d'équilibre individualiste², pour rejoindre finalement une logique civiliste.

¹ Cf. *supra* n°208.

² Sur la subjectivation concrète du dispositif, cf. *infra* n°526 et s., n°537 et s.

495. Conclusion de la Section 2. – Le phénomène de subjectivation abstraite ressort, de manière plus discrète, de l'assouplissement jurisprudentiel du formalisme manuscrit du contrat de cautionnement, avant son transfert dans le Code civil qui l'a émancipé de toute logique consumériste.

Les juges ont progressivement admis certaines erreurs ou certains oublis dans la reproduction de la mention, s'ils n'affectaient pas la compréhension de son engagement par une caution moyenne. Un dispositif autrefois objectif s'est ainsi vu modulé en référence à un standard abstrait mais néanmoins subjectif, puisque seule la *compréhension* de la caution moyenne était déterminante.

Conclusion du Chapitre 1.

496. Du droit des pratiques commerciales déloyales, et plus accessoirement, de l'assouplissement du formalisme manuscrit en matière de cautionnement, ressortent un phénomène de subjectivation abstraite de la norme consumériste.

497. Depuis la transposition de la directive du 11 mai 2005 et sous l'influence de la CJUE, la condition de déloyauté s'est considérablement diffusée. Elle s'est imposée comme un préalable incontournable à la sanction de toute pratique commerciale : pratiques commerciales trompeuses et agressives, ventes ou prestations de services subordonnées ou avec primes, etc. Cette diffusion n'est pourtant pas uniforme et n'a pas le même effet selon les infractions concernées.

498. Les infractions de ventes ou prestations de services subordonnées ou avec primes, et les loteries publicitaires, sont soumises de manière totale à ce nouveau critère. Elles doivent, pour être sanctionnées, constituer un manquement aux exigences de la diligence professionnelle et provoquer une altération substantielle du comportement économique du consommateur.

Ces infractions, autrefois sanctionnées *per se*, ne le sont aujourd'hui qu'à condition que soit rapportée la preuve circonstanciée et subjective de leur déloyauté : la première condition implique d'évaluer la perception de la pratique par les acteurs du marché – et parfois même la bonne foi du professionnel concerné ; la seconde rime bien souvent avec la recherche d'une information du consommateur quant à la pratique, ce qui relativise grandement l'« interdiction ».

La fonction du droit de la consommation a donc grandement évolué : le législateur renonce ici à imposer un modèle de conduite fixe aux professionnels en prohibant certaines pratiques ; il prend acte du fonctionnement du marché pour n'en corriger, à la marge, que les comportements excessifs.

499. En revanche, seule la condition d'altération substantielle a été étendue aux pratiques commerciales trompeuses et agressives. Si pour ces dernières, l'évolution n'a guère d'effet, pour les premières, elle alourdit le fardeau probatoire du consommateur et limite la portée de l'infraction en dissociant le constat du caractère trompeur de la pratique de sa sanction.

500. Pour autant, quelle que soit l'étendue de la diffusion de la condition de déloyauté, le constat reste similaire : l'exigence de déloyauté conditionne la sanction d'une pratique commerciale à un examen subjectif de la perception de sujets fictifs et des effets concrets produits par la pratique sur certains d'entre eux. La norme est ainsi subjectivée par l'adjonction de considérations particulières, variables, concrètes dans le contenu des éléments des infractions concernées.

Un même constat ressort de la jurisprudence en matière de formalisme manuscrit dans le contrat de cautionnement, avant le transfert des dispositions au sein du Code civil : un dispositif autrefois hautement objectif voit son contenu modulé en fonction d'éléments subjectifs propres à un sujet fictif.

À cette subjectivation abstraite de la norme consumériste, s'ajoute une subjectivation concrète, polymorphe et de grande ampleur.

Chapitre 2. La subjectivation concrète du droit de la consommation

- 501. Définition** – Alors qu'elle repose, dans son versant abstrait, sur la subordination de la norme à un standard subjectif abstrait, la subjectivation concrète se fonde sur l'individu réel et concret. Ce second versant du phénomène doit ainsi s'entendre comme l'indexation des dispositifs consuméristes sur la perception, le comportement, voire la volonté d'un sujet réel, d'un individu particulier, qu'il soit consommateur ou professionnel. En rupture avec l'axiologie consumériste originelle, les normes concernées par ce phénomène vont voir leur contenu ou leur sanction modulés en considération de ces éléments hautement concrets et subjectifs.
- 502. Plan** – La subjectivation concrète porte ainsi tant sur la norme (**Section 1.**) que sur sa sanction (**Section 2.**).

Section 1. La subjectivation concrète de la norme

- 503. Plan** – La subjectivation concrète de la norme résulte de la place prépondérante accordée à l'individu dans la modulation du contenu et des conditions d'application de celle-ci. Son comportement, son intention, ou encore sa volonté vont ponctuellement être érigés en variables déterminantes des modalités et de l'intensité de la norme applicable. Ce phénomène ne se manifeste pas uniformément et se matérialise différemment selon qu'il porte sur l'individu-consommateur (**Sous-section 1.**) ou sur l'individu-professionnel (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. L'indexation sur l'individu-consommateur

504. Classiquement, comme nous l'avons démontré, le juge n'a aucunement à apprécier les motivations du consommateur invoquant un dispositif consumériste¹. Dès lors qu'il revêt cette qualité, les dispositifs consuméristes lui profitent uniformément. Pourtant, il semble que l'indifférence à la malveillance ou à l'intention du consommateur dans l'octroi de la protection ne puisse plus être considérée comme un principe au sein de l'actuel droit de la consommation. En effet, le phénomène d'indexation de la norme sur l'individu-consommateur repose sur une série d'évolutions législatives et surtout jurisprudentielles qui lui dénie la possibilité de profiter de la protection consumériste, en fonction de certains éléments concrets et subjectifs.

505. Plan – Deux types d'éléments subjectifs s'avèrent aujourd'hui déterminants dans l'octroi au consommateur de la protection qui lui revenait auparavant de droit.

D'une part, le consommateur peut se voir déchu de certains dispositifs protecteurs en présence d'un détournement de la norme, s'il invoque l'un de ces dispositifs à des fins différentes de celles prévues par le législateur (§1.).

D'autre part, indépendamment de ces considérations, le consommateur peut voir sa protection limitée en répercussion de certains agissements nuisibles commis lors de la formation ou de lors de l'exécution du contrat (§2.).

§1. La sanction du détournement de la protection

506. Plan – La sanction du détournement de la protection par le consommateur² réside principalement dans la sanction de l'abus dans l'exercice d'un droit de rétractation (A.). Quoique de manière plus isolée, elle ressort de même de la sanction jurisprudentielle de la fraude de la caution dans la reproduction de la mention manuscrite (B.).

¹ Cf *supra* n°235-236, n°238 et s, n°351 et s.

² Sur les similarités entre les notions d'abus de droit et de fraude, justifiant leur réunion ici : V. L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Rép. civil Dalloz*, V° « Abus de droit », juin 2015 (Actualisation : sept. 2022), n°35.

A. *La sanction de l'abus de droit*

507. Plan – Le développement de la sanction de l'abus de droit du consommateur dans l'exercice des droits de rétractation octroyés dans les contrats d'assurance sur la vie (**1.**) et dans les contrats conclus à distance ou hors établissement (**2.**) constitue une première manifestation d'une subjectivation concrète de la norme consumériste.

1. Une sanction dans les contrats d'assurance-vie

508. Plan – Dans le droit de rétractation prévu à la suite de la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie¹, le développement de la sanction de l'abus issu des actions conjuguées du législateur et de la jurisprudence (**a.**) traduit un affaiblissement certain de l'axiologie consumériste classique (**b.**).

a. Une sanction législative et jurisprudentielle

509. Droit de rétractation en matière d'assurance-vie – L'article L. 132-5-1 du Code des assurances instaure au profit de l'assuré un droit de rétractation courant pendant les trente jours suivant la conclusion d'un contrat d'assurance-vie. En cas de non-accomplissement d'un certain formalisme informatif par l'assureur, l'article L. 132-5-2, alinéa 4, proroge cette faculté en fixant le point de départ du délai à la date de remise effective de ces documents, « dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu ». Ce dispositif de prorogation profitait initialement à tout assuré dès lors qu'était constaté le manquement du professionnel au formalisme informatif. L'exercice de cette prérogative était considéré par les juges comme « discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi [n'était] pas requise »².

¹ Sur la justification de l'inclusion de ces dispositifs issus du Code des assurances au sein de notre analyse, cf. *supra* n°242, p.161, note 3.

² Cass civ. 2^{ème}, 7 mars 2006 (2 arrêts), n°05-10.366 et 05-12.338 : *Bull. Civ. II*, n°63 ; *D.* 2008. Pan. 127, obs. H. Groutel ; *RDI* 2006. 173, note L. Grynbaum ; *JCP G*, 2006. I. 135, n°10, note L. Mayaux ; *RGDA* 2006. 481, note J. Kullmann ; *RDC* 2007. 223, note J. Rochfeld. Confirmé par Cass. civ. 2^{ème}, 25 fév. 2010, n°09-11.352 : *Bull. civ. II*, n°43 ; *D.* 2010, p.708 ; *RDC* 2010. 814, note Y.-M. Laithier – Cass. civ. 2^{ème}, 5 déc. 2011, n° 10-24.430 : *RGDA* 2012. 766, note J. Kullmann.

510. Inclusion législative de la bonne foi – Cette jurisprudence, précédemment analysée d’une part comme un symptôme de recul des valeurs civilistes¹, et d’autre part comme une manifestation de l’objectivité de l’axiologie consumériste originelle², n’a aujourd’hui plus cours. En effet, la loi du 30 décembre 2014 y a mis fin en ajoutant expressément la bonne foi du souscripteur comme condition de la prorogation³. L’alinéa 4 de l’article L. 132-5-2 dispose depuis lors que « le défaut de remise des documents et informations prévus au présent article entraîne, pour les souscripteurs de bonne foi, la prorogation du délai de renonciation ». La rupture avec la jurisprudence antérieure est donc nette.

Cette nouvelle rédaction soulève pourtant de nombreuses interrogations quant à la définition et à la temporalité de cette bonne foi du souscripteur.

La notion de bonne foi – Comme vu précédemment, la bonne foi, en matière contractuelle, est une notion polymorphe : *a minima*, dans la conception libérale, elle oblige les parties à exécuter fidèlement le contrat ; *a maxima*, dans la conception solidariste, elle leur impose de coopérer étroitement, tant dans la formation que dans l’exécution du contrat, en allant même parfois au-delà de la lettre du contrat⁴.

Ainsi, la référence légale à la bonne foi dans cette hypothèse est surprenante dès lors qu’il est question de l’attribution et de l’exercice d’une prérogative contractuelle, octroyée exceptionnellement à une partie par le législateur. En réalité, il est probable que celui-ci se soit contenté de reprendre les termes employés par la Cour de cassation dans sa jurisprudence précitée, initiée en 2006⁵. Comme nous l’avons analysé, cette mobilisation de la bonne foi pêche par son imprécision et la notion d’abus de prérogative contractuelle semble plus appropriée. Celle-ci, bien que n’étant qu’une manifestation de l’obligation générale de bonne foi entre contractants⁶, rend plus fidèlement compte de la situation visée : celle d’un souscripteur conscient du manquement du professionnel à son formalisme informatif qui profite de cette opportunité pour se rétracter tardivement, dans une perspective purement

¹ Cf. *supra* n°242-244.

² Cf. *supra* n°352.

³ Art. 5, L. n° 2014-1662 du 30 déc. 2014 portant diverses dispositions d’adaptation de la législation au droit de l’Union européenne en matière économique et financière

⁴ Cf. *supra* n°117.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2006 (2 arrêts), n°05-10.366 et 05-12.338 : *op. cit.* Confirmé par Cass. civ. 2^{ème}, 25 fév. 2010, n°09-11.352 : *op. cit.* – Cass. civ. 2^{ème}, 5 déc. 2011, n° 10-24.430 : *op. cit.*

⁶ Cf. *supra* n°120.

lucrative¹. Une telle appréhension est d'autant plus à privilégier qu'elle a été retenue par la jurisprudence ultérieure, comme nous le verrons plus loin².

La temporalité de la bonne foi – Le nouvel alinéa laisse en outre en suspens la question de la temporalité de cette « bonne foi » du souscripteur. En effet, la loi du 30 décembre 2014 érige celle-ci, non pas en condition de l'exercice du droit de rétractation, mais en condition de la prorogation : l'allongement du délai ne commence à courir que si l'assuré est de bonne foi. Le législateur semble ainsi cantonner l'appréciation du juge au moment du manquement du professionnel au formalisme informatif, c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat. Peu importerait alors l'état d'esprit du souscripteur lors de l'exercice de son droit de rétractation ; seule serait prise en compte son ignorance initiale.

Une telle solution limiterait grandement la portée de l'article puisqu'il est tout à fait envisageable que le souscripteur soit de bonne foi lors de la conclusion du contrat et ne le soit plus lorsqu'il exerce son droit de rétractation. La prorogation pouvant s'étendre jusqu'à huit années après la conclusion du contrat, le souscripteur, initialement de bonne foi, aurait toute latitude pour prendre connaissance ultérieurement du manquement du professionnel et attendre un moment opportun pour se rétracter, en usant alors de sa prérogative de mauvaise foi.

Une telle hypothèse n'a rien de fantaisiste en matière de contrat d'assurance sur la vie, ceux-ci impliquant fréquemment des valeurs boursières fluctuantes et aléatoires. Face à une éventuelle chute de valeurs, une limitation de la temporalité de la bonne foi de l'assuré au stade de la conclusion du contrat apparaîtrait pour de nombreux souscripteurs comme « une aubaine pour effacer la baisse de valeur des unités de compte à la suite d'une chute de la bourse »³ en leur permettant d'exercer valablement leur droit de rétraction.

Ainsi, soit l'on considère que cette conception est celle du législateur, auquel cas cette solution doit être critiquée en ce qu'elle neutralise l'effet recherché – à savoir empêcher l'utilisation abusive du droit de rétractation ; soit l'on invoque une maladresse de rédaction et l'on se réfère à l'esprit du texte qui est de limiter les utilisations détournées du dispositif. Il semble que cette seconde option doive être privilégiée pour des considérations d'opportunité – la première interprétation reviendrait à rendre ineffectif le dispositif – et de

¹ On pourrait théoriquement imaginer l'hypothèse d'un souscripteur se rétractant dans la plus pure intention de nuire à son assureur. Cependant, force est d'admettre que la survenance d'une telle situation est peu probable.

² Cf. *infra* n°511 et s.

³ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2017, p.777, n°1025.

logique juridique – la jurisprudence ultérieure ayant fixé le contrôle pour les contrats antérieurs à la loi de 2014 au moment de l'exercice du droit de rétractation¹.

511. Inclusion jurisprudentielle de l'abus – Le champ d'application de cette loi étant limité aux contrats conclus après son entrée en vigueur, les contrats antérieurs restaient théoriquement soumis à la jurisprudence précitée de 2006, qui excluait toute sanction de l'abus de l'assuré lors de l'exercice de son droit de rétractation².

Cette différence de régime a été résolue par quatre arrêts rendus 19 mai 2016 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Elle y a énoncé que « si la faculté prorogée de renonciation [...] revêt un caractère discrétionnaire³ pour le preneur d'assurance, son exercice peut dégénérer en abus »⁴. Elle se justifie en affirmant que la jurisprudence antérieure « ne [permettait] pas de sanctionner un exercice de cette renonciation étranger à sa finalité et incompatible avec le principe de loyauté qui s'impose aux contractants ». À de multiples reprises depuis lors, la Cour de cassation a confirmé cette solution⁵, invitant notamment les juges du fond à rechercher « si, au regard de la situation concrète du souscripteur, ce dernier n'était pas parfaitement informé des caractéristiques de l'assurance sur la vie souscrite, et s'il n'exerçait pas son droit de renonciation uniquement pour échapper à l'évolution défavorable de ses investissements »⁶.

¹ Cf. paragraphe suivant.

² Cf. *supra* n°242-244.

³ Il est à noter que la Cour de cassation valide ici l'approche relative de la notion de droit discrétionnaire. Pour rappel, suivant cette approche, un droit discrétionnaire est un droit dont l'exercice peut dégénérer en abus mais n'a pas à être motivé par le titulaire (cf. *supra* n°240).

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 2016, n°15-12767, n°15-12768, n°15-18690, n°15-18691 : *JCP G*, 2016. 811, note L. Mayaux ; *RGDA* 2016. 438, note J. Kullmann ; *D.* 2016. 1797, note L. Perdrix ; *JCP N* 2016, n° 1265, note P. Pailler ; *RCA* 2016, n° 288 ; *Ibidem*, Étude 11, note Ph. Pierre ; *JCP E* 2016, n° 1447, n° 2, note P.-G. Marly.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 9 juin 2016, n°15-20.218 : *JCP G* 2016. 916, note D. Noguéro ; *RGDA* 2016. 438, note J. Kullmann – Cass. civ. 2^{ème}, 8 sept. 2016, n°15-23.331 : *RGDA* 2016. 487, note A. Pélissier – Cass. civ. 2^{ème}, 17 nov. 2016, n°15-20.958 : *RGDA* 2017. 55, note L. Mayaux ; *RCA* 2017, n° 59, note Ph. Pierre – Cass. civ. 2^{ème}, 12 janv. 2017, n°16-10.003 : *RCA* 2017, n°120, note H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 5 oct. 2017, n°16-19.565 : *RGDA* 2017. 572, note L. Mayaux – Cass. civ. 2^{ème}, 27 avril 2017, n°17-40.027 : *RCA* 2017, n° 205 ; *RGDA* 2017. 367, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2017. 72, note X. Leduq – Cass. civ. 2^{ème}, 7 fév. 2019, n°17-27.223, P. : *LEDA*, avril 2019, p. 6, obs. P.-G. Marly ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2019, p. 30, note Z. Jacquemin ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *CCC* 2019, n° 93, note S. Bernheim-Desvaux ; *RDC* 2019. 33, note R. Libchaber ; *RGDA*, avril 2019, p. 33, comm. note L. Mayaux ; *D.* 2019. 309 – Cass. civ. 2^{ème}, 28 mars 2019, n°18-15.612 : *D.* 2019.695 ; *RDC* 2019. 33, note R. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *RCA* 2019, n°174, note H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-14.743 : *D.* 2019. 1281 ; *RGDA* juill. 2019. 35, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet – Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-17.907 : *Gaz. Pal.*, 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *D.* 2019. 1281 ; *RGDA* juill. 2019. 35, note L. Mayaux ; *D. actu.* 8 juill. 2019, note R. Bigot, A. Cayol ; *RCA* 2019, n°257, note H. Groutel – Cass. civ. 2^{ème}, 4 juil. 2019, n°18-14.990 : *RGDA* août-sept. 2019. 39, note L. Mayaux – Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2019, n°18-23.705 : *Banque et droit*, 2020, n°189, p.61, Chron. P.-G. Marly – Cass. civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n°18-24.102 : *RCA* 2020, n°162, obs. H. Groutel - Cass. civ. 2^{ème}, 16 déc. 2021, n° 19-23.907, P.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 17 nov. 2016, n° 15-20.958 : *op. cit.*

Ces arrêts dissipent ainsi toutes les interrogations soulevées par la rédaction de l'article L. 132-5-2 du Code des assurances, issue de la loi du 30 décembre 2014. Quant à sa temporalité, tout d'abord : l'abus doit être apprécié au moment de l'exercice du droit de rétractation et non lors de la conclusion du contrat. Quant à la notion mobilisée, ensuite : la Cour se réfère expressément à la notion d'abus, qui réside ici dans un détournement du droit de rétractation de sa finalité première.

512. Finalité du droit de rétractation – Les premiers arrêts rendus en 2016, quoiqu'ouvrant la voie à une caractérisation de l'abus du souscripteur, ne nous renseignaient guère sur son contenu et, par conséquent, sur la finalité de ce droit de rétractation prorogé.

Cependant, dans un arrêt du 27 avril 2017, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux textes constitutionnels de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances tels qu'interprété depuis le revirement de 2016, la Cour de cassation énonce que ce texte « répond à l'objectif de protection des consommateurs en leur permettant d'obtenir les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à leurs besoins pour profiter d'une concurrence accrue dans un marché unique de l'assurance »¹. Elle ajoute que sa jurisprudence qui « conduit à priver d'efficacité une renonciation déjà effectuée lorsqu'il est établi que l'exercice de cette prérogative a été détourné de sa finalité, garantit le respect du principe général de loyauté s'imposant aux contractants ». Considérant que cette solution repose « sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec le but poursuivi par le législateur », la Cour rejette la question prioritaire en l'absence de contrariété avec les dispositions constitutionnelles.

Cet arrêt est primordial dans la détermination du contenu de l'abus puisqu'il énonce clairement la finalité du droit de rétractation prorogé : la protection des consommateurs par la transmission d'informations nécessaires à un choix éclairé entre les différents assureurs. Ainsi, on peut aisément en déduire que tout exercice de ce droit par un souscripteur parfaitement informé des éléments omis par l'assureur sera constitutif d'un abus. En d'autres termes, la finalité étant de garantir la transmission de certaines informations, l'abus est caractérisé dès que celles-ci sont connues du souscripteur.

¹ Cass. civ. 2^{ème}, 27 avril 2017, n° 17-40.027 : *op. cit.*

Suivant cette conception, la Cour de cassation a validé l'argumentation d'une Cour d'appel ayant notamment énoncé que l'abus « ne peut être le fait que d'un investisseur parfaitement informé, qu'il l'ait été avant la souscription du contrat ou par la suite »¹. En revanche, il ne peut, en aucun cas, être déduit « du simple fait que le souscripteur décide de renoncer grâce à la prorogation du délai alors que son placement a subi des pertes » ou du fait « qu'il ait manifesté son mécontentement avant de renoncer à son contrat »².

513. Une méthode d'appréciation concrète et subjective – Une telle conception de l'abus ne pouvait s'accommoder d'éléments objectifs. L'utilisation d'indices relevant de la situation socio-professionnelle du souscripteur³, de la constitution de son patrimoine⁴, de réponses à un questionnaire attestant de sa compréhension de l'engagement souscrit⁵ ou encore de l'assistance d'un courtier⁶, ont tous été rejetés par la Cour. Ces éléments ne faisaient en effet que présumer le caractère avisé du souscripteur indispensable à la preuve de l'abus, sans en attester concrètement.

La Cour de cassation invite les juges du fond à « rechercher à la date d'exercice de la faculté de renonciation, au regard de la situation *concrète* [du souscripteur], de sa qualité d'assuré *averti* ou *profane* et des informations dont il disposait *réellement*, quelle était la finalité de l'exercice de son droit de renonciation et s'il n'en résultait pas l'existence d'un abus de droit »⁷.

Le détournement de finalité ne peut donc être caractérisé qu'en analysant trois indices : la situation concrète du souscripteur, sa qualité d'assuré averti ou profane et les informations dont il disposait réellement. Ceux-ci ont tous en commun la nécessité d'effectuer une appréciation concrète et subjective. Il ne s'agit pas d'analyser ce qu'aurait dû ou ce qu'aurait pu savoir le souscripteur ; le juge doit déterminer si concrètement le souscripteur possédait ou non les connaissances nécessaires à la compréhension de son engagement et si, par conséquent, l'exercice de son droit de rétractation avait une finalité autre que celle de se

¹ Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-14.743 : *op. cit.*

² *Ibidem.*

³ Cass. civ. 2^{ème}, 7 fév. 2019, n°17-27.223 : *op. cit.*. La Cour d'appel avait notamment relevé que le souscripteur était dirigeant d'une société de produits comme indice de son caractère avisé.

⁴ *Ibidem.*

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 4 juill. 2019, n°18-14.990 : *op. cit.* – Cass. civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n°18-24.102 : *op. cit.*

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-14.743 : *op. cit.*. V. aussi : Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2019, n°18-23.705 : *op. cit.*.

⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 7 fév. 2019, n°17-27.223 : *op. cit.*

protéger contre un défaut d'information, de remédier à un consentement incomplet ou obscurci lors de la conclusion du contrat.

Une telle approche est inédite en droit de la consommation dans le sens où l'on passe d'une analyse sociologique à une analyse psychologique des parties, « d'une approche de classe [...] à une approche individuelle [...], du marxisme au libéralisme où il s'agit d'abord de corriger les asymétries d'information »¹.

b. Un affaiblissement de l'équilibre consumériste

514. Un affaiblissement interne au droit de rétractation prorogé – La réminiscence de l'abus – notion emblématique de l'axiologie civiliste² – au sein d'un dispositif d'inspiration consumériste constitue une réelle nouveauté. L'exercice d'un droit de rétractation se voit conditionné à l'absence d'abus du demandeur, c'est-à-dire à l'absence de détournement du droit de rétractation de sa finalité. Cette absence d'abus est d'appréciation concrète et subjective : le demandeur doit être, de manière tangible, dans une situation d'ignorance, d'infériorité afin de pouvoir valablement exercer son droit.

L'affaiblissement de l'axiologie consumériste classique est indéniable, dès lors que l'exercice d'une prérogative, en principe accordée de manière objective et intangible, est subordonné à certaines conditions subjectives liées aux connaissances concrètes et à la conscience de l'assuré. Cette évolution révèle un véritable changement de paradigme : la prorogation de la faculté de renonciation « n'a plus pour objectif premier la sanction des assureurs, mais bien la protection des souscripteurs non informés »³. La sanction de l'abus de l'assuré fait donc passer ce mécanisme d'une logique collective, objective et disciplinaire à une logique individuelle, subjective et gardienne du consentement.

515. Un affaiblissement s'étendant à l'obligation d'information – Cette rupture ne se cantonne pas simplement au droit de rétractation prorogé et se répercute sur l'obligation d'information qui conditionne l'octroi de cette prorogation. L'article L. 132-5-2, alinéa 1^{er},

¹ L. MAYAUX, comm de Cass. civ. 2^{ème}, 7 fév. 2019 (*op. cit.*), *RGDA*, avril 2019, p. 33.

² Cf. *supra* n°118-121.

³ L. PERDRIX, « La bonne foi s'impose dans la prorogation de la faculté de renonciation à un contrat d'assurance-vie », *AJCAFD* 2015 p.167.

du Code des assurances impose à l'assureur de remettre à l'assuré, « contre récépissé, une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et sur les dispositions essentielles du contrat ». Il est en outre précisé que « la proposition d'assurance ou le projet de contrat vaut note d'information [...] lorsqu'un encadré, inséré en début de proposition d'assurance ou de projet de contrat, indique en caractères très apparents la nature du contrat ». Cet encadré comporte « le regroupement des frais dans une même rubrique, les garanties offertes et la disponibilité des sommes en cas de rachat, la participation aux bénéfices, ainsi que les modalités de désignation des bénéficiaires ».

Du point de vue consommériste, cette obligation est fort classique : l'information due par le professionnel est précise, objective et son application ne requiert aucune évaluation de la conscience des parties, de leur niveau d'information préalable ou de leur situation concrète¹. En considération de cela, l'absence de sanction de l'abus de l'assuré dans l'exercice de son droit de rétractation prorogé était une solution logique. L'information était due à l'assuré et l'absence de transmission de celle-ci entraînait automatiquement la prorogation d'un droit de rétractation pouvant être exercé librement par le consommateur, sans que la finalité de cet exercice ne puisse venir l'entraver. Cette prorogation visait alors à protéger l'assuré mais aussi à sanctionner l'assureur pour son manquement.

Par conséquent, l'érection de l'abus comme limite à l'exercice de ce droit a créé un paradoxe entre la condition d'octroi de la prorogation – manquement objectif du professionnel à une obligation d'information – et la condition d'exercice du droit prorogé – absence d'abus de l'assuré reposant sur l'évaluation concrète et subjective de son besoin de protection. En somme, la simple violation par le professionnel du dispositif informatif n'est plus suffisante à l'exercice de la faculté prorogée : cela déconnecte le manquement à une obligation – censée être « générale et non négociable »² – de son unique sanction, qui est la prorogation.

Cette incursion de l'abus modifie ainsi profondément le régime de l'obligation d'information de l'assureur-vie dont le manquement ne sera, en somme, sanctionné que lorsque l'assuré aura concrètement et subjectivement besoin de ladite information.

¹ Sur l'objectivité des obligations d'information en droit de la consommation : cf. *supra* n°170 et s.

² N. LEBLOND, « L'obligation d'information de l'assureur vie : une obligation générale et non négociable », *RCA*, 2008, ét. 11.

Inversement, le manquement du professionnel ne sera pas sanctionné si l'assuré n'avait subjectivement aucun besoin de ces éléments.

En poussant le raisonnement dans ses retranchements, force est de conclure que le besoin subjectif d'information de l'assuré conditionne l'ensemble du dispositif. La subjectivation ne porte alors plus uniquement sur la prorogation, mais touche directement à l'obligation d'information, dispositif qui s'illustre classiquement par une totale objectivité.

Cette sanction de l'abus du consommateur se développe, de même, dans le régime du droit de rétractation prévu dans les contrats conclus à distance ou hors établissement.

2. *Une sanction dans les contrats à distance et hors établissement*

516. En vertu de l'actuel article L. 221-18 du Code de la consommation, tout consommateur concluant un contrat à distance ou hors établissement dispose d'une faculté de rétractation de quatorze jours. Comme analysé précédemment, cette disposition est originellement sustentée par la valeur d'équilibre technique dès lors qu'elle permet au consommateur d'expérimenter le bien¹. À l'instar des solutions jurisprudentielles initialement retenues en matière d'assurance sur la vie², il y avait donc lieu de considérer que ce droit de rétractation était insusceptible d'abus.

517. Plan – Pourtant, l'étude du régime de ce droit de rétractation et de ses évolutions démontrent la possibilité de sanctionner l'abus de droit du consommateur, de deux manières **(a.)** ce qui marque, ici encore, un affaiblissement de l'équilibre consumériste **(b.)**

¹ Cf. *supra* n°320 et s.

² Cf. *supra* n°242-244, n°247.

a. La double sanction de l'abus de droit

518. Plan – Bien que le consommateur ne soit pas tenu de motiver l'exercice de son droit de rétractation¹, la possibilité de sanctionner son abus n'est pas exclue. Cette éventualité est envisageable, non seulement à la suite des évolutions du régime du droit de rétractation en matière d'assurance-vie, mais surtout au regard de certaines évolutions jurisprudentielles européennes. De celles-ci, ressort une double sanction de l'abus de droit : de manière expresse, d'une part (**α.**) ; de manière implicite au travers des coûts pouvant être mis à sa charge, d'autre part (**β.**).

α. La sanction expresse de l'abus de droit

519. Finalité du droit de rétractation – Dans un arrêt du 3 septembre 2009, la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE), s'interrogeant à propos d'un aspect du régime de ce droit de rétractation², s'interroge sur la finalité de celui-ci. Elle énonce que « le droit de rétractation vise à protéger le consommateur dans la situation particulière d'une vente à distance », dans laquelle il « n'a pas la possibilité *in concreto* de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat » et « est donc censé compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion³ approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »⁴.

520. Hypothèses d'abus – Dès lors, si ce droit de rétractation a une finalité précisément identifiée, sa mise en œuvre par le consommateur doit s'y conformer. Point alors la possibilité d'un détournement de finalité et donc d'un abus de droit, qui résiderait dans l'hypothèse où le consommateur n'aurait aucun besoin d'examiner et d'essayer le bien

¹ Art. L221-18, al. 1, C. conso.

² Elle était saisie d'une question préjudicielle relative aux coûts pouvant être mis à la charge du consommateur exerçant son droit de rétractation. Sur ce point, cf. *infra* n°521-523, n°533 et s.

³ Il s'agit indéniablement d'un délai de rétractation et non de réflexion. Il est probable que la Cour ait voulu mettre l'accent sur le caractère réfléchi du consentement du consommateur. Il nous faut cependant bien garder à l'esprit cette distinction essentielle à la compréhension du mécanisme et, plus généralement, à la précision du vocabulaire juridique employé.

⁴ CJUE, 3 sept. 2009, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüge*, C-489/07, spéc. §20 : *D.* 2009. 2161, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2010. 790, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP G* 2009. 459, note G. Paisant ; *JCP E*, n°50, p.21, note G. Rousset ; *CCE* 2010, n°64, obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010. 643, note C. Aubert de Vincelles ; *Ibid.* 113, note S. Pimont ; *Europe*, 2010. comm. 436, obs. L. Idot.

acquis à distance. On pourrait ainsi imaginer le cas d'un consommateur possédant déjà le bien, ou l'ayant possédé, et disposant par conséquent d'une connaissance suffisante de celui-ci. Plus exceptionnellement, l'abus pourrait résulter d'un exercice du droit par un consommateur – par exemple, concurrent du professionnel – n'ayant commandé le bien que dans l'optique de le renvoyer afin de nuire au professionnel. Si elles sont particulières, ces hypothèses n'en sont pas pour autant irréalistes. En revanche, force est de concéder que, bien que l'abus soit en principe susceptible de sanction, sa preuve sera extrêmement difficile voire impossible à apporter pour le professionnel.

Plus concrète est la question de la sanction de la sanction implicite de l'abus de droit.

β. La sanction implicite de l'abus de droit

521. La question des coûts – L'abus de droit ne ressort pas seulement de l'analyse de la finalité du droit de rétractation. Il transparait aussi de la question des coûts supportés par le consommateur exerçant son droit.

Afin de garantir l'effectivité de ce droit et favoriser son libre exercice, la directive européenne du 20 mai 1997¹, reprise ensuite dans le droit français², a exempté le consommateur du paiement de toute indemnité consécutive à sa rétractation, à l'exception des frais de retour.

Cette solution était cependant insuffisante dès lors qu'elle ne réglait pas une question centrale dans ce type de litige : l'indemnisation du professionnel en cas de détérioration, d'usure anormale³ ou compensant simplement l'usage du bien. Celle-ci se pose d'autant plus, qu'à l'instar du dispositif étudié en matière d'assurance sur la vie⁴, le délai de rétractation est prorogé en cas de manquement du professionnel à un certain formalisme informatif, ce qui rend l'hypothèse d'une détérioration ou d'une usure du produit bien plus vraisemblable⁵.

¹ Art. 6, 1), dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

² Art. L. 221-23, C. conso. Art. L. 121-20 anc.

³ Sur la question de la dépréciation du bien par le consommateur, cf. *infra* n°533 et s.

⁴ Cf. *supra* n°509.

⁵ Dans le droit positif actuel, le délai initial de rétractation de 14 jours peut être prorogé pendant douze mois suivant la conclusion du contrat (art. L. 221-20, C. conso. ; Cf. *supra* n°324-325, cf. *infra* n°535).

522. La position de la CJCE – Dans l’arrêt précité du 3 septembre 2009, la CJCE était saisie d’une question préjudicielle portant sur ce point. Après avoir énoncé la finalité du dispositif de rétractation, elle déduit logiquement que « l’imposition de manière générale d’une indemnité compensatrice pour l’utilisation du bien acquis par un contrat à distance est incompatible avec lesdits objectifs »¹, dès lors qu’elle pourrait dissuader le consommateur d’user de son droit. À ce principe, la Cour apporte une exception : les réglementations nationales peuvent prévoir « le paiement d’une indemnité compensatrice équitable dans l’hypothèse où celui-ci aurait fait usage du bien acquis [...] d’une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l’enrichissement sans cause »².

Bien que la formule soit floue, elle est riche en enseignements sur le fonctionnement de ce droit de rétractation. Cela n’est pourtant pas évident au premier abord : la Cour ne s’intéresse qu’à l’usage du bien et non à celui du droit de rétractation. Cela devrait, dès lors, disqualifier notre propos visant à démontrer la sanction implicite de l’abus du consommateur, et donc d’un usage détourné du droit de rétractation, et non du bien. Cependant, la Cour distingue deux types d’usage du bien devant être sanctionnés : un usage contraire au « principe » de bonne foi – visant l’usage fautif du bien sur lequel nous reviendrons³ – et un usage contraire au « principe » d’enrichissement sans cause. C’est à travers ce dernier que point la sanction de l’abus.

523. Jouissance du bien et sanction de l’abus – Aujourd’hui dénommé « enrichissement injustifié » au sein du Code civil réformé⁴, l’enrichissement sans cause est un mécanisme civiliste d’origine prétorienne permettant d’imposer à toute personne bénéficiant d’un enrichissement injustifié d’indemniser la personne appauvrie. L’enrichissement est dit « injustifié » ou « sans cause » dès lors qu’il ne procède « ni de l’accomplissement d’une obligation par l’appauvri, ni de son intention libérale »⁵.

Quoiqu’elle ne le précise pas, il semble donc que la CJUE offre la possibilité de sanctionner l’hypothèse dans laquelle le consommateur s’est indûment enrichi en conservant le bien, dans le délai qui lui est imparti, pour en user sans payer aucune indemnité

¹ CJCE, 3 sept. 2009, n° C-489/07, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger*, *op. cit.*, spéc. §22.

² CJCE, 3 sept. 2009, n° C-489/07, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger*, *op. cit.*, spéc. §26.

³ Cf. *infra* n°533 et s.

⁴ Art. 1303 et s., C. civ.

⁵ Art. 1303-1, C. civ.

compensant cette utilisation. Les éléments de l'enrichissement injustifié peuvent être discernés : un appauvrissement du professionnel résidant dans l'envoi du produit et, éventuellement, dans les frais liés à son reconditionnement ; un enrichissement du consommateur reposant sur la jouissance gratuite du bien ; le caractère injustifié de cet enrichissement consistant dans l'utilisation d'une prérogative légale à d'autres fins que celles pour lesquelles elle a été octroyée.

Pour être caractérisée, cette jouissance indue du bien suppose toutefois la preuve de l'intention originelle du consommateur de ne pas conserver le bien et de profiter du droit de rétractation, non pour l'expérimenter, mais pour en jouir gratuitement. Dans le cas contraire, le dispositif serait privé d'effectivité puisque le simple usage du bien aux fins d'expérimentation – constituant la finalité du droit de rétractation – serait considéré comme une jouissance indue permettant au professionnel d'exiger le versement d'une indemnité compensatrice.

Au prix de certaines contorsions, cette sanction laisse donc transparaître celle de l'abus du consommateur. Dans cette hypothèse, ce droit n'est plus exercé afin d'expérimenter le bien mais simplement pour en profiter temporairement et gratuitement. Il est vrai que la sanction indemnitaire prévue diffère de la sanction classique de l'abus résidant dans la paralysie de l'exercice du droit litigieux ; pourtant, il semble bien que la Cour ouvre ici implicitement la possibilité de sanctionner un détournement de finalité du droit de rétractation et donc un abus.

Malgré cela, force est de reconnaître, là encore, les difficultés probatoires auxquelles le professionnel devra faire face. La preuve de l'intention originelle du consommateur de ne pas conserver le bien à l'issue du délai de rétractation semble être, sauf circonstances exceptionnelles, extrêmement difficile à apporter.

b. Un affaiblissement de l'équilibre consommériste

524. De manière similaire au phénomène exposé en matière d'assurance sur la vie¹, la double sanction de l'abus du consommateur dans les contrats à distance et hors établissement démontre une subjectivation concrète du dispositif de rétractation. Celui-ci, attribué objectivement à la collectivité des consommateurs, se voit limité par des considérations subjectives, concrètes dès lors que la preuve d'un abus peut priver le consommateur de ce droit ou, du moins, le rendre débiteur d'une indemnisation envers le professionnel. La conscience et l'intention de l'individu-consommateur lors de l'exercice de sa prérogative deviennent des éléments déterminants dans l'application de ces dispositions consuméristes. Cette évolution constitue ainsi un autre signe de l'affaiblissement de l'équilibre consommériste.

525. Conclusion du A. – En quelques années, l'abus de droit s'est érigé comme une limite à l'exercice du droit de rétractation, dans les contrats d'assurance sur la vie et dans les contrats à distance et hors établissement. Cette évolution marque un affaiblissement certain de l'axiologie consumériste originelle, dès lors qu'elle emporte une subjectivation du dispositif en lui-même mais aussi de l'obligation d'information qui le sous-tend dans le cas du contrat d'assurance-vie.

Formellement, l'évolution est limitée à ces deux catégories de contrats ; son expansion est toutefois probable au vu de la subjectivation croissante du droit de la consommation qui n'est encore qu'un phénomène relativement récent².

Une seconde manifestation de la sanction du détournement de la protection par l'individu-consommateur réside dans la récente évolution jurisprudentielle sanctionnant la fraude de la caution dans le cadre de la reproduction de la mention manuscrite.

¹ Cf. *supra* n°508 et s.

² Une demande de question préjudicielle a d'ailleurs été récemment présentée par l'Allemagne à la CJUE posant notamment la question de savoir si l'exercice par un consommateur de son droit de rétractation lors de la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation peut être qualifié d'abusif (CJUE, n° C-47/21, Demande (JO) de la Cour, B. A./C. Bank AG, 28 janvier 2021). La question se pose d'autant plus qu'à l'instar du régime du contrat d'assurance sur la vie, le délai de rétractation en la matière est prorogé jusqu'à la pleine information du consommateur (art. 14, dir. 2008/48/CE ; repris implicitement à l'art. L. 312-20, C. conso.). Sur ces éléments, cf. *infra* n°707 et s.

B. La sanction de la fraude

526. Le régime de la mention manuscrite prévue dans les contrats de cautionnement, avant le transfert des dispositions au sein du Code civil, n'avait pas fait uniquement l'objet d'une subjectivation abstraite¹. Sous l'empire des dispositions consuméristes², les juges ont été confrontés à une hypothèse particulière : celle de la reproduction de la mention par un tiers. Suivant la rigidité initialement instaurée, une telle circonstance aurait dû permettre d'invalider la mention et ainsi d'obtenir la nullité du contrat de cautionnement.

Cette solution aurait alors pu devenir une aubaine pour toute caution, de mauvaise foi, souhaitant échapper facilement à son engagement. En effet, en profitant de l'inattention ou de la confiance de son créancier, notamment pour faire reproduire la mention par un tiers, la caution malveillante pouvait obtenir aisément la nullité du contrat sans que le juge ne puisse sanctionner un tel comportement. Cette rigidité aurait aussi pu profiter à la caution ayant, de bonne foi, fait preuve d'inattention au moment de la reproduction de la mention et qui, ultérieurement, déciderait d'opposer ce point au créancier.

Pour faire face à ces éventualités, les juges ont décidé de sanctionner les cautions dans ces hypothèses, tant sur le fondement de la faute civile délictuelle – que nous analyserons ultérieurement³ – que sur celui de la fraude.

527. Sanction de la fraude de la caution – Dans un arrêt du 5 mai 2021, la chambre commerciale de la Cour de cassation sanctionne, sur le fondement de la fraude, une caution ayant fait reproduire la mention par un tiers⁴.

En l'espèce, un contrat de cautionnement solidaire est conclu en garantie de l'exécution d'un contrat de crédit-bail. Contrairement aux prescriptions légales et bien qu'elle ait apposé sa signature à l'acte, la caution fait recopier la mention par un tiers. Suite à l'inexécution du contrat de crédit-bail, elle est appelée en garantie et oppose naturellement l'invalidité de la mention.

¹ Sur l'analyse du formalisme et de l'application jurisprudentielle originelle, cf. *supra* n°208-209. Sur l'assouplissement de ce formalisme et la subjectivation du dispositif en découlant, cf. *supra* n°490 et s.

² Sur le transfert de ces dispositions dans le Code civil, cf. *supra* n°494.

³ Cf. *infra* n°537 et s.

⁴ Cass. com. 5 mai 2021, n°19-21.468 : *JCP G* 2021. 714, comm. P. Simler ; *LEDB* juill. 2021, n° 200d1, p. 1, obs. M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2021, n° 422i6, p. 22, note M. Mignot ; *LEDC* juin 2021, n° 200d8, p. 4, obs. N. Leblond ; *RTD civ.* 2021. 639, obs. H. Barbier ; *Ibidem.* 687, obs. C. Gijsbers ; *D. actu.* 17 mai 2021, obs. J.-D. Pellier ; *D.* 2021. 1418, note F. Dournaux ; *Rev. prat. rec.* 2021. 19, chron. O. Salati.

Face à un tel litige, la Cour aurait simplement pu reprendre sa solution précédente en prononçant la nullité du contrat pour non-respect du formalisme et en condamnant la caution sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle¹. Il n'en est pourtant rien : la chambre commerciale se fonde sur le principe « *fraus omnia corrumpit* » pour en déduire que « la fraude commise par la caution dans la rédaction des mentions manuscrites légales, prescrites, à peine de nullité du cautionnement, [...] interdit à cette dernière de se prévaloir de ces dispositions »². Elle estime que, en confiant à un tiers le soin de rédiger la mention manuscrite, la caution a sciemment détourné le formalisme de protection, ce qui caractérise la fraude et l'empêche d'invoquer la nullité de son engagement.

528. Définie comme un « acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative [...] et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité »³, la fraude se compose de trois éléments : elle doit être dirigée contre une règle obligatoire ; elle doit être accomplie en étant animé par une intention frauduleuse, c'est-à-dire une volonté d'éluder, de mauvaise foi, la règle obligatoire ; et, enfin, elle se matérialise par l'emploi d'un moyen licite ou à tout le moins non sanctionné d'inefficacité⁴.

Ici, la Cour considère que la caution a sciemment – intention frauduleuse⁵ – fait recopier la mention par un tiers – moyen licite en soi – pour échapper à l'exécution du contrat de cautionnement – règle obligatoire. Par conséquent, elle conclut au caractère frauduleux du comportement et déclare inopposable au cocontractant la nullité du contrat, en interdisant à la caution de se prévaloir du dispositif.

529. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Cette évolution jurisprudentielle confirma l'affaiblissement de l'équilibre consommériste, déjà initié par l'assouplissement du formalisme⁶ et par la sanction de la faute civile délictuelle que nous

¹ Cf. *infra* n°537 et s.

² Cass. com. 5 mai 2021, n°19-21.468 : *op. cit.*

³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadriges, 14^{ème} éd., 2022. V° *Fraude à la loi*, sens a/.

⁴ Sur la notion de fraude, V. l'étude capitale en la matière : J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français – Le principe "fraus omnia corrumpit"*, préf. G. Marty, Librairie Dalloz, 1957.

⁵ La qualification de cette intention frauduleuse a, cependant, paru assez légère à certains commentateurs pointant le peu d'éléments permettant de déterminer le caractère volontaire ou délibéré du comportement de la caution (cf. not. P. SIMLER, comm., *JCP G* 2021. 714 ; C. GIJSBERS, obs., *RTD civ.* 2021. 687).

⁶ Cf. *supra* n°490 et s.

analyserons ultérieurement¹. La Cour de cassation a fait ici obstacle à l'application d'un dispositif légal automatique et objectif, en se fondant sur des considérations subjectives liées au comportement et à l'intention d'une partie de détourner un dispositif protecteur de sa finalité.

L'évolution était importante puisque, par le biais de la fraude, la norme était subjectivée de l'intérieur : là où la sanction de la faute ne faisait pas obstacle à la nullité du contrat pour non-respect du formalisme², la fraude rendait inefficace l'invocation de celle-ci par la caution et désactivait ainsi l'application du dispositif légal.

530. Conclusion du §1. – Par la sanction de l'abus dans l'exercice du droit de rétractation et celle de la fraude de la caution dans la reproduction de la mention manuscrite, les juges ont ouvert la possibilité de réprimer les hypothèses de détournement des dispositifs consuméristes par les consommateurs. Ces dispositifs, autrefois indifférents au comportement ou à l'intention du consommateur, sont aujourd'hui indexés sur celui-ci et, par conséquent, subjectivés. La valeur d'équilibre consumériste montre ainsi des signes certains d'affaiblissement.

Au-delà de ces cas, les juges ont développé la sanction des agissements nuisibles du consommateur en rupture avec l'axiologie consumériste initiale.

¹ Cf. *infra* n°537 et s.

² Cf. *infra* n°539.

§2. *La sanction des agissements nuisibles*

531. Plan – Second volet de l’indexation de la norme sur l’individu-consommateur, la sanction des agissements nuisibles se manifeste autour de deux points : la sanction de la faute civile délictuelle (**A.**) et de la mauvaise foi (**B.**).

A. La sanction de la faute civile délictuelle

532. Plan – Depuis quelques années, la sanction de la faute civile délictuelle du consommateur s’impose progressivement comme une limite à l’application de certains dispositifs dans les contrats à distance et hors établissement (**1.**) ainsi que dans les contrats de cautionnement (**2.**).

1. Une sanction dans les contrats à distance et hors établissement

533. Rappel – Comme cela a été évoqué précédemment, la CJCE s’est prononcée sur la question des coûts devant être mis à la charge du consommateur exerçant son droit de rétractation, à la suite de la conclusion d’un contrat à distance ou hors établissement¹. Après avoir rejeté la possibilité d’imposer de manière générale une indemnité compensatrice pour l’utilisation du bien, elle a prévu la possibilité de condamner le consommateur au « paiement d’une indemnité compensatrice équitable dans l’hypothèse où celui-ci aurait fait usage du bien acquis [...] d’une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l’enrichissement sans cause »².

534. La sanction de l’usage fautif du bien – À la sanction de la jouissance indue du bien – consistant en une sanction indirecte de l’abus du consommateur³ –, s’ajoute la sanction de l’usage fautif du bien, d’une manière contraire à la bonne foi. Cette hypothèse recouvre tout

¹ Cf. *supra* n°521-523.

² CJCE, 3 sept. 2009, n° C-489/07, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger*, *op. cit.*, spéc. §26.

³ Cf. *supra* n°523.

usage du bien l'ayant endommagé ou ayant entraîné une usure anormale, que cela soit volontaire ou simplement dû à la maladresse du consommateur.

Cela a, par la suite, été confirmé à l'article L. 221-23 alinéa 3 du Code de la consommation qui dispose que « la responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation, conformément au 2° de l'article L. 221-5 »¹. Le législateur confirme ici la sanction de l'usage fautif du bien résidant dans toute dépréciation du bien liée à un usage dépassant la simple expérimentation.

535. Exclusion en cas de prorogation – Cette confirmation est pourtant nuancée. En effet, l'article émet une réserve à cette sanction : celle de l'information du consommateur par le professionnel de l'existence de son droit de rétractation. De manière similaire au dispositif prévu en matière de contrat d'assurance sur la vie², le manquement du professionnel à un certain formalisme informatif – portant ici sur « les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit ainsi que le formulaire type de rétractation »³ – est sanctionné par une prorogation du délai de rétractation pouvant aller jusqu'à douze mois suivant la conclusion du contrat⁴. Dans cette hypothèse, le risque d'usage fautif du bien est bien plus important que dans les quatorze jours initiaux.

Pourtant, le législateur a décidé d'exclure tout paiement d'une indemnité compensant la dépréciation fautive du bien en cas de manquement du professionnel à son obligation d'information et donc durant le délai prorogé. Un tel manquement immunise donc le consommateur contre toute indemnisation consécutive à un agissement fautif. Une telle disposition limite donc, de manière substantielle, la portée de la sanction du consommateur, et ce, dans « un but de punition » du professionnel⁵.

¹ Art. L. 221-21-3 anc., C. conso. Issu de l'art. 9, L. n°2014-344 du 17 mars 2014 transposant la directive n°2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

² Cf. *supra* n°509.

³ Art. L. 221-5, 2°, C. conso.

⁴ Art. L. 221-20, C. conso.

⁵ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p. 250, n°154.

536. Affaiblissement de l'équilibre consommériste – Si sa portée est limitée, la sanction de l'usage fautif du bien par le consommateur reste un signe d'affaiblissement de l'équilibre consommériste. L'incursion de la faute – notion profondément imprégnée par l'axiologie civiliste individuelle et subjective¹ – au sein d'un dispositif consommériste aussi emblématique n'est pas anodine. Elle implique une variation des prérogatives et de l'étendue de la protection en fonction des agissements, du comportement de l'individu-consommateur, et constitue ainsi un symptôme du phénomène de subjectivation concrète. Le législateur amoindrit ainsi la dimension objective et collective du dispositif, rendant palpable le repli de l'axiologie consommériste originelle.

Non contente de s'introduire dans le régime des contrats conclus à distance ou hors établissement, la faute civile a aussi fait son entrée dans l'ancien régime consommériste du contrat de cautionnement.

2. Une sanction dans les contrats de cautionnement

537. La sanction de la faute de la caution – Brièvement mentionné précédemment, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 mai 2017 a innové et ouvert une possibilité de sanction de la faute civile délictuelle de la caution². Une fois encore, la solution a trait au régime consommériste de la mention manuscrite, prescrite à peine de nullité dans les contrats de cautionnement, avant le transfert et la mutation de ces dispositifs vers le Code civil³.

538. L'espèce est similaire à celle sanctionnée sur le fondement de la fraude⁴ : préalablement à la conclusion d'un contrat de cautionnement, la mention manuscrite est reproduite, non par la caution, mais par un tiers. Par conséquent, au premier incident de paiement, la caution agit pour demander la nullité de ses engagements en invoquant le non-respect dudit formalisme. Par une demande reconventionnelle, le créancier lui réclame une indemnisation pour le préjudice subi.

¹ Cf. *supra* n°131.

² Cass. com., 4 mai 2017, n°15-20.911, *inédit*.

³ Cf. *supra* n°494.

⁴ Cf. *supra* n°527-529.

La demande de la caution est logiquement accueillie par les juges d'appel, au vu du fonctionnement classique du dispositif ; celle du créancier est rejetée. La Cour argue qu'en invoquant « le non-respect du formalisme prescrit par des textes d'ordre public, [la caution] exerce un droit légitime qui ne peut être qualifié de déloyal et ce, alors même qu'il ne conteste pas avoir apposé sa signature sur les actes de cautionnement ». Les juges s'appuient donc sur l'objectivité du mécanisme qui ne souffrait, en principe, d'aucun aménagement en fonction de la conscience ou de l'intention de l'individu¹.

Saisie par le pourvoi du créancier, la Cour de cassation confirme la nullité du contrat mais, de manière inattendue, casse l'arrêt d'appel quant à la responsabilité de la caution. Au visa des anciens articles 1382 du Code civil, L. 341-2 et 3 du Code de la consommation, elle énonce que la cour d'appel aurait dû rechercher « si, en faisant reproduire cette mention par un tiers, en dépit des précisions données dans les actes soumis à sa signature, la caution n'avait pas commis une faute ».

539. Une sanction extérieure au dispositif – La Cour de cassation n'a donc pas innové au sein même du régime consumériste de la mention manuscrite dans les contrats de cautionnement : l'irrespect du formalisme entraînait toujours la nullité indépendamment des circonstances de fait. En revanche, de manière indirecte, en admettant la possibilité d'une sanction de la faute délictuelle², elle a sanctionné la caution profitant indûment de la protection, qu'elle soit malveillante – en ayant intentionnellement manqué au formalisme – ou simplement opportuniste. Une fois de plus, on observait une résurgence du droit commun visant à pallier la rigidité du dispositif consumériste. Cependant, contrairement aux exemples précédents, cette résurgence restait extérieure audit dispositif puisque, pris isolément, son fonctionnement restait inchangé.

540. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consumériste – L'évolution était considérable. La Cour de cassation avait ouvert une faille importante dans l'édifice de ce formalisme, alors intangible, en offrant aux créanciers une arme contre les cautions souhaitant abusivement échapper à leur engagement. Certes, le contrat était annulé mais le

¹ Sur l'assouplissement du formalisme, cf. *supra* n°490 et s.

² Si le visa employé n'était pas assez parlant, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer sa solution et rappeler expressément qu'est visée ici la faute délictuelle et non contractuelle de la caution (Cass. com., 21 oct. 2020, n° 18-19.429 : *AJ contrat* 2020. 557, note C.-E. Bucher).

créancier pouvait, sur ce fondement, prétendre à une indemnisation qui compensait, en grande partie sinon totalement, l'effacement de la dette de la caution.

Bien qu'elle restât objective en apparence, la protection consumériste offerte à la caution ne pouvait donc plus vraiment être qualifiée de la sorte puisque la commission d'une faute dans l'accomplissement du formalisme pouvait mener à la condamnation de la caution. La résurgence de cette notion de droit commun¹ a ainsi marqué une subjectivation certaine du dispositif dans le sens où l'intensité de la protection s'indexait sur les agissements de l'individu-caution. Cela valait, d'autant plus, au regard de l'assouplissement général du formalisme et de la sanction de la fraude de la caution, analysés précédemment².

La sanction des agissements nuisibles de l'individu-consommateur se manifeste aussi par la sanction de sa mauvaise foi.

B. La sanction de la mauvaise foi

541. Bonne foi et clauses abusives – La définition et le régime des clauses abusives sont, en principe, hermétiques à la notion de bonne foi. Hormis une mention dans un texte européen qui n'a jamais été reprise en droit français³, une clause n'est abusive que si elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁴. Peu importe la bonne ou la mauvaise foi du consommateur ou du professionnel : seul compte le déséquilibre produit par la clause⁵.

542. Mauvaise foi du consommateur et déséquilibre significatif – Pourtant, la Cour de cassation a semblé amorcer un changement à ce sujet, par plusieurs arrêts récents dont les faits sont similaires⁶.

¹ Cf. *supra* n°130-132.

² Cf. *supra* n°490 et s., n°526 et s.

³ L'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs énonce qu'une clause doit être considérée comme abusive « lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du conso un déséquilibre significatif entre les droits et obligations et obligations des parties découlant du contrat ».

⁴ Art. L. 132-1, al. 1, C. conso.

⁵ Cf. *supra* n°200 et s., n°329 et s.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2018, n° 17-21.625 : *AJ contrat* 2019. 84, obs. J. Lasserre Capdeville; *AJDI* 2019. 548, obs. J. Moreau ; *RDI* 2019. 324, obs. J. Salvandy ; *RJDA* 2019, n°225 ; *Banque et Dr.* 3-4/2019. 42, obs. S. Gjidara-Decaix – Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2019, n°17-22.581 – Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°18-24.297 : *JCP G* 2021. 297, note G. Paisant ;

En l'espèce, est insérée, dans un contrat de prêt, une clause prévoyant l'exigibilité anticipée du prêt par le prêteur en cas de fourniture de renseignements inexacts par l'emprunteur, et ce, sans aucune formalité particulière. Les emprunteurs ayant fourni des documents falsifiés, les prêteurs se prévalent de cette stipulation, prononcent la déchéance du terme et les assignent en paiement. Dans leurs pourvois, les emprunteurs invoquent alors le caractère abusif de ces clauses qui octroient un pouvoir unilatéral au prêteur.

Pour les rejeter, la Cour de cassation se fonde sur plusieurs arguments. Tout d'abord, elle relève que les éléments falsifiés étaient déterminants du consentement du prêteur¹. Elle invoque ensuite la possibilité pour l'emprunteur de recourir au juge pour contester l'application de la clause². Enfin et surtout, elle énonce que la clause litigieuse n'a d'autre objet que de protéger le prêteur contre un contrat conclu de mauvaise foi par l'emprunteur et que, par conséquent, celle-ci ne peut avoir pour objet ou effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties³. En d'autres termes, la mauvaise foi des emprunteurs exclut tout déséquilibre significatif et écarte la qualification de clause abusive.

543. Un fondement hybride – Cette solution interpelle quant à son fondement. En effet, l'article R. 132-2, 4° du Code de la consommation présume simplement abusive toute clause reconnaissant « au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable », ce qui désigne parfaitement les clauses litigieuses en l'espèce. Pour concilier techniquement la solution avec la norme consumériste, les arrêts pourraient se comprendre de la sorte : la mauvaise foi des emprunteurs permet de renverser la présomption simple. Il n'en est pourtant rien puisqu'aucune mention n'est faite de cet article.

CCC 2021, n°48, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *RTD com.* 2021. 170, obs. D. Legeais ; *D. Actu*, 26 janv. 2021, note J.-D. Peiller – Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°19-20.367.

¹ « La clause litigieuse prévoyait le prononcé de la déchéance du terme seulement en cas de déclaration inexacte des emprunteurs sur des *éléments essentiels ayant déterminé l'accord de la banque* ou pouvant compromettre le remboursement du prêt » (Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2018, n° 17-21.625 : *op. cit.*) ; « La stipulation critiquée limite la faculté de prononcer l'exigibilité anticipée du prêt aux seuls cas de fourniture de renseignements inexacts portant sur des *éléments déterminants du consentement du prêteur* dans l'octroi du prêt » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°18-24.297 : *op. cit.*).

² « La clause litigieuse prévoyait le prononcé de la déchéance du terme seulement en cas de déclaration inexacte des emprunteurs [...] *sans exclure le recours au juge* » (Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2018, n° 17-21.625 : *op. cit.*) ; « La stipulation critiquée *ne prive en rien l'emprunteur de recourir à un juge* pour contester l'application de la clause à son égard » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°18-24.297 : *op. cit.*).

³ « Cette stipulation, qui visait à prévenir un défaut d'exécution de leurs engagements par les emprunteurs *ayant manqué à l'obligation de loyauté* lors de la formation du contrat, n'avait pas pour objet ni pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » (Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2018, n° 17-21.625 : *op. cit.*) ; « La clause litigieuse [...] sanctionne *la méconnaissance de l'obligation de contracter de bonne foi* au moment de la souscription du prêt ». Celle-ci « donnant au prêteur la possibilité, sous certaines conditions, de résilier le contrat *non souscrit de bonne foi*, ne créait pas, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°18-24.297 : *op. cit.*).

La Cour se fonde sur l'obligation de contracter de bonne foi, figurant aujourd'hui à l'article 1104 du Code civil¹. Une telle référence aurait logiquement dû exclure tout lien avec la législation relative aux clauses abusives. Suivant une logique civiliste, il aurait alors été tout à fait possible de se fonder sur le dol pour obtenir l'annulation du contrat, l'existence d'un mensonge relatif à un élément déterminant du consentement du prêteur étant avérée².

Néanmoins, de manière surprenante, la Cour relie l'obligation de bonne foi et la notion de déséquilibre significatif – droit commun et droit spécial – en érigeant la mauvaise foi des emprunteurs comme critère d'exclusion du caractère abusif de la clause.

544. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consumériste – L'incursion de la mauvaise foi dans la législation des clauses abusives n'est pas anodine car, en principe et comme le rappelait l'un des pourvois, « la sanction du caractère abusif d'une clause ne saurait être neutralisée par le devoir de loyauté ou de bonne foi pesant sur le consommateur au titre du droit commun des obligations »³. Toute considération relative à l'état d'esprit, à l'intention des parties, est censée être inopérante dans ce pan de la législation qui sanctionne un déséquilibre juridique objectif⁴.

L'évolution est donc de taille : indépendamment de toute considération relative au contenu du contrat, le caractère éventuellement abusif d'une clause peut être écarté simplement au regard des agissements du consommateur. Cette indexation de la norme sur le consommateur a pour effet de subjectiver le dispositif. Force est ainsi de constater qu'ici la Cour de cassation s'éloigne de la logique juridique consumériste classique et favorise l'incursion de mécanismes civilistes subjectifs dans ce domaine.

545. Conclusion de la Sous-section 1. – De nombreuses normes tendent à s'indexer sur l'individu-consommateur.

D'une part, se développent la sanction de l'abus de droit dans l'exercice de certains droits de rétractation – dans les contrats d'assurance sur la vie et dans les contrats conclus à distance ou hors établissement – et de la fraude dans la reproduction de la mention manuscrite lors de conclusion d'un contrat de cautionnement. Ces évolutions ouvrent la possibilité de

¹ Art. 1134 anc., C. civ. Pour une définition de l'obligation civiliste de bonne foi, cf. *supra* n°114-117.

² Art. 1137, C. civ. Pour une présentation du dol et des valeurs qui lui sont sous-jacentes, cf. *supra* n°124.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°19-20.367.

⁴ Cf. *supra* n°329 et s.

sanctionner un détournement de la protection par le consommateur. Celui-ci peut ainsi se voir priver d'une protection qui auparavant lui était objectivement – et inconditionnellement – due.

À cette sanction spécifique du détournement s'ajoute, d'autre part, la sanction de la faute civile délictuelle et de la mauvaise foi. La première peut être sanctionnée en répercussion d'une reproduction par un tiers de la mention manuscrite en matière de cautionnement ou de dégâts causés à un bien, dans un contrat à distance ou hors établissement, avant exercice du droit de rétractation. La seconde est sanctionnée par les juges qui, en la constatant, écartent la possibilité de qualifier une clause d'abusives.

Malgré le caractère hétéroclite de ces manifestations, le droit de la consommation paraît donc aujourd'hui marqué par une résurgence de mécanismes civilistes indexant l'application ou l'intensité de la protection sur l'individu-consommateur. Les caractères structurel¹ et collectif² de la protection, caractéristiques de l'axiologique consumériste originelle, en sortent ainsi affaiblis.

Bien qu'il n'ait pas la même forme, ce phénomène de subjectivation concrète n'est pas réservé au consommateur puisqu'il touche aussi au professionnel.

Sous-section 2. L'indexation sur l'individu-professionnel

546. Plan – Alors que le phénomène observé relativement à la personne du consommateur prenait toujours la forme d'une sanction, l'indexation de la norme consumériste sur le professionnel lui est bien plus profitable. Que cette indexation se fasse en fonction de sa volonté (§1.) ou de son intention (§2.), le phénomène rime inmanquablement avec une limitation, voire une exclusion des obligations qui pèsent sur lui.

¹ Cf. *supra* n°387-389.

² Cf. *supra* n°390 et s.

§1. *L'indexation sur la volonté du professionnel*

547. Plan – Certaines dispositions consuméristes récentes confèrent à la volonté du professionnel un pouvoir de détermination du contenu (**A.**) et de la portée (**B.**) de la norme.

A. La détermination du contenu de la norme

548. Professionnels et normes facultatives « négociées » – Si elle n'est pas comparable en portée et en ampleur à celle effectuée en droit du travail, le droit de la consommation n'est pas entièrement étranger à la négociation collective¹. Professionnels et associations de consommateurs peuvent être invités à négocier le contenu de normes de droit souple.

Cela ressort, d'une part, du Conseil national de la consommation, organisme rattaché au Ministère de la consommation, qui a pour missions d'assurer un dialogue entre professionnels et associations de consommateurs pouvant aboutir à des accords dont le respect « relève, en principe, de la liberté des professionnels »², mais aussi de rendre des avis consultatifs relatifs aux évolutions projetées de la législation consumériste, tant européenne que nationale.

La négociation est, d'autre part, institutionnalisée au sein des organismes de normalisation des produits³, tels que l'AFNOR. Sans rentrer dans le détail du fonctionnement de l'institution, les normes techniques sont élaborées en collaboration avec les professionnels et associations de consommateurs. Elles n'ont cependant qu'une normativité limitée : elles sont d'application facultative⁴ et ne peuvent servir, au mieux, que d'indices dans l'évaluation de la sécurité du produit⁵ ou de sa conformité au contrat⁶.

¹ Pour une analyse d'ensemble de la question et une comparaison avec le droit social, V. : D. FENOUILLET « La négociation collective des normes », *in*. Colloque « La négociation en droit de la consommation », S. Bernheim-Desvaux (dir.), Centre Jean Bodin, Université d'Angers, 4 nov. 2021, *RLDA*, n°180, 1^{er} avril 2022.

² *Ibidem*.

³ Sur la notion de normalisation : cf. *supra* n°294 et s.

⁴ Comme l'intervention de Mme le Professeur Dominique FENOUILLET le précise (D. FENOUILLET « La négociation collective des normes », *op. cit.*), ces normes peuvent être rendues obligatoires par arrêté ministériel (art. 17, Décret n°2009-697 du 16 juin 2009), par le juge à l'occasion d'une action ou même par « la voie de la contractualisation privée » (D. FENOUILLET « La négociation collective des normes », *op. cit.*). Outre ces hypothèses, les professionnels auront intérêt à se conformer spontanément à la norme, ce qui leur permettra d'apposer la marque NF sur leurs produits, servant d'argument de vente et de « garantie de qualité pour les consommateurs » (G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2019, p.138, n°214).

⁵ Art. L. 421-5 à 7, C. conso.

⁶ Art. L. 217-5, I., 1^o, C. conso : « En plus des critères de conformité au contrat, le bien est conforme s'il [...] est propre à l'usage habituellement attendu d'un bien de même type, compte tenu, s'il y a lieu, de toute disposition du droit de l'Union

549. Professionnels et élaboration individuelle de la norme – Bien différents sont les cas dans lesquels le droit de la consommation confie au professionnel, sans concertation avec une quelconque institution publique ou association de consommateurs, la mission d'élaborer lui-même une partie du contenu de la norme qui s'impose à lui.

Obligation d'information des opérateurs de plateformes en ligne – Cela lui est d'abord accordé en matière d'obligation d'information à la charge des opérateurs de plateformes en ligne de comparaison de produits ou de mise en relation de personnes¹. L'article L. 111-7 du Code de la consommation leur impose, depuis 2016², de délivrer « une information loyale³, claire et transparente » portant notamment sur « les conditions générales d'utilisation du service », sur « les modalités de référencement, de classement [...] des contenus » ou encore sur « l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement ».

Outre les précisions apportées à cette obligation par décret⁴, l'article L. 111-7-1 renvoie aux opérateurs dont l'activité dépasse les cinq millions de visiteurs uniques par mois⁵ le soin d'élaborer et diffuser aux consommateurs « des bonnes pratiques visant à renforcer [leurs] obligations de clarté, de transparence et de loyauté ». Certains professionnels doivent donc établir eux-mêmes un code de conduite venant compléter l'œuvre du législateur. Chaque professionnel concerné sera soumis à une norme qui, bien qu'ayant un socle commun, présentera des spécificités qui lui seront propres et qu'il aura librement déterminées.

Déontologie applicable au démarchage téléphonique – Une seconde manifestation de cette détermination du contenu de la norme par le professionnel réside à l'article L. 223-1 du Code de la consommation. Modifié par une loi du 24 juillet 2020⁶, il a pour objet l'encadrement du démarchage téléphonique, en prévoyant notamment la possibilité pour le consommateur de s'inscrire sur une liste d'opposition à cette pratique, ou encore l'obligation

européenne et du droit national ainsi que *de toutes les normes techniques* ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné ».

¹ Ceux-ci sont définis par l'article L. 111-7, I du code de la consommation comme « toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »

² L. n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique.

³ Sur le caractère loyal de cette information et sur son exclusion de notre propos, cf. *supra* n°459, p.294, note 3.

⁴ Art. D. 111-6 et s., C. conso.

⁵ Art. D. 111-15, C. conso.

⁶ L. n° 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux.

pour le professionnel de faire contrôler par une autorité administrative la conformité de ses listes de démarchage.

En son sixième alinéa, l'article prévoit que « le professionnel [...] respecte un code de bonnes pratiques qui détermine les règles déontologiques applicables au démarchage téléphonique. Ce code [...], rendu public, est élaboré par les professionnels opérant dans le secteur de la prospection commerciale par voie téléphonique ». Absent de la première mouture du texte, cet alinéa renvoie ainsi aux professionnels concernés le soin d'élaborer certaines obligations qui s'imposeront à eux.

550. On notera une différence importante entre ces deux textes : si l'élaboration du code de conduite est individualisée, particulière à chaque professionnel concerné dans le premier dispositif, elle est collective dans le second puisqu'elle doit être effectuée par l'ensemble des professionnels du secteur. Cette différence peut s'expliquer par trois facteurs.

D'abord, par l'ampleur des sociétés concernées : alors que les plateformes comparatives concernées sont de taille importante et disposent ainsi vraisemblablement de moyens pour répondre individuellement à cette obligation, l'article L.223-1 s'impose à toute société pratiquant la prospection téléphonique, sans aucune exigence d'envergure, de puissance financière ou de rayonnement commercial.

Cette distinction peut ensuite se comprendre au vu des secteurs concernés : chaque plateforme comparative est confrontée à des enjeux bien distincts selon son domaine d'activité – la comparaison de titres de transport aérien n'implique pas les mêmes risques ou les mêmes problématiques que la comparaison de contrats d'assurance, par exemple ; en revanche, ce constat ne sied guère aux sociétés pratiquant le démarchage téléphonique puisque, malgré la diversité de leurs domaines d'activité, les risques pour le consommateur, notamment quant au respect de sa vie privée, restent similaires.

Enfin, il est probable que la différence quantitative de sociétés concernées entre les deux dispositifs puisse contribuer à l'explication, les sociétés pratiquant le démarchage téléphonique étant bien plus nombreuses que les plateformes comparatives recensant plus de cinq millions de visiteurs uniques par mois.

551. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Il est certes incontestable que ces textes disposent de champs d'application limités et qu'il n'est

aujourd'hui pas possible d'y voir un phénomène généralisé¹. Pourtant, malgré leurs différences, ces deux dispositifs manifestent bien une indexation du contenu de la norme sur la volonté du professionnel. Ce renvoi croissant à l'autoréglementation des professionnels traduit un changement de rapport de la norme consumériste envers le professionnel – qui pourrait d'ailleurs potentiellement se diffuser à l'avenir². Alors que celle-ci avait pour objectif premier de contraindre le professionnel en instaurant une discipline collective³, elle vient aujourd'hui à son soutien en lui imposant uniquement le respect de règles qu'il aura lui-même édictées⁴.

Cette « privatisation » de la norme est d'ailleurs dépourvue de toute exigence relative au contenu, au détail ou à l'intensité de ces obligations. Le législateur octroie ici un pouvoir normatif à certains acteurs économiques, sans aucune obligation de résultat de leur part hormis l'édiction formelle desdites « bonnes pratiques »⁵. Ce retrait du législateur est ainsi particulièrement inquiétant dans une matière où il agissait, historiquement, comme un garant de la protection du consommateur, imposant au professionnel une réglementation contraignante et souvent contraire à ses intérêts.

À ce phénomène s'ajoute l'éventuel octroi, au professionnel, du pouvoir de déterminer la portée de la norme.

¹ Bien entendu, le propos ne porte que sur le cas d'un législateur conférant valeur normative à un code de conduite. Le recours aux codes de conduite, de manière générale, par les professionnels est bien plus diffus.

² Sur la potentielle diffusion du recours à l'autoréglementation au sein du Code de la consommation, cf. *infra* n°726 et s.

³ Cf. *supra* n°383-385.

⁴ Sur le passage d'une discipline collective à individuelle, cf. *infra* n°626 et s.

⁵ Quoique différent, le deuxième alinéa de l'article L. 111-7-2 du Code de la consommation relève d'une logique similaire. Dans le cadre de leur obligation d'information, les plateformes numériques comparatives doivent préciser si les avis mis en ligne « font ou non l'objet d'un contrôle » et, le cas échéant, doivent indiquer « les caractéristiques principales du contrôle mis en œuvre ». Le législateur n'impose pas une norme de fond : il n'impose pas un contrôle systématique des avis. Le professionnel est simplement tenu d'indiquer si les avis ont été vérifiés ou non. Le législateur renonce ici encore à imposer un modèle de conduite et renvoie au consommateur le soin d'apprécier « par lui-même, le degré de confiance qu'il accordera aux avis mis à sa disposition » ce qui le place « en position d'arbitre » (S. BERNHEIM-DESVAUX, « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur - Les nouveaux défis du droit de la consommation », *JCP G* 2017, doctr. 841, n°18). Cela vaut d'autant plus que, comme cela sera ultérieurement analysé, l'article L. 111-7-1 ne dispose d'aucune sanction juridique « classique ». Seule la sanction réputationnelle, dépendante de la perception du professionnel par les consommateurs, vient en renfort de cette « obligation » (cf. *infra* n°594).

B. La détermination de la portée de la norme

552. Manifestations – Le législateur distille une seconde forme d’individualisation de la norme relative à sa portée. Ici, le professionnel se voit octroyer le pouvoir de déterminer, non plus le contenu de la règle, mais son caractère obligatoire ou facultatif.

Il en est ainsi au sein des articles L. 113-1 et 2 du Code de la consommation qui traitent de l’obligation d’information relative aux conditions sociales de fabrication des produits. Ceux-ci disposent que, si un consommateur « en fait la demande et [...] a connaissance d’éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux », le professionnel est tenu de transmettre toute information dont il dispose concernant l’organisation des chaînes de production, l’origine des matériaux, l’identité des fournisseurs, etc.¹.

Cependant, contrairement au fonctionnement habituel de ces obligations, la transmission des informations n’est aucunement obligatoire. En effet, si le professionnel « ne possède pas l’information demandée, il est [simplement] tenu d’en informer le consommateur à l’origine de la demande »². De surcroît, même dans le cas où il disposerait desdits éléments, la loi prévoit que « si la transmission au consommateur d’une information est de nature à compromettre gravement les intérêts stratégiques ou industriels du fabricant, du producteur ou du distributeur concerné par la demande, celui-ci peut décider de ne pas la transmettre à condition d’en motiver les raisons »³.

553. Une obligation très limitée – En somme, le professionnel n’est tenu ni de transmettre l’information, ni même de la posséder. L’effectivité et la normativité du dispositif sont ainsi modulées par la volonté du professionnel : seule cette dernière peut lui conférer force obligatoire.

On pourrait objecter à un cette analyse que l’article L. 113-2 prévoit tout de même une obligation de motivation du professionnel en cas de refus, si bien que son pouvoir n’est pas discrétionnaire. Il est vrai qu’il doit tout de même apporter la preuve de l’impossibilité de

¹ Art. L. 113-1, al. 1, C. conso.

² Art. L. 113-1, al. 2, C. conso.

³ Art. L. 113-2, C. conso.

transmettre l'information, s'il ne la possède pas ou si sa transmission compromet ses intérêts économiques. Malgré cela, cette obligation reste d'une intensité fort limitée.

D'une part, un professionnel ne souhaitant pas divulguer des informations sensibles et compromettantes relatives aux conditions de production n'aura tout simplement qu'à invoquer son ignorance en la matière. L'alinéa 2 de l'article L. 113-1 ne prévoit en effet aucune obligation spécifique à la charge du professionnel dans cette hypothèse.

D'autre part, dans la situation théorique où il souhaiterait appliquer fidèlement le dispositif, l'« obligation » de motivation se heurte à un obstacle d'ordre logique : comment le professionnel peut-il motiver un refus lié au caractère compromettant de l'information sans dévoiler, au moins partiellement, l'information elle-même ?

554. Les justifications d'un tel dispositif – Le caractère illusoire du dispositif est frappant. Sa vacuité n'est bien évidemment pas liée à une inattention du législateur. Deux justifications contradictoires peuvent être invoquées pour expliquer un tel dispositif.

D'un côté, on peut penser que le législateur opère ici par « petits pas ». Dans l'optique d'instaurer *in fine* un respect des droits fondamentaux des travailleurs tout au long de la chaîne de production, il opèrerait progressivement afin de familiariser les professionnels à l'obligation et de leur laisser le temps d'ajuster leurs pratiques.

De l'autre, et de manière plus cynique, on peut considérer que cette norme n'a qu'une fonction symbolique, dont l'objectif est de servir une certaine communication politique, sans avoir pour ambition d'instaurer *in fine* une véritable obligation de transparence relative aux conditions sociales de fabrication des produits. L'existence d'une telle obligation pourrait en effet affecter profondément les intérêts économiques des entreprises ayant délocalisé ou sous-traité à l'étranger leur appareil de production. De plus, une telle information pourrait avoir une influence déterminante sur les comportements de certains consommateurs qui, pour une partie d'entre eux, seraient dissuadés de consommer les produits¹. En somme,

¹ Face à l'importance de la problématique, le législateur ne s'est pourtant pas contenté de cette disposition. En effet, une loi du 27 mars 2017 a créé les articles L.225-102-4 et 5 du Code de commerce qui imposent aux entreprises de grande taille (comptant au moins 5000 salariés dans son sein et dans ses filiales) d'établir un plan de vigilance. Celui-ci doit comporter « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle [...] ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie » (art. L. 225-102-4, I, al. 2, C. com.). Concrètement, ces dispositions imposent à ces sociétés d'identifier et d'évaluer les risques que cause leur activité en matière de respect des droits humains et environnementale, de prévoir des actions d'atténuation de ceux-ci, de prévention des atteintes graves (art. L. 225-102-4, I, al. 4), etc. Le manquement à l'élaboration de ce plan peut entraîner l'engagement de la responsabilité de

l'établissement d'une véritable obligation de transparence en la matière semble peu probable, tant les intérêts économiques en jeu sont importants.

555. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Au-delà de ces considérations, il nous semble clair que la disposition relève bien du phénomène de subjectivation qui nous retient. En conférant à la volonté individuelle du professionnel le pouvoir de déterminer la portée d'une obligation d'information, la législation consommériste individualise la norme. Une fois de plus, la norme ne contraint plus le professionnel de manière impérative mais conditionnelle. Le constat d'un affaiblissement de la valeur d'équilibre consommériste s'impose donc.

Outre cette indexation du contenu et de la portée de la norme sur la volonté du professionnel, l'intention du professionnel, autrefois exclue, resurgit au sein de l'élément moral de certaines infractions.

§2. L'indexation sur l'intention du professionnel

556. Plan – La résurgence de l'intention du professionnel s'opère au sein des infractions de tromperie : directement dans l'élément moral de l'infraction éponyme (**A.**), d'une part, et dans la plus récente infraction d'obsolescence programmée (**B.**), d'autre part.

A. La tromperie, une infraction intentionnelle

557. Rappel – L'article L. 441-1 du Code de la consommation sanctionne le fait de tromper ou de tenter de tromper son cocontractant notamment sur l'essence du produit (sa nature, son

la société mère, et ce même si le dommage est causé par l'activité d'une de ses filiales. Cet article compense, de manière relative, la vacuité de la disposition consommériste qui nous retient. Même si le législateur n'impose aucune obligation de fond, il impose aux entreprises de prévenir et d'atténuer les risques d'atteintes aux droits humains ce qui constitue déjà un progrès. Cependant, outre les difficultés probatoires liées à la preuve du lien de causalité en cas de survenance d'un dommage (à ce sujet, cf. A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017. 1610, spéc. I.C.), le dispositif nous semble incomplet en l'absence d'une disposition s'imposant dans la relation avec le consommateur. Il aurait été possible d'imaginer un label informatif, comme en matière de produits biologiques ou faits maison (art. L. 122-19 et s., C. conso.), ou un label « punitif » devant être placé par le fabricant sur ses produits suite à une condamnation en la matière.

origine, sa composition, etc.), sa quantité ou sur la nature de son usage (risques, aptitude à l'emploi, etc.). Au cours de l'analyse, il a été démontré que la jurisprudence avait progressivement objectivé l'élément moral de la tromperie, le faisant muter d'une intention dolosive à une faute simple d'imprudence ou de négligence du professionnel¹.

558. Un retour de l'intention ? – Pourtant, dernièrement, la Cour de cassation a, dans plusieurs arrêts, semblé revenir sur ce mouvement d'objectivation en rappelant que l'infraction ne peut être constituée que si la preuve de l'intention dolosive du professionnel est rapportée.

559. Un arrêt de la chambre criminelle du 28 novembre 2017 en constitue un premier exemple². En l'espèce, une société de construction était chargée, dans le cadre d'un contrat avec un bailleur social, d'assurer la sécurité d'un chantier. L'exécution de cette mission est cependant confiée à des salariés ne disposant pas des qualifications nécessaires à ce type de fonctions, comme l'attestent des témoignages de salariés ainsi que certains registres. Par conséquent, la société et son dirigeant sont incriminés pour tromperie envers le bailleur social et condamnés sur ce point par la Cour d'appel.

Suivant sa jurisprudence antérieure, la Cour aurait dû valider cette décision en considérant que seule était déterminante la négligence du dirigeant pour caractériser l'élément moral de l'infraction. Cette négligence était en l'espèce difficilement discutable puisque l'absence de qualification des salariés semblait connue de tous. Pourtant, elle casse l'arrêt d'appel sur ce point, en jugeant l'argumentation des juges « insuffisant[e] pour caractériser l'intention frauduleuse imputée » au dirigeant.

Certes, comme cela a été noté³, il ne s'agit pas d'un cas « classique » de tromperie : la victime est une personne morale, non un consommateur, et porte sur une prestation de services. Cela ne doit pas, pour autant, entamer l'importance de la solution au regard de la jurisprudence antérieure.

¹ Cf *supra* n°259-261.

² Cass. crim., 28 nov. 2017, n°16-84.435 : *Dr. pénal* 2018, comm. 35, note J.-H. Robert.

³ J.-H. ROBERT, note préc.

560. Cet arrêt, qui semble rétablir, « après une longue éclipse, le caractère intentionnel du délit de tromperie »¹, est à rapprocher d'un second arrêt de la même chambre, en date du 27 mars 2018².

En l'espèce, une société vend des véhicules qui, peu de temps après leur acquisition par des particuliers, sont affectés par de sérieux problèmes mécaniques. Les juges d'appel en déduisent que leur kilométrage a été manipulé par les membres incriminés de la société afin de tromper les acheteurs et les condamnent pour tromperie.

L'arrêt d'appel va cependant être cassé, sur ce point, par la Cour de cassation qui estime les motifs de la Cour insuffisants « pour caractériser tant l'élément matériel de la tromperie, que l'intention frauduleuse imputée aux prévenus de ce délit ». De la même manière que dans l'espèce précédente, les juges du fond se voient reprocher une insuffisante caractérisation de l'intention frauduleuse du professionnel.

Force est d'admettre qu'ici la solution apparaît opportune en l'absence de preuve tangible d'une manipulation frauduleuse des véhicules. Pourtant, le fait que la Cour parle d'« intention frauduleuse », et non simplement d'élément intentionnel ou moral, confirme cette volonté des juges de réhabiliter l'intention comme substance de l'élément moral de l'infraction de tromperie.

561. Ces deux arrêts amorceraient ainsi potentiellement une résurgence de l'intentionnalité et, par conséquent, d'une subjectivité de l'élément moral de la tromperie rompant avec l'axiologie consumériste classique.

Il faut pourtant concéder que la jurisprudence en la matière reste instable et que les juges oscillent, selon les espèces, entre différentes conceptions de l'élément moral de l'infraction. Pour exemple, les juges de la chambre criminelle ont récemment présumé la mauvaise foi d'un professionnel, conformément à la solution classique³. Ces considérations tempèrent certes, mais n'occultent pas, l'importance des arrêts précités comme symptômes d'une évolution juridique et axiologique. Ces oscillations attestent, en outre, de la coexistence actuelle des deux axiologies, originelle et actuelle, au sein de la législation consumériste⁴

¹ J.-H. ROBERT, note préc.

² Cass. crim. 27 mars 2018, n° 17-81.984 : *RTD com.* 2018. 508, note B. Bouloc.

³ Cass. crim., 7 avr. 2021, n° 20-80.668 : *JCP G* 2021. 464, obs. J.-M. Brigand ; *Droit pénal*, juin 2021, 111, comm. J.-H. Robert ; *RTD com.* 2021. 668, note B. Bouloc.

⁴ Cf. *infra* n°609, n°700-701.

Cela vaut d'autant plus qu'à cette résurgence naissante de l'intentionnalité de l'infraction de tromperie, s'ajoute celle portée par la récente infraction d'obsolescence programmée.

B. L'obsolescence programmée, une infraction intentionnelle

562. Présentation de l'infraction – Par une loi du 17 août 2015¹, une nouvelle forme de tromperie fait son entrée dans le Code de la consommation, à l'article L. 441-2. Celui-ci interdit « la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques, y compris logicielles, par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie »². L'article définit l'obsolescence programmée comme le fait de commercialiser des produits d'une durée de vie limitée – obsolescence fonctionnelle – ou de rendre inaccessibles, sinon à retirer du marché, les pièces de rechange ou de remplacement – obsolescence indirecte.

Ce délit est donc constitué d'un élément matériel – le recours à des techniques visant à réduire la durée de vie – et d'un élément moral – le fait d'y recourir « délibérément », sciemment. L'obsolescence programmée est donc bien un délit intentionnel supposant que soit rapportée la preuve de l'intention du professionnel de limiter la durée de vie du produit.

563. Une infraction intentionnelle – À un élément matériel potentiellement complexe à déterminer, s'ajoute un élément intentionnel extrêmement difficile à prouver. En effet, en la matière, l'intention du professionnel n'est jamais univoque : le professionnel pourra alléguer que la pratique est motivée par une volonté d'assurer la sécurité du consommateur³, ou de diminuer les coûts de production en utilisant des composants bon marché et nécessairement

¹ L. n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

² La loi n°2021-1485 du 15 novembre 2021, outre l'ajout de l'incise relative aux techniques logicielles, a supprimé la fin de l'article qui précisait que la réduction de la durée de vie du produit devait avoir pour objectif d'augmenter son « taux de remplacement ». On pourrait considérer, à première lecture, qu'une telle modification est bienvenue dans le sens où elle simplifierait la preuve par le consommateur. Toutefois, cet effet ne semble qu'apparent dès lors que l'incise est implicitement contenue dans le reste du délit. En effet, quel autre objectif poursuivrait un professionnel réduisant délibérément la durée de vie de son produit, si ce n'est pousser le consommateur à en acquérir un nouveau ?

³ Pour exemple, la société Apple ne permettait pas au consommateur de changer lui-même la batterie des premières générations d'I-Phone en recourant à certaines techniques rendant extrêmement difficile voire impossible son remplacement. Du côté de l'entreprise, cela était officiellement motivé par un impératif de sécurité du consommateur pouvant se blesser, endommager le bien, etc. ; en revanche, il était évident que la pratique était guidée par une volonté de limiter la durée de vie du produit en obligeant au rachat d'un nouveau téléphone dès lors que la batterie – pièce la plus fragile au sein de ce type de produit – ne pouvait être remplacée. Pour un exposé plus détaillé de la pratique et des arguments de la marque, V. not. « Cash Investigation – La mort programmée de nos appareils », reportage diffusé sur France 2, 2015.

d'une faible durée de vie, ou par certaines contraintes techniques¹ ou, tout simplement, qu'elle résulte d'une inattention et que l'effet d'obsolescence n'était aucunement escompté. Comment alors le juge – si tant est que l'élément matériel soit prouvé – peut-il alors caractériser l'intention du professionnel de limiter la durée de vie du produit, lorsque celle-ci est toujours fuyante et équivoque ?

Force est de conclure, à l'instar d'une partie de la doctrine, que l'on est ici en présence d'un délit « virtuel »², utopique³, n'ayant pas vocation à bouleverser les pratiques des professionnels. Il incarne, en quelque sorte, ce nouvel esprit du droit de la consommation, plus préoccupé par l'incitation, la responsabilisation des professionnels que par leur sanction⁴.

564. Le droit à la réparation du produit – À cette première disposition, se sont plus récemment ajoutés les articles L. 441-3 à 6 qui visent à garantir, au consommateur comme au professionnel, la possibilité de réparer les produits dans l'optique de limiter leur remplacement⁵. L'article L. 441-3 prohibe ainsi « toute technique, y compris logicielle, par laquelle un metteur sur le marché vise à rendre impossible la réparation ou le reconditionnement d'un appareil ou à limiter la restauration de l'ensemble des fonctionnalités d'un tel appareil hors de ses circuits agréés ». En somme, l'article vise à garantir au consommateur le droit de prétendre à la réparation de son produit, sans avoir nécessairement recours aux services du professionnel.

À l'instar du délit d'obsolescence programmée, l'infraction est intentionnelle. Cela n'est pas expressément annoncé mais ressort de la lettre du texte. En effet, ce n'est pas l'impossibilité pour un tiers de réparer qui est sanctionnée ; c'est l'usage de techniques *visant* à rendre la réparation impossible. La nuance a son importance puisqu'une fois encore, il faudra établir que la technique utilisée n'a que cette visée, et qu'elle ne peut se justifier – ne

¹ Ce n'est pas nécessairement la mauvaise qualité de la pièce qui limite la durée de vie de l'appareil mais son agencement. Pour exemple, la société Samsung a été accusée d'utiliser, dans ses téléviseurs, des condensateurs bons marchés placés à proximité des radiateurs. La chaleur dégagée par ces derniers accélèrerait grandement l'usure desdits condensateurs. Pour un exposé plus détaillé de la pratique, cf. *Ibidem*.

² N. DUPONT, « Durabilité des produits et disponibilité des pièces détachées : où en est-on ? », *JCP E* 2016. 1004

³ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. Droit & professionnels, 5^{ème} éd., 2019, n° 325, p.196.

⁴ Cf. *infra* n°626 et s.

⁵ Dispositions issues de L. n° 2020-105 du 10 fév. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire ; complétée par L. n°2021-1485 du 15 nov. 2021. Pour un exposé et une analyse complète des enjeux et des incertitudes de ces textes, avant la loi de 2021, V. : C. DUBOIS, M. LEROUX-CAMPELLO, « L'obsolescence programmée a des petits frères ! », *D.* 2020, p.1412.

serait-ce que partiellement – par l’efficacité du produit, sa sécurité, certaines contraintes budgétaires, etc. L’équivocité de l’intention du professionnel risque donc, une fois de plus, de limiter grandement l’efficacité et l’effectivité du dispositif.

565. Conclusion du §2. – Une subjectivation de l’élément moral est en cours, tant au sein de l’infraction de tromperie que dans celles relatives à l’obsolescence programmée. Ce phénomène amorce un retour de l’intention au détriment de la faute simple, qui l’avait initialement supplantée dans la législation consumériste. Cette résurgence, si elle venait à se confirmer, signerait une fois encore un affaiblissement de l’équilibre consumériste.

566. Conclusion de la Section 1. – De multiples normes consuméristes sont traversées par un mouvement de subjectivation concrète, tant dans leurs contenus que dans leurs modalités de mise en œuvre. L’attitude des parties, leur intention ou même leur volonté se voit ainsi érigée en élément déterminant. L’analyse a cependant révélé que ce phénomène n’a pas le même sens selon qu’il a trait au consommateur ou au professionnel : là où subjectivation rime avec *limitation de la protection* pour le premier, elle s’apparente bien plus pour le second à une *limitation de ses obligations*.

Pour le consommateur, le phénomène émane d’abord de la sanction qui peut désormais lui être appliquée s’il détourne une protection des finalités prévues par le législateur. La sanction de l’abus de droit dans certains droits de rétractation, comme celle de la fraude dans la reproduction de la mention manuscrite dans le contrat de cautionnement entraînent la déchéance de toute possibilité de profiter des dispositifs usurpés.

La sanction des agissements nuisibles du consommateur procède d’une logique similaire. Il en est ainsi lorsque les juges sanctionnent sa faute civile délictuelle en cas de non-respect du formalisme précité ou dans le cadre de l’exercice du droit de rétractation prévu dans les contrats conclus à distance – quoique, dans cette dernière hypothèse, le consommateur ne soit pas totalement déchu de sa protection. Il en est encore de même lorsque la mauvaise foi du consommateur permet d’écarter le caractère abusif d’une clause qui, à défaut, serait réputée non écrite.

Quant au professionnel, le constat est bien différent. La subjectivation lui est profitable de deux manières. Premièrement, certaines normes sont dépendantes de sa volonté individuelle. Il arrive que le professionnel détermine librement le contenu de la norme qui

s'impose à lui : il en est ainsi lorsque le législateur impose aux plateformes comparatives ou aux professionnels pratiquant le démarchage téléphonique d'édicter des codes de bonnes pratiques. Parfois, le professionnel peut aussi déterminer la portée de la norme : cela ressort notamment de l'obligation de transparence relative aux conditions sociales de fabrication des produits.

La subjectivation prend en outre une autre forme à son égard : la limitation des possibilités de sanction. Avec la subjectivation naissante de l'élément moral des infractions de tromperie et d'obsolescence programmée, la répression est rendue plus complexe dès lors qu'une preuve de l'intention du professionnel doit être rapportée, là où elle ne semblait plus nécessaire.

L'ampleur de ce phénomène démontre, une fois de plus, l'affaiblissement de l'axiologie consumériste classique. Cela se confirme à l'analyse du même phénomène, cette fois ayant trait spécifiquement à la sanction.

Section 2. La subjectivation concrète de la sanction

567. Plan – La sanction constitue le bras armé de la norme. La subjectivation précédemment identifiée touche ainsi indirectement aux sanctions attachées aux dispositions atteintes. Pourtant, outre cet effet indirect, le phénomène vise parfois spécifiquement la sanction sans que la norme ne soit expressément modifiée : il sera donc question ici de la modulation des sanctions, indépendamment des dispositifs auxquels elles sont liées.

La subjectivation s'exprime doublement. Parfois, la sanction va dépendre de la volonté individuelle d'une partie, ou des deux parties (**Sous-section 1.**). D'autres fois, elle fluctue en considération de certaines circonstances particulières et concrètes, propres aux parties (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. L'indexation de la sanction sur la volonté individuelle

568. Plan – Les volontés individuelles des consommateurs comme des professionnels prennent une place grandissante dans le prononcé et la détermination des sanctions consuméristes. Celle du consommateur peut ainsi signer l'abandon de la possibilité de sanctionner le professionnel. En assouplissant les conditions de la renonciation à l'action en nullité du consommateur, les juges indexent le principe même de la sanction sur la volonté individuelle du consommateur (§1.).

Le phénomène ressort de manière plus nette du recours grandissant de la législation consumériste à la médiation comme mode de résolution des litiges. En incitant consommateurs et professionnels à la négociation, le droit de la consommation pose la rencontre des volontés individuelles comme un facteur privilégié de détermination de la sanction (§2.).

§1. L'assouplissement des conditions de renonciation

569. Rappel – Classiquement, le droit de la consommation n'autorise que de manière restreinte la renonciation du consommateur à sa protection. Celle-ci n'est possible qu'à une double condition : que la protection soit acquise – c'est-à-dire que les dispositifs soient respectés, signifiant une protection complète du consommateur– et que cette protection ait des effets temporels persistants¹. Suivant ces considérations, il avait notamment été établi que la violation par un professionnel d'un dispositif consumériste rendait impossible toute renonciation du consommateur, la protection n'étant alors pas acquise.

570. Un assouplissement jurisprudentiel – Pourtant, depuis plusieurs années, la Cour de cassation tend à revenir sur ce principe. Plusieurs arrêts récents ont, en dépit d'une indéniable violation du formalisme, admis la validité de contrats en les considérant comme ayant été confirmés, purgés de leurs vices, par le consommateur ayant renoncé à toute action en nullité.

Les litiges ayant été le théâtre de ces évolutions sont en substance similaires : conclu suite à un démarchage, un contrat omet certaines mentions obligatoires (le prix, les conditions

¹ Sur la renonciation dans la logique consumériste originelle, cf. *supra* n°362 et s.

d'exécution ou l'adresse du fournisseur, par exemple). En revanche, il contient une reproduction des articles de loi prescrivant au professionnel de faire figurer lesdites mentions. Le consommateur exécute le contrat et demande ultérieurement sa nullité en arguant du manquement au formalisme précontractuel¹.

Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que l'omission de mentions obligatoires suffisait à obtenir la nullité et qu'en aucun cas la reproduction desdits articles ne suffisait « à caractériser à la fois la connaissance du vice affectant l'acte nul et l'intention de le réparer »². La possibilité d'une confirmation n'était, cependant, pas formellement exclue.

C'est pourquoi il n'est guère surprenant que, par un arrêt du 14 novembre 2019, les mêmes juges refusent de prononcer la nullité en estimant « que l'acquéreur a pu avoir connaissance de l'irrégularité formelle affectant les mentions du contrat de vente [...] dans la mesure où la reproduction des différents articles du code de la consommation figure bien de façon identifiable et très apparente dans les conditions générales de vente, juste au-dessus du formulaire de rétractation »³. Le consommateur ayant exécuté le contrat et signé un bon de commande attestant de la conformité du produit à la commande, la Cour conclut qu'il a « entendu, en toute connaissance de cause, réparer le vice de ce contrat » et qu'il a ainsi renoncé à son action en nullité. La confirmation est admise mais sous des conditions strictes de forme : la reproduction, apparente et identifiable, des articles dans les conditions générales de vente et au-dessus du formulaire de rétractation.

Cependant, par trois arrêts des 21 octobre⁴, 9 décembre 2020⁵ et 31 août 2022⁶, la Cour s'affranchit – totalement ou partiellement – de celles-ci. Dans la première espèce, elle déduit la renonciation du consommateur de trois éléments : la signature par le consommateur d'un certificat attestant de l'exécution du contrat, l'envoi par le professionnel d'une facture

¹ Les arrêts susvisés ont tous été rendus sur le fondement du droit antérieur à la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et, notamment, de l'article L.121-23 (aujourd'hui L. 221-5) du Code de la consommation fixant les mentions obligatoires devant figurer dans un contrat conclu par démarchage.

² Cass. civ. 1^{ère}, 14 févr. 2018, n° 16-25.744 : *D.* 2019. 607, obs. N. Sauphanor-Brouillaud – Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2019, n° 18-11.751.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2019, n° 18-18.090.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, n°18-26.761 : *RTD civ.* 2020. 869, obs. H. Barbier ; *D. Act.*, 6 nov. 2020, obs. J.-D. Pellier. V. aussi : M.-O. BARBAUD, « Les outils du nouvel équilibre entre prêteurs et consommateurs dans le contentieux des crédits affectés », *D.* 2021 p.887.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2020, n°18-25.686 : *CCC* 2021. 32, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *D. Act.*, 13 janvier 2021, note J.-D. Pellier.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022, n° 21-12.968 : *D.*2022. 1516 ; *LEDC* oct. 2022, p.6, note M. Latina ; *JCP G* 2022, act. 1019, obs. J. Lasserre-Capdeville.

détaillée faisant figurer les mentions obligatoires omises dans le contrat et l'exécution du contrat. Aucune mention n'est faite de la reproduction des articles de loi, élément pourtant déterminant dans l'arrêt précédent de par son importance dans l'identification du vice par le consommateur.

Dans la deuxième espèce, la renonciation n'est déduite que de l'exécution du contrat et de la reproduction des articles « au verso du bon de commande, après les conditions générales de vente [...] dans des caractères de petite taille mais parfaitement lisibles ». De façon très similaire, l'arrêt rendu le 31 août 2022 énonce que « la reproduction lisible [...] des dispositions du code de la consommation prescrivant le formalisme applicable à ce type de contrat, permet au souscripteur de prendre connaissance du vice résultant de l'inobservation de ces dispositions ». Ainsi, « peu importe que le consommateur ait réellement pris conscience du vice du contrat : il suffit qu'il ait eu les moyens d'en prendre conscience avant d'exécuter le contrat »¹.

571. Indexation de la sanction sur l'individu-consommateur – L'évolution est de taille : la Cour de cassation assouplit les conditions de renonciation du consommateur à son action en nullité en présence d'une violation du formalisme consumériste, là où une telle renonciation était traditionnellement impossible².

Cela a d'abord pour effet de délier la sanction – autrefois automatique – du manquement du professionnel. Cette sanction est ensuite indexée sur la volonté du consommateur, et ce, malgré la protection imparfaite dont il a profité du fait de la violation du formalisme. Il se voit ainsi doté d'un pouvoir déterminant dans la possibilité que soit prononcée une sanction envers le professionnel fautif. Les dispositifs consuméristes ne semblent plus avoir tant pour sujet la collectivité des consommateurs que l'individu³, ce qui traduit un recul certain de l'effectivité de la protection et de l'axiologie consumériste originelle.

572. Une réduction de la protection – Même si on la considérait comme bienvenue en ce qu'elle replacerait l'individu-consommateur au centre de la législation, force est de constater que cette évolution s'opère à son détriment.

¹ M. LATINA, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022 (note préc.).

² Cf. *supra* n°362 et s.

³ Sur ce point, cf. *infra* n°630 et s.

D'une part, comme cela a été noté, certains « éléments tels que l'installation du matériel ou la remise de la facture, [...] n'apportent [...] aucune information sur les exigences légales applicables au contrat »¹ : l'oubli des mentions obligatoires n'est pas nécessairement compensé par une information juridique permettant au consommateur de saisir la ou les mentions manquantes.

D'autre part, même s'il a perçu le vice affectant le contrat, rien n'indique que le consommateur ait saisi les conséquences qu'aura son exécution. Comme cela a été soulevé, le consommateur « n'est-il pas exposé au piège d'une confirmation tacite, résultant d'une simple maladresse de sa part, consistant à exécuter même partiellement le contrat nul, exécution dont il ne mesurera pas la portée confirmative ? »².

Cette ouverture et cet assouplissement de la renonciation par le consommateur d'un contrat vicié menacent donc la cohérence des dispositifs informatifs précontractuels. En relativisant le caractère obligatoire de la norme et en assouplissant l'obligation du professionnel de s'y conformer, cette évolution réduit donc considérablement la protection du consommateur.

Si la volonté – réelle ou présumée – du consommateur peut suffire dans certains cas à empêcher toute sanction du professionnel, sa rencontre avec celle du professionnel peut être, en toute hypothèse, déterminante dans la fixation de celle-ci.

§2. *La négociation de la sanction*

573. La médiation – Depuis la directive du 21 mai 2013³, la médiation s'est durablement imposée en matière consumériste. Cette directive, fruit de plusieurs années d'un travail européen visant à développer le recours à cette méthode de résolution extrajudiciaire des

¹ M.-O. BARBAUD, « Les outils du nouvel équilibre entre prêteurs et consommateurs dans le contentieux des crédits affectés », *op. cit.*

² S. BERNHEIM-DESVAUX, *comm. Cass. civ 1^{ère}*, 9 déc. 2020 (*op. cit.*), CCC 2021. 32.

³ Dir. 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règ. (CE) n° 2006/2004 et la dir. 2009/22/CE.

litiges¹, a ensuite été transposée dans le droit national aux articles L. 611-1 et suivants du Code de la consommation, par une ordonnance du 20 août 2015².

Ces textes organisent le recours à la médiation, définie comme la procédure par laquelle « deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige »³. Elle est aujourd'hui grandement encouragée par la législation consumériste, ce dans l'optique de désengorger les tribunaux et de favoriser la résolution rapide des litiges.

À cette fin, la médiation est ouverte gratuitement à tout consommateur⁴, qui doit être informé, par le professionnel, de la possibilité d'y avoir recours⁵. Les parties pourront alors s'adresser, soit à un médiateur d'entreprise – rémunéré par le professionnel –, soit à un médiateur sectoriel ou un médiateur public, ceux-ci étant soumis au contrôle d'une commission de contrôle et d'évaluation⁶.

574. Une liberté – La médiation est ainsi conçue comme « un droit pour le consommateur et une obligation pour le professionnel »⁷. En principe donc, le recours à la médiation ne peut être imposé au consommateur. À ce titre, l'article L. 612-4 du Code de la consommation dispose qu'est « interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur en cas de litige à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge ». En outre, l'article R. 212-2, 10° présume simplement abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en [l']obligeant [...] à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

Le Code instaure donc une double sanction, sans s'expliquer sur leur articulation : la première disposition déclare nulle toute clause rendant obligatoire un recours préalable à la médiation ; la seconde présume simplement abusives les clauses prévoyant un recours

¹ Pour un historique des textes ayant mené à la directive du 21 mai 2013 : V. not. M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018, p. 329-330., n°213.

² Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative aux règlements extrajudiciaires des litiges de consommation.

³ Art. 21, L. n°95-125 du 8 fév. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

⁴ Art. L. 612-1, C. conso.

⁵ Art. L. 211-3, C. conso ; Art. L. 616-1, C. conso.

⁶ Art. L. 615-1 et s., C. conso.

⁷ Y. PICOD, N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021, p.594, n°739.

exclusif à une méthode de conciliation, quelles qu'elles soient, et bloquant tout recours au juge. Malgré la protection plus efficace de l'article L. 612-4¹, les juges de la Cour de cassation ont privilégié le fondement des clauses abusives. Au visa notamment de l'article R. 212-1, 10° précité, ils ont ainsi déclaré abusives des clauses imposant un recours à la médiation² ou à la conciliation³, alors même que cette obligation n'était pas exclusive et n'empêchait aucunement de saisir le juge en cas d'échec.

Il semble donc que la législation consumériste souhaite préserver la liberté d'action du consommateur d'avoir recours au procédé de la médiation, sans que celle-ci ne se transforme en une obligation ou qu'elle ne rime avec une abdication de son accès au juge.

575. Une obligation ? – Ce constat tranche pourtant frontalement avec certaines évolutions de la procédure civile, qui dépassent le strict domaine consumériste. Par une loi du 23 mars 2019, le législateur a rendu obligatoire le recours à une méthode de règlement extrajudiciaire du litige – ce qui inclut la médiation – lorsque le montant du litige est inférieur à 5000 euros, et ce sous peine d'irrecevabilité de la demande⁴. Les litiges consuméristes étant souvent de faible montant, cette évolution touche directement à la place de la médiation dans leur résolution. Cette voie tend ainsi à devenir une étape incontournable de la procédure.

La nouvelle disposition crée ainsi un paradoxe entre un législateur imposant, d'une main, le recours à la médiation, et sanctionnant, de l'autre, le professionnel qui s'octroierait un tel pouvoir.

576. Affaiblissement de l'équilibre consumériste – Par le recours à la médiation, le droit de la consommation confère aux volontés individuelles un pouvoir de négociation et de détermination de la sanction. Celle-ci n'est alors plus la résultante d'une procédure judiciaire et tend à devenir le fruit d'un accord de volontés entre les deux parties, aidées par un tiers médiateur.

¹ En ce sens, cf. J.-B. RACINE « Modes amiables de règlement des litiges », *in. Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 434.01 et s., spéc. n°434.45, p.1315-1316.

² Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-16.197 : *JCP G* 2018, 710, note G. Paisant ; *RDC* 2018, 583, note J. Julien. ; *RDC* 2018, 575, note C. Pelletier ; *Gaz. Pal.* 11 sept. 2018, n° 330b0, p. 39, S. Piédelièvre ; *D.* 2019, p. 615, N. Sauphanor-Brouillaud.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 19 janv. 2022, n° 21-11.095 : *CCC*, mars 2022, n° 3, n°54, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2022, 928, note J.-D. Pellier ; *LEDC*, mars 2022, p.5, note H. Kassoul – Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2022, n° 21-15.420.

⁴ Art. 4, L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, tel que modifié par la loi L. n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

La prépondérance croissante de la médiation constitue ainsi une rupture importante dans la philosophie consumériste. Comme nous l'avons rappelé à maintes reprises, le droit de la consommation avait pour vocation initiale de rétablir l'équilibre entre consommateurs et professionnels, dont la relation est considérée comme structurellement déséquilibrée. Partant de ce constat, il est fort surprenant de conférer aux parties la possibilité de négocier l'issue du litige qui les oppose : si le consommateur ne peut librement négocier un contrat et qu'il doit impérativement être protégé, comment peut-il librement consentir à un accord en cas de litige ? Le changement de paradigme est donc important puisque le prononcé de la sanction relève d'une logique différente de celle qui préside classiquement à l'application des dispositifs.

577. Le médiateur – On opposera à cette crainte la présence d'un médiateur dont le rôle permettra de garantir, ou du moins de limiter, les possibilités de domination du professionnel sur le consommateur. En vertu de l'article L. 613-1 du Code de la consommation, le médiateur doit être indépendant, impartial, accomplir « sa mission avec diligence et compétence » et conduire une procédure « transparente, efficace [et] équitable ». De nombreuses garanties sont mises en place par le législateur telles que l'obligation de signaler aux parties l'éventuelle présence de conflits d'intérêts¹, la création d'une commission d'évaluation et de contrôle de la médiation surveillant notamment les médiateurs avant² ou pendant³ l'exercice de leurs fonctions, etc. Cependant, sans diminuer l'importance de ces garanties, trois éléments font douter de l'existence d'une garantie infaillible d'une protection réelle du consommateur.

Tout d'abord, le médiateur n'est aucunement tenu d'assurer une protection du consommateur dans sa solution. Cela ressort du fait que les parties ne doivent pas impérativement appliquer la règle de droit au litige, puisque c'est dans cette dimension extralégale que réside l'intérêt du dispositif. Le médiateur peut bien évidemment s'inspirer de la norme mais, contrairement au juge, son objectif n'est pas d'en assurer le respect : son rôle est de faire aboutir les parties à un accord, qu'il résulte d'une application de la loi, d'un raisonnement en opportunité, ou en équité. On considère d'ailleurs généralement que le

¹ Art. R. 613-1, C. conso.

² Art. L. 615-2, C. conso.

³ Art. R. 615-7, C. conso.

médiateur « gagne à intégrer la dimension protectrice du consommateur dans le contenu de la solution »¹ mais qu'il n'y a pas vocation². En somme, appliquer la norme ou même simplement adopter une solution protectrice du consommateur ne constitue qu'un moyen, pour le médiateur, de faire aboutir les parties à un accord.

Ces considérations sont ensuite d'autant plus importantes que le juge est complètement absent de l'ensemble de la procédure et n'a aucun pouvoir de contrôle ou d'homologation de l'accord passé entre les parties³. À la « déjuridicisation »⁴, s'ajoute donc une déjudiciarisation des litiges consommateurs.

Enfin, plus spécifiquement, le statut des médiateurs d'entreprise interroge sur l'effectivité de la protection des intérêts du consommateur. L'article L. 613-2 du Code de la consommation ouvre la possibilité aux entreprises de se doter d'un service interne de médiation sous plusieurs conditions : une désignation faisant suite à une procédure transparente et collégiale, incluant notamment des membres d'associations de consommateurs, une interdiction du médiateur de travailler pendant trois ans suivant la fin de son mandat pour la société et l'absence de lien hiérarchique avec le professionnel. Le caractère strict des règles trahit une « véritable défiance »⁵ du législateur, conscient des risques de conflits d'intérêts induits par cette pratique. Malgré cela, il nous semble illusoire d'imaginer que l'impartialité d'un médiateur puisse égaler celle d'un juge. En effet, s'il n'y a certes pas de lien hiérarchique entre le médiateur et le professionnel, il y a indéniablement et nécessairement un lien financier entre eux, lien qui n'existe pas dans la relation avec le juge. Sans remettre aucunement en cause la probité des médiateurs, l'asymétrie de la relation du médiateur avec chacune des parties au litige ne peut entièrement être sans effet sur l'issue de la médiation.

578. L'indexation de la sanction sur la rencontre des volontés individuelles, ajoutée aux incertitudes liées au statut du médiateur menacent donc l'application de la norme

¹ J.-B. RACINE « Modes amiables de règlement des litiges », *op. cit.*, spéc. n°434.48, p.1318.

² C. AUBERT DE VINCELLES, « Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation », *RDC* 2012. 472.

³ M. LEROUX-CAMPELLO, *Les sanctions en droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 332., n°215. Cette absence de pouvoir de contrôle du juge trouve, toutefois, une exception à l'article L. 623-23 du Code de la consommation relatif à l'accord de médiation négocié entre le professionnel et une association de consommateurs dans le cadre d'une action de groupe. Dans ce cas seulement, le juge doit homologuer l'accord conclu et vérifier s'il est conforme aux intérêts des consommateurs concernés.

⁴ *Ibidem.*

⁵ J.-B. RACINE « Modes amiables de règlement des litiges », *op. cit.*, spéc. n°434.55, p. 1321-1322.

consumentiste et, par conséquent, la protection du consommateur. On peut ainsi s'interroger sur l'opportunité d'une déjudiciarisation croissante de la procédure, évidemment soutenue par des considérations financières¹. Finalement « si les tribunaux sont surchargés, la solution ne consiste-t-elle pas à leur donner les moyens de faire face à leur tâche ? »². Il a été justement souligné que « la création systématique d'organismes non-judicieux risque de créer une espèce de justice au rabais et d'être perçue par l'opinion publique comme l'aveu de l'inefficacité du système judiciaire »³.

Par l'assouplissement jurisprudentiel des conditions de la renonciation et le développement croissant du recours à la médiation dans les litiges consommateurs, la norme consommériste confère aux volontés individuelles du consommateur et du professionnel un pouvoir déterminant quant au prononcé et à la teneur de la sanction. Outre ce phénomène, la sanction tend progressivement à s'indexer sur des circonstances particulières touchant aux parties.

Sous-section 2. L'indexation de la sanction sur des circonstances particulières

- 579.** Le terme de circonstances doit être entendu comme tout élément ou toute donnée propre aux individus mobilisés dans la fixation de la sanction. Aussi divers soient-ils, ces éléments factuels ont en commun leur subjectivité et ainsi leur participation au phénomène de subjectivité. Cependant, contrairement aux développements précédents, le phénomène s'exprime indépendamment – et souvent en dépit – de la volonté des parties.
- 580. Plan** – Ces manifestations étant variées, il semble didactique de reprendre une classification éprouvée jusqu'alors en distinguant les circonstances propres à l'individu-consommateur de celles ayant trait à l'individu-professionnel. Cela s'impose d'autant plus que le rôle desdites circonstances diffère selon les cas : alors qu'elles déterminent de

¹ « La volonté affichée, par la mise en place d'une justice douce, de rapprocher celle-ci des citoyens et de "recentrer le juge sur sa mission essentielle", n'est donc pas dénuée d'hypocrisie. Elle correspond, au premier, à un souci d'économie judiciaire » (G. PAISANT, « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation. Variation sur *de minimis...* », *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.767, spéc. p. 777).

² J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, p.651, n°609.

³ *Ibidem*.

l'intensité des sanctions lorsqu'elles sont relatives au consommateur (§2.), les circonstances propres au professionnel conditionnent le prononcé même de la sanction (§1.).

§1. Le prononcé de la sanction déterminé par des circonstances propres au professionnel

581. Les amendes civiles – Les amendes civiles ont récemment fait leur entrée au sein de la législation consumériste¹. D'abord, par l'ordonnance du 29 septembre 2021 relative à la garantie de conformité², qui a créé deux amendes civiles sanctionnant tout professionnel ayant, de mauvaise foi, fait obstacle à la mise en œuvre de ladite garantie par le consommateur³. Ensuite, par l'ordonnance du 22 décembre 2021⁴, transposant la directive européenne « Omnibus » du 27 novembre 2019 ayant notamment opéré de nombreuses modifications dans le régime des clauses abusives, des pratiques commerciales déloyales et des obligations d'information des professionnels. Cette ordonnance crée ainsi deux amendes civiles distinctes : en matière de pratiques commerciales déloyales, d'une part⁵ ; en matière de clauses abusives, d'autre part⁶.

582. Plan – Ces deux ordonnances ajoutent, à des dispositifs préexistants, de nouvelles sanctions indexées sur des éléments subjectifs liés au comportement du professionnel. Quoiqu'elles diffèrent substantiellement – les premières indexent le prononcé de l'amende sur la mauvaise foi du professionnel (A.) alors que les secondes procèdent du recours continu

¹ Désignant « une amende édictée par une loi civile et prononcée par une juridiction civile » (G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022, p.60. V° *Amende civile*), ces sanctions visent à réprimer un comportement particulier. Leur qualificatif civiliste n'est donc qu'une indication procédurale et ne doit aucunement nous induire en erreur sur la fonction répressive de ces dispositifs. Cela vaut d'autant plus qu'en matière consumériste, le montant de ces amendes est versé au Trésor public et non au consommateur éventuellement victime, les dispositifs étant tous prévus « sans préjudice de l'allocation de dommages et intérêt ». Cela exclut de ces sanctions toute dimension d'indemnisation. Aussi, comme cela a été noté, « la critique usuelle, tenant à ce que l'amende civile est dépourvue d'effet d'incitatif pour la victime, peut être ici formulée à l'identique : elle ne présentera aucun intérêt pour le consommateur individuel » (S. BERNHEIM-DESVAUX, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs », CCC 2022, n°3, ét. 4, spéc. n°12).

² Ord. n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques.

³ Art. L. 241-5 et L. 242-18-1, C. conso.

⁴ Ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 transposant la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

⁵ Art. 132-1, A, C. conso.

⁶ Art. L. 241-1-1, C. conso.

à la pratique illicite (**B.**) –, le phénomène reste similaire et s'inscrit dans le mouvement général de subjectivation de la législation consumériste.

A. La mauvaise foi dans la mise en œuvre de la garantie de conformité

583. Rappel – Brièvement envisagée précédemment¹, la garantie de conformité impose au professionnel vendeur de délivrer « un bien conforme au contrat »², c'est-à-dire un bien conforme à ce qui a été convenu dans le contrat par les parties³, ou un bien « propre à l'usage habituellement attendu d'un bien de même type »⁴ et conforme aux attentes légitimes du consommateur. En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la « réparation ou [au] remplacement [du bien] ou, à défaut, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat »⁵. En cas de non-respect par le professionnel – lorsqu'il refuse de mettre en œuvre l'un de ces remèdes –, le droit de la consommation ne prévoyait aucune sanction spécifique autre que l'obligation d'exécuter son obligation de remise en conformité, ce qui limitait l'effet dissuasif du dispositif.

584. Un dispositif conditionné à la mauvaise foi du professionnel – Pour remédier à cette lacune, l'ordonnance du 29 septembre 2021 relative à la garantie conformité⁶ crée une amende administrative⁷ ainsi que deux amendes civiles. Au sujet de ces dernières, les articles L. 241-5 et L. 242-18-1 disposent que, « sans préjudice de l'allocation de dommages et intérêts, une amende civile peut être prononcée à l'encontre du vendeur qui fait obstacle de mauvaise foi à la mise en œuvre de la garantie légale de conformité »⁸. À une amende administrative pouvant être prononcée en toute circonstance, dès lors que le professionnel

¹ Cf. *supra* n°290-293.

² Art. L. 217-3, C. conso.

³ Art. L. 217-4, C. conso.

⁴ Art. L. 217-5, I, 1°, C. conso.

⁵ Art. L. 217-8, C. conso.

⁶ Ord. n°2021-1247 du 29 sept. 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques.

⁷ Art. L. 241-10, C. conso.

⁸ Le premier des textes a trait à la garantie de conformité dans la vente de biens alors que le second est prévu dans le cas de contrats de fourniture de contenus numériques.

ne respecte pas les modalités de mise en conformité du bien, peut s'ajouter une amende civile si la preuve de sa mauvaise foi est rapportée.

Aucun renseignement n'est toutefois donné, dans le texte, sur la teneur de celle-ci¹. À ce sujet, seul le rapport au Président de la République permet de préciser la notion en citant les hypothèses de « manquement délibéré » ou de « manœuvres dilatoires ». On pourrait déduire de ceci que la mauvaise foi se caractériserait par la volonté délibérée du professionnel de faire obstacle aux prétentions, qu'il sait légitimes, d'un consommateur.

En dépit de cette définition qui semble correspondre à l'esprit du texte, une interrogation demeure quant à l'appréciation de la mauvaise foi par les juges : se fera-t-elle *in abstracto* ou *in concreto* ? Il semble que la seconde option s'impose pour deux raisons. D'une part, cela serait conforme à la notion même de mauvaise foi, que l'on a identifiée comme intrinsèquement subjective et concrète². D'autre part, une telle approche correspondrait à l'esprit de l'ordonnance. En effet, l'appréciation *in abstracto* faciliterait, voire automatiserait, le prononcé de l'amende civile qui ferait ainsi doublon avec l'amende administrative précitée privant d'intérêt la distinction entre les deux sanctions³.

585. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Les juges devront caractériser *in concreto* la mauvaise foi du professionnel. Le phénomène de subjectivation est réel : une obligation commune à la collectivité des professionnels voit l'une de ses sanctions déterminée par le comportement, et surtout par la conscience, du professionnel. Il est bien évidemment louable de souhaiter le dissuader d'adopter certains comportements nuisant à l'effectivité de la protection consommériste. À ce titre d'ailleurs, l'amende administrative remplit parfaitement ce rôle tout en conservant la logique classique dans laquelle l'instauration d'une sanction uniforme vient au service d'une discipline collective des professionnels⁴. En revanche, bien qu'elle renforce la sanction, l'amende civile s'en

¹ Cette imprécision risque d'ailleurs de limiter l'espérance de vie du dispositif. Comme cela a été justement noté, « la rédaction des nouveaux articles L. 241-5 et L. 242-18-1 du Code de la consommation nécessiterait des précisions sur la définition de la mauvaise foi du vendeur ou professionnel qui devra être établie par le requérant [...] car le risque d'une QPC fondée sur le principe de légalité est bien réel » (S. BERNHEIM-DESSVAUX, « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », CCC 2021, n°11, comm. 174).

² Cf. *supra* n°117.

³ Si le défaut était caractérisé par la suite, l'appréciation *in abstracto* conduirait immanquablement à conclure à sa mauvaise foi. En effet, en se rapportant à un standard de professionnel moyen, les juges considéreraient probablement qu'il *aurait dû* avoir conscience de la nature du défaut dont se plaint le consommateur.

⁴ Cf. *supra* n°383-385.

éloigne et introduit une conception individuelle de la discipline¹ : l'absence de conformation à la norme ne suffit plus, il faut y ajouter une intention, une certaine volonté pour qu'un tel comportement donne lieu à sanction.

Outre la mauvaise foi du professionnel, certaines de ces nouvelles amendes civiles sont indexées sur un critère différent : la continuité du recours à certaines pratiques illicites.

B. Le recours continu à certaines pratiques illicites

586. De nouvelles amendes civiles. – L'ordonnance du 22 décembre 2021² crée deux nouvelles amendes civiles au sein du Code de la consommation.

En matière de pratiques commerciales déloyales – La première d'entre elles peut être prononcée en présence d'un recours continu à une pratique commerciale déloyale. L'article L. 132-1, A, prévoit ainsi le prononcé de l'amende dans deux hypothèses bien distinctes.

Le premier alinéa dispose qu'elle peut être envisagée, dans le cadre d'une coopération entre États membres de l'Union européenne, pour une infraction de « grande ampleur »³, « à l'encontre d'un professionnel qui a recours, de manière continue, à une pratique commerciale reconnue déloyale, au sens de l'article L. 121-1 [n'étant ni trompeuse, ni agressive], par une décision de justice devenue définitive à son égard ».

Le second alinéa, de son côté, prévoit la possibilité de prononcer l'amende « dans les mêmes conditions, à l'encontre d'un professionnel qui a recours, de manière continue, à une pratique commerciale reconnue déloyale au sens de l'article L. 121-1 » par une décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

¹ Cf. *infra* n°626 et s.

² Ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 transposant la dir. 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

³ *In extenso*, l'article vise toute « infraction de grande ampleur ou de grande ampleur à l'échelle de l'Union européenne, en application de l'article 21 du règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs ». En vertu de l'article 3 dudit règlement, une infraction dite de « grande ampleur » désigne une infraction « qui a porté, porte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs résidant dans au moins deux [trois] États membres » selon certaines conditions. Cette catégorie est à distinguer de celle de l'infraction « de grande ampleur à l'échelle de l'Union Européenne » qui désigne celle « qui a porté, porte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs dans au moins deux tiers des États membres représentant une population cumulée d'au moins deux tiers de la population de l'Union ».

En somme, si l'on résume cet article, le professionnel peut être condamné au paiement d'une amende civile sous deux conditions : l'existence d'une pratique commerciale déloyale de grande ampleur – c'est-à-dire touchant plusieurs États membres de l'Union européenne – et ayant déjà fait l'objet d'une décision de justice ; un recours de manière continue à cette pratique.

En matière de clauses abusives – Prévues à l'article L. 241-1-1, cette amende « peut être prononcée à l'encontre d'un professionnel qui, dans les contrats proposés ou conclus avec des consommateurs ou des non-professionnels, continue de recourir, dans des contrats identiques, à des clauses contractuelles qui ont été jugées abusives, au sens de l'article L. 212-1 à l'exception de son quatrième alinéa, par une décision de justice devenue définitive à son égard »¹. Ici, le législateur n'a pas introduit une condition relative à l'ampleur de l'infraction. En revanche, on retrouve le même critère de continuité du recours à la pratique illicite.

587. Un critère commun – Aussi distincts que soient leurs domaines, ces deux sanctions partagent un critère commun de continuité. Il est vrai que l'on note une légère différence rédactionnelle entre les deux dispositions : la première mentionne un « recours de manière continue » à une pratique commerciale déloyale après une décision de justice ; la seconde sanctionne le fait de « continue[r] de recourir » à des clauses abusives. On pourrait ainsi estimer qu'il s'agit de deux critères distincts : alors que la seconde formulation désignerait l'hypothèse d'un professionnel n'ayant jamais interrompu ladite pratique, avant comme après sa condamnation, la première inclurait également la situation de celui qui se raviserait un temps, après sa condamnation, mais reprendrait ultérieurement sa pratique, sur une certaine période.

Il nous semble toutefois qu'une telle interprétation accorde bien trop d'importance à ce qui semble n'être qu'une maladresse rédactionnelle du législateur. Celui-ci a, semble-t-il, entendu ces deux formulations comme une seule : la persistance du recours à une pratique illicite après une condamnation.

¹ Art. L. 241-1-1, al. 1, C. conso.

588. Subjectivation et affaiblissement de l'équilibre consommériste – Ces deux amendes sanctionnent ainsi le comportement récidiviste du professionnel. Comme cela a été justement relevé, « ce n'est pas directement le fait de commettre une telle pratique qui est lourdement sanctionné mais l'attitude du professionnel qui poursuit une pratique commerciale antérieurement jugée déloyale »¹ ou son utilisation de clauses déjà déclarées abusives. Il ne s'agit pas tant de sanctionner la pratique *per se* puisqu'elle a déjà été sanctionnée par le passé et que rien n'exclut, dès lors, d'obtenir une nouvelle condamnation ; il s'agit plutôt de sanctionner la persistance du professionnel dans le recours à certaines pratiques. La sanction est donc imprégnée de subjectivité en ce qu'elle est entièrement fondée sur le comportement du professionnel.

Toutefois, il est notable qu'ici cette subjectivation ne s'effectue pas au détriment de la protection du consommateur. Ces nouvelles sanctions viennent en renfort de dispositifs préexistants, ce qui en accroîtra potentiellement l'effectivité.

Si certaines circonstances particulières à l'individu-professionnel vont déterminer le prononcé même de la sanction, la législation consommériste mobilise certains éléments particuliers relatifs au consommateur individuel pour en moduler l'intensité.

§2. L'intensité de la sanction déterminée par des circonstances propres au consommateur

589. Plan – Deux éléments particuliers relatifs au consommateur peuvent être déterminants : le préjudice subi, retenu comme critère dans la fixation de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, en cas d'erreur ou de défaut dans la mention du TEG, d'une part (**A.**) ; la perception du professionnel par les consommateurs dans le cadre des sanctions réputationnelles, d'autre part (**B.**).

¹ S. BERNHEIM-DESVAUX, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs », *op. cit.*, spéc. n°16.

A. *Le préjudice individuel subi par le consommateur*

590. L'ordonnance du 17 juillet 2019 – Alors que le droit de la consommation n'a classiquement pas une fonction réparatrice des préjudices individuellement subis par les consommateurs¹, l'ordonnance du 17 juillet 2019 relative aux sanctions civiles applicables en cas de défaut ou d'erreur du taux effectif global remet en cause ce paradigme.

Avant celle-ci, deux sanctions coexistaient selon le type de vice : la nullité de la clause et la substitution du taux légal, d'une part ; la déchéance du droit aux intérêts, d'autre part². Dans une optique de simplification, l'ordonnance leur a substitué une sanction unique : en cas de défaut ou d'erreur dans la mention du taux effectif global, dans les documents précontractuels ou dans le contrat, le professionnel encourt la déchéance de son droit aux intérêts, « dans la proportion fixée par le juge, au regard notamment du préjudice pour l'emprunteur »³. Initialement cantonné aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance – soit le 18 juillet 2019 –, ce nouveau régime a été étendu en jurisprudence aux contrats conclus antérieurement à cette date⁴.

591. Le préjudice subi par l'emprunteur – À une sanction objective et automatique (la nullité de la clause ou la déchéance totale) succède une sanction notamment indexée sur le préjudice subi par l'emprunteur. Celui-ci résiderait, selon les juges de la Cour de cassation, dans la privation « d'une chance de souscrire le contrat de crédit en connaissance du taux effectif global de celui-ci »⁵. Dans la grande majorité des cas, ce préjudice est d'importance très faible, ce qui ne pousse pas les emprunteurs victimes à agir. Faire du préjudice individuel un critère de fixation du *quantum* de la sanction pose ainsi un premier problème d'effectivité de la norme, car celle-ci risque de rester lettre morte, faute de réel intérêt pour les

¹ Cf. *supra* n°392-396.

² Pour un exposé plus détaillé du régime, cf. *supra* n°340.

³ Art. L. 341-1, L. 341-4, L. 341-25, L. 341-26, L. 341-34, L. 341-54 et L. 341-48-1, C. conso.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2020, n° 18-24.287 : *D.* 2020. 1440 ; *ibid.* 1434, note J.-P. Sudre ; *ibid.* 1441, note J.-D. Pelletier ; *ibid.* 2021. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *ibid.* 594, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2021. 223, obs. J. Moreau ; *RDI* 2020. 448, obs. H. Heugas-Darraspen ; *AJ contrat.* 2020. 387, obs. F. Guéranger ; *RTD civ.* 2020. 605, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020. 693, obs. D. Legeais – Cass. com. 24 mars 2021, n° 19-14.307 et 19-14.404 : *D. Actu.* 8 avr. 2021, note J.-D. Pelletier ; *Gaz. Pal.* 2021, n°16, p.33, note C. Berlaud - Cass. civ. 1^{ère}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316 : *D.* 2021. 1716 ; *RTD com.* 2021. 894, note D. Legeais ; *JCP G* 2021. 1168, comm. S. Pellet.

⁵ Cass. com. 24 mars 2021, n° 19-14.307 et 19-14.404 : *op. cit.* De manière plus anecdotique, ce préjudice peut aussi consister dans des pertes ou des difficultés budgétaires liées à des prédictions financières faussées.

consommateurs à agir dans la mesure où ils ne peuvent espérer, « au mieux, qu'une victoire à la Pyrrhus »¹.

En outre, si le préjudice guide le juge dans le prononcé de la sanction, on peut en déduire que, contrairement à la logique consumériste classique, la déchéance n'a plus tant une fonction sanctionnatrice que réparatrice. Il s'agit désormais de réparer le préjudice subi par l'emprunteur, préjudice résidant, dans la majorité des cas, dans cette privation d'une chance de souscrire le contrat au taux annoncé. En somme, cela reviendra probablement à un réajustement du taux réel sur le taux annoncé² puisque, sauf cas exceptionnels, le préjudice du consommateur ne réside que dans cet écart entre les taux. Dès lors, à l'aune de ce seul critère, rien ne dissuade réellement le professionnel d'annoncer volontairement des taux erronés, la sanction n'étant plus punitive.

592. Une pluralité de critères – La considération du préjudice du consommateur n'est toutefois pas le seul critère devant guider le juge. L'étendue de la déchéance doit, en effet, être fixée « au regard *notamment* du préjudice subi par le consommateur ». Comme l'indique l'utilisation de l'adverbe « notamment », et comme le reconnaissent tant le législateur³ que la doctrine⁴, ce préjudice ne constitue donc pas l'unique critère devant guider l'appréciation du juge.

Pourtant, aucune indication n'est donnée par le texte sur les autres critères potentiels. Les récents arrêts de la Cour de cassation en la matière invitent à prendre en compte « la gravité du manquement commis par le prêteur »⁵ : la déchéance croîtrait proportionnellement avec l'importance de l'erreur commise par le professionnel. En cas de défaut de mention du taux, il serait alors envisageable que le juge prononce la déchéance totale.

Pourraient aussi être pris en compte les condamnations antérieures du professionnel, les dispositifs mis en place pour atténuer le préjudice subi par le consommateur, voire même la bonne foi du professionnel en présence d'une erreur minimale ou limitée à certains documents.

¹ S. PELLET, comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316, *op. cit.*, spéc. p. 2032.

² Pour exemple, le consommateur ayant conclu un contrat de crédit mentionnant un TEG de 1,76% et dont le TEG réel est de 1,78% pourrait obtenir un retour au taux de 1,76% annoncé lors de la conclusion du contrat. Pour une opinion similaire : cf. not. S. PELLET, comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316, *op. cit.*, spéc. p. 2032.

³ Le Rapport au Président de la République reconnaît que « si le juge est appelé à prendre en compte le préjudice subi par l'emprunteur pour déterminer le niveau de la sanction, son pouvoir d'appréciation n'est pas limité à ce seul préjudice ».

⁴ En ce sens, V. not. : J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « L'adoption d'une sanction unique aux manquements liés au TEG/TAEG », *JCP E* 2019, act. 574, spéc. n°10 ; D. LEGEAIS, Chron., *RTD com.* 2019. 741 ; X. DELPECH, « Un nouveau régime de sanctions en cas de défaut ou d'erreur du taux effectif global », *AJ Contrat* 2019, p. 361.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2020, n° 18-24.287 : *op. cit.* – Cass. civ. 1^{ère}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316 : *op. cit.*

Quoiqu'incertaine, cette pluralité de critères tempère donc partiellement l'importance du préjudice subi par l'emprunteur dans le prononcé de la sanction.

593. Affaiblissement de l'équilibre consommériste – Malgré cette nuance, la subjectivation de la sanction est ici indéniable. Le juge est invité à personnaliser le *quantum* de celle-ci notamment en fonction de la circonstance individuelle et concrète qu'est le préjudice subi par le consommateur. Cette indexation de la sanction sur une circonstance subjective traduit un affaiblissement certain de la valeur d'équilibre consommériste au sein du droit de la consommation.

Bien que la volonté de simplification ressortant du texte soit louable, ce nouveau régime nous semble critiquable à deux titres. D'une part, au titre de son absence de tout caractère dissuasif pour le professionnel en ce qu'il rend la sanction malléable, incertaine et potentiellement dépourvue de conséquences négatives majeures¹. D'autre part, en considération de son caractère dissuasif pour un consommateur, qui n'est pas certain d'obtenir une compensation à la hauteur de l'effort fourni par l'introduction d'une action en justice.

La législation consommériste contemporaine tend, en outre, à faire varier la sanction selon la perception que les consommateurs ont du professionnel.

B. La perception du professionnel par les consommateurs

594. Sanctions réputationnelles complémentaires – Le droit contemporain de la consommation est le siège d'un essor important des sanctions réputationnelles, couramment dénommée « *name and shame* »². Ces sanctions réputationnelles, qui incluent toutes les

¹ Cette évolution est d'ailleurs à replacer dans un mouvement jurisprudentiel plus large d'assouplissement des obligations pesant sur le professionnel du crédit. En effet, qu'il s'agisse de la tolérance des juges quant aux erreurs de calcul du TEG (V. not. M. MOREAU, J. MOREAU, O. POINDRON, « Qui craint (encore) le grand méchant taux effectif global ? », *AJ contrat*. 2020, p.462) ou de la souplesse dont ils font preuve dans l'appréciation du respect du formalisme précontractuel (D. FENOUILLET, « Informations sur les caractéristiques essentielles du contrat de crédit à la consommation », *RDC* 2021. 68), la Cour de cassation semble faire preuve d'une certaine complaisance à l'égard du professionnel fautif, symptomatique d'une mutation des finalités du droit de la consommation (cf. *infra* n°626 et s.).

² Pour une présentation d'ensemble de la notion et de son évolution : N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.* 2017. 473. Pour une discussion sur le développement et la perception de ces sanctions par les acteurs économiques et juridiques, V. les propos échangés à l'occasion de la 4^{ème} table ronde du séminaire portant sur « Les sanctions réputationnelles », ayant eu lieu le 9 mai 2022,

sanctions visant à porter atteinte à la réputation, au crédit, à la confiance placée en une personne, sont classiquement présentes dans la législation consumériste sous la forme de mesures d’affichage et de diffusion des décisions de condamnation¹. Ces peines complémentaires, attachées à une peine principale d’emprisonnement et/ou d’amende, peuvent être prononcées dans une multitude d’infractions dont l’énumération s’avèrerait fastidieuse². On pourra citer les pratiques commerciales trompeuses³ et agressives⁴, les délits de tromperies⁵ ou d’obsolescence programmée⁶, ou encore les cas d’atteintes à l’intérêt collectif des consommateurs⁷. Dans ces infractions, le juge peut – ou même doit, en matière de pratiques trompeuses et agressives – ordonner l’affichage ou la diffusion d’une décision, selon des modalités qu’il aura fixées (durée de la publication, lieu matériel ou virtuel de celle-ci, contenu, etc.).

595. Sanction réputationnelle principale – À cet arsenal déjà conséquent, s’est ajoutée, au cours des dernières années, une nouvelle forme de sanction réputationnelle, cette fois prévue à titre de peine principale. Nous avons précédemment étudié l’article L. 111-7-1 ce texte qui prévoit l’obligation pour certaines plateformes comparatives en ligne d’établir un code de « bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté » s’imposant à eux⁸. À cette obligation est attachée une sanction réputationnelle : l’alinéa 2 du texte dispose, d’une part, que la DGCCRF peut procéder à des enquêtes visant à évaluer et comparer les pratiques des professionnels concernés ; il prévoit, d’autre part, la diffusion de ses résultats ainsi que la publication d’une liste des plateformes ne respectant pas leurs obligations. Ici, la sanction réputationnelle est la sanction principale. L’ensemble

organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l’université Paris II-Panthéon Assas dans le cadre de son cycle annuel de séminaires portant cette année-là sur : *Les sanctions en droit de la consommation* (D. FENOUILLET, T. GENICON (dir.)).

¹ Bien entendu, ces sanctions ne sont aucunement exclusives à ce pan du droit. Celles-ci se retrouvent notamment en droit de la concurrence (art. 8, L. n° 2014-790 du 10 juil. 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale), en droit fiscal (art. 16 et 18, L. n° 2018-898 du 23 oct. 2018 relative à la lutte contre la fraude) ou, en droit commercial suite au prononcé d’une amende administrative (art. L. 465-2, V, C. com.).

² Pour un inventaire de ces dispositions : M. LEROUX-CAMPELLO, C. DUBOIS, « Sanctions pénales : présentation des infractions et des peines » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz action, 2021-2022, 423.00 et s., spéc. n°423.162, p.1171-1172.

³ Art. L. 132-4, C. conso.

⁴ Art. L. 132-11, C. conso.

⁵ Art. L. 454-7, C. conso.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Art. L. 621-11 C. conso.

⁸ Cf. *supra* n°549-551.

du dispositif repose sur la crainte du professionnel de voir diminuer la confiance que les consommateurs auraient placée en lui.

596. La perception par le consommateur – Ces dispositifs traduisent un glissement d’une sanction juridique et prévisible à une sanction médiatique aux effets aléatoires dès lors que « le marché peut réagir, sur-réagir ou sous-réagir suite à une campagne *Name and Shame* »¹. En droit de la consommation, la gravité de la sanction va être extrêmement variable dès lors qu’elle se fonde sur la réception et la perception de l’information par les consommateurs : ceux-ci pourront éviter le produit ou les services du professionnel pour un temps, le boycotter indéfiniment ou ne rien changer à leurs habitudes² ; l’intensité pourra aussi varier temporellement, l’adoption d’un certain comportement par les consommateurs pouvant avoir une durée éphémère ou s’étendre considérablement. Il en résulte que, pour les professionnels, la sanction juridique est plus facile à anticiper que la sanction du marché, car « dans le premier cas un juge réalise un syllogisme juridique en confrontant des faits à une règle juridique alors que dans le second des agents économiques intègrent une information dans leur processus décisionnel »³.

Le recours aux sanctions réputationnelles démontre un glissement notable du rapport de la législation consumériste aux consommateurs. Ceux-ci, autrefois sujets de la protection, sont maintenant l’instrument de l’effectivité de ces dispositifs consuméristes⁴. Parallèlement, s’observe une mutation de la conception de la sanction du professionnel : à une sanction uniformisée dans son principe se substitue une sanction aléatoire faisant du droit de la consommation un droit à géométrie variable⁵.

597. Une subjectivation particulière – En faisant dépendre son intensité de la perception des consommateurs, la sanction est bien subjective. Cependant, contrairement à ses autres manifestations, la subjectivation ne réside pas ici dans l’indexation de la sanction sur un

¹ N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *op. cit.*

² Cette ineffectivité de la sanction peut être attribuée à des contraintes matérielles (l’information n’est pas parvenue aux consommateurs ou à une part assez importante d’entre eux) ou, plus simplement, à la réputation déjà établie du professionnel incriminé. En effet, un professionnel ayant déjà une réputation sulfureuse pâtira moins d’une telle sanction qu’un autre jugé plus vertueux.

³ N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *op. cit.*

⁴ Sur l’approche économique de la protection contemporaine du consommateur, cf. *infra* n°650 et s.

⁵ Sur ces points, cf. *infra* n°613 et s.

individu-consommateur mais sur l'ensemble d'entre eux. Cela ne revient pourtant pas à fonder la sanction sur la collectivité des consommateurs, telle qu'elle était conçue dans l'axiologie consumériste originelle¹. En effet, ici, la sanction est collective dans le sens où elle repose sur les perceptions de chaque individu-consommateur au sein de la collectivité : la collectivité n'est pas envisagée de manière globale, comme une entité à part entière, mais comme une multitude d'individus. Aussi, malgré cette différence au regard des autres manifestations du phénomène de subjectivation, le développement des sanctions réputationnelles constitue bien le marqueur d'un affaiblissement de l'équilibre consumériste.

598. Conclusion de la Section 2. – La subjectivation de la sanction s'oriente autour de deux grands axes.

D'une part, la sanction s'indexe, de manière croissante, sur la *volonté individuelle* des parties. Celle du consommateur, d'abord, qui acquiert un pouvoir grandissant de renonciation à la sanction, malgré la violation avérée des dispositifs consuméristes par le professionnel. La volonté conjointe des parties, ensuite, acquiert un pouvoir de détermination de la sanction au travers d'un encouragement – voire d'une contrainte – du législateur d'avoir recours, à la médiation, dans tout litige consumériste.

La sanction s'indexe, d'autre part, sur des éléments propres tant à l'individu-consommateur qu'à l'individu-professionnel. Le préjudice du premier va ainsi être érigé en variable déterminante du *quantum* de la sanction (dans le cas d'une erreur dans la détermination du TEG dans un contrat de crédit). Le développement des sanctions réputationnelles confère en outre à la *perception* que l'ensemble des consommateurs ont du professionnel un rôle décisif sur l'intensité d'une sanction.

Quant au professionnel, sa *mauvaise foi* ainsi que sa *persistance* à recourir à des pratiques déloyales ou à des clauses abusives constituent des éléments déterminants du prononcé même de nouvelles amendes civiles.

Cette subjectivation effrite l'objectivité et l'automatisme traditionnelle de la sanction consumériste. De surcroît, elle s'opère – hormis le cas des amendes civiles – au détriment de la protection du consommateur qui s'en trouve limitée et relativisée.

¹ Sur le caractère collectif de la protection consumériste traditionnelle, cf. *supra* n°390 et s.

Conclusion du Chapitre 2

599. L'individu, autrefois occulté au profit de la collectivité, semble progressivement prendre une place déterminante au sein de la législation consumériste. Celle-ci est en effet traversée par un mouvement de subjectivation concrète, au sens ici d'une indexation des dispositifs sur des éléments propres à un individu particulier, consommateur ou professionnel, tels que sa volonté, sa perception, son comportement, son intention ou sa conscience. Ce phénomène constitue le second indice d'un affaiblissement généralisé de l'équilibre consumériste comme valeur fondant le droit de la consommation

600. Cela a d'abord trait à la norme, dans son contenu, son intensité et son application. Certains dispositifs, qui profitaient autrefois uniformément à l'ensemble des consommateurs sont aujourd'hui modulés en fonction des agissements du consommateur. On peut maintenant lui opposer un *abus* de son droit de rétractation, ses agissements *frauduleux*, sa *faute* ou même encore sa *mauvaise foi*, lors de l'invocation d'un dispositif consumériste. Ces considérations subjectives interviennent toutes comme des limites à la protection du consommateur qui pourra être déchu de celle-ci. Fluctuante, cette protection se recentre ainsi sur l'individu au détriment de la collectivité.

De nombreuses obligations pesant sur le professionnel sont de même subjectivées. Certains dispositifs confient à sa *volonté* un pouvoir de détermination du contenu ou de l'intensité de la norme. Il en est notamment ainsi dans l'obligation d'information relative aux conditions de fabrication des produits ou lorsque le droit lui impose l'édiction de codes de bonnes pratiques. Son *intention* effectue ensuite une résurgence naissante au sein de l'élément moral des infractions de tromperie. Cela a pour effet de modifier l'architecture de ces infractions : elles ne recherchent plus tant à sanctionner le manquement du professionnel à un modèle de conduite préétabli, mais à sanctionner celui ayant *souhaité* outrepasser les prescriptions légales.

601. Au-delà de la norme *stricto sensu*, les sanctions ne sont pas épargnées. On observe ainsi un accroissement du pouvoir de la *volonté individuelle* quant à son prononcé même – par l'assouplissement des conditions de renonciation – comme dans sa fixation – par le recours croissant à la médiation. À cela, s'ajoute une indexation de nombreuses sanctions sur des circonstances particulières et subjectives propres aux parties : *préjudice individuel* subi par

le consommateur, *perception* qu'ont les consommateurs du professionnel, *mauvaise foi* de ce dernier, *continuité du recours* à certaines pratiques, etc.

CONCLUSION DU TITRE 1

602. L'analyse du droit contemporain de la consommation révèle de profonds changements ainsi qu'un éloignement progressif de ses racines axiologiques. Il est traversé par un phénomène transversal de subjectivation, c'est-à-dire de subordination de la norme, dans sa définition, son application ou sa sanction, à un ou plusieurs éléments subjectifs propres à un sujet, réel ou fictif.

603. Parfois, cette subjectivation repose sur la subordination de la norme à un standard moyen, fictif, façonné notamment à partir d'éléments subjectifs. Certes, l'analyse *in abstracto* n'est guère une nouveauté au sein de la législation consumériste ; cependant, ses standards étaient auparavant dénués de tout élément subjectif¹. Cette assertion ne peut toutefois plus être considérée comme absolue aujourd'hui.

Le phénomène de subjectivation *abstraite* émane principalement de la généralisation de la condition de déloyauté dans le droit des pratiques commerciales, issue de la directive du 11 mai 2005. Cette double condition n'agit pas de manière uniforme : simple condition supplémentaire à certains délits (tels que les pratiques commerciales trompeuses), elle s'impose comme l'unique condition nécessaire à la sanction de pratiques autrefois prohibées de manière absolue (notamment dans l'infraction de vente ou prestation de services subordonnée).

Outre l'alourdissement du fardeau probatoire du consommateur et la relativisation de certaines interdictions, la condition de déloyauté des pratiques commerciales opère une subjectivation de la norme : sa première composante (le manquement aux exigences de la diligence professionnelle) conditionne les interdictions à la perception qu'en ont les acteurs économiques du marché concerné ; sa seconde (l'altération substantielle du comportement économique du consommateur) subordonne la sanction de certaines pratiques au constat d'une atteinte effective à un sujet fictif, le consommateur moyen.

¹ Cf. not. *supra* n°304 et s.

604. À ce premier aspect du phénomène de subjectivation, s'ajoute un versant concret. La norme consumériste n'est alors plus indexée sur un standard subjectif mais *directement sur un individu particulier*, consommateur ou professionnel. Sa volonté, son comportement, son intention – pour ne citer qu'eux – deviennent des éléments cruciaux dans la détermination de la norme ou de la sanction.

605. Concernant la norme, cette subjectivation *concrète* s'exprime différemment pour le consommateur et pour le professionnel. Si elle limite la protection du premier, elle restreint bien souvent les obligations du second.

Aussi, le consommateur peut être déchu de certains dispositifs protecteurs en présence d'un abus de droit, d'une faute, d'une fraude ou lorsqu'il aura agi de mauvaise foi. La référence à ses agissements ou à son intention se fait nécessairement au détriment de la protection qui lui revenait autrefois de droit.

Dans le même temps, la prise en compte de la volonté individuelle du professionnel – dans la détermination du contenu ou de l'intensité de certaines normes – ou de son intention – dans l'élément moral de certaines infractions – conduisent à un assouplissement ou un allègement des obligations qui lui incombent.

606. Au-delà des normes, les sanctions subissent un même phénomène. Tantôt dépendante de la volonté individuelle du consommateur, tantôt de sa rencontre avec celle du professionnel, la sanction se teinte d'un certain volontarisme dans son principe ou dans ses modalités. Sa subjectivation s'exprime, en outre, par son indexation sur des circonstances subjectives, propres aux parties qui en détermineront le prononcé ou l'intensité.

607. La subjectivation du droit de la consommation constitue donc un mouvement *généralisé*, non en ce qu'elle modifierait l'intégralité des dispositions consuméristes, mais en ce qu'elle s'exprime de manière transversale et polymorphe dans l'ensemble du droit de la consommation.

Aussi diverses que ses manifestations puissent paraître, elles sont pourtant déterminantes d'une mutation axiologique à l'œuvre au sein de la législation consumériste. Ces évolutions recentrent en effet le droit de la consommation sur les individus et leur subjectivité, ce qui marque un certain effacement des caractères objectif, collectif et structurel de la protection

consument originelle. Cela démontre un *affaiblissement certain de la valeur d'équilibre consommériste* qui ne semble plus suffire à appréhender le sens et la fonction de la législation consommériste contemporaine.

Cela ne peut s'effectuer que par l'identification d'une nouvelle valeur : *l'équilibre individualiste*.

TITRE 2. L'AVÈNEMENT DE LA VALEUR D'ÉQUILIBRE INDIVIDUALISTE

608. Plan – Le double mouvement de subjectivation qui traverse l'actuel droit de la consommation traduit une profonde mutation axiologique. L'analyse révèle l'avènement d'une nouvelle valeur – l'équilibre individualiste – qui coexiste aujourd'hui avec l'équilibre consumériste originel.

L'identification de cette nouvelle valeur (**Chapitre 1.**) nous permettra de comprendre les évolutions de la législation consumériste et d'appréhender la particularité axiologique de la période de transition qu'elle traverse.

Pour l'heure, l'équilibre individualiste coexiste paradoxalement avec l'équilibre consumériste. La présence de cette nouvelle axiologie dépasse pourtant déjà les frontières du droit de la consommation, puisque l'on la rencontre aussi en droit commun et en droit de la concurrence. Il nous faudra ainsi nous interroger sur l'ampleur de la diffusion – actuelle et à venir – de l'équilibre individualiste, tant au sein, qu'au-delà de la législation consumériste (**Chapitre 2.**).

Chapitre 1. L'identification de l'équilibre individualiste

609. La coexistence des deux axiologies – Avant de nous plonger dans l'analyse de l'équilibre individualiste, il est impératif de garder à l'esprit que, malgré la prégnance croissante de cette nouvelle valeur, l'axiologie consumériste originelle n'est pas entièrement remplacée. Quoique considérablement affaiblie, elle n'a pas pour autant disparu.

Coexistent donc aujourd'hui, au sein de la législation consumériste, deux axiologies aux caractères et aux finalités distinctes. Cette cohabitation peut s'observer au sein d'une même catégorie de dispositions. Il en est ainsi en matière de pratique commerciale déloyale : si la définition de celles-ci constitue un indice capital de la mutation axiologique du droit de la consommation¹, le recours aux « listes noires » dans l'identification des pratiques commerciales trompeuses² et agressives³ constitue, par leur objectivité et leur impérativité, une manifestation de l'axiologie originelle⁴. De même, si la définition des clauses abusives traduit toujours la présence de l'équilibre consumériste, certaines évolutions récentes – tant légales⁵ que jurisprudentielles⁶ – relatives à son régime révèlent l'influence certaine de la version contemporaine de l'équilibre.

En outre, les deux axiologies sont occasionnellement hiérarchisées. En effet, de l'aveu des représentants de la DGCCRF⁷, un défaut d'information précontractuelle pourra être sanctionné administrativement, sur le fondement de l'article L. 111-1 du code de la consommation, ou pénalement, sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses s'il altère substantiellement le comportement économique du consommateur⁸. Aussi, alors qu'une information « substantielle » sera sanctionnée en vertu de sa déloyauté – et donc d'une axiologie subjective moderne –, l'absence d'une information « secondaire » sera

¹ Cf. *supra* n°457 et s.

² Art. L. 121-4, C. conso.

³ Art. L. 121-7, C. conso.

⁴ Sur ses caractères objectif et impératif, cf. *supra* n°351 et s., n°356 et s.

⁵ Cf. *supra* n°586 et s.

⁶ Cf. *supra* n°541 et s.

⁷ Cela ressort des propos de M. G. DAIEFF (Sous-directeur du droit de la concurrence, de la consommation et des affaires juridiques, DGCCRF) et M. P. GUILLERMIN (Chef du Droit de la consommation, DGCCRF) prononcés lors de la 3^{ème} table ronde du séminaire portant sur « L'effectivité des sanctions : mythes et réalités », ayant eu lieu le 8 avril 2022 et organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris II-Panthéon Assas dans le cadre de son cycle annuel de séminaires portant, cette année-là, sur : *Les sanctions en droit de la consommation* (D. FENOUILLET, T. GENICON (dir.)).

⁸ Sur cette notion, cf. *supra* n°483-485.

sanctionnée uniquement en vertu du manquement du professionnel – et ce, conformément à la logique traditionnelle de la valeur d'équilibre consumériste.

Une telle coexistence se comprend aisément puisque, d'une part, il s'agit d'un processus de mutation en cours et, d'autre part, le droit de la consommation est soumis à des influences diverses, tant nationales qu'européennes, qui n'agissent pas nécessairement de concert.

610. Un objet fondamentalement similaire – L'opposition entre ces deux valeurs n'est pourtant pas totale. Malgré de profondes différences, la valeur d'équilibre consumériste et celle d'équilibre individualiste ont un contenu fondamentalement similaire. En effet, *elles visent toutes deux à l'établissement d'un équilibre, tant technique qu'économique*, au sein d'un rapport entre professionnels et consommateurs, même si l'appréhension de ces catégories est bien différente¹. Que l'analyse porte sur les infractions propres à l'axiologie consumériste contemporaine – telles que les pratiques commerciales déloyales, par exemple – ou sur les évolutions des régimes de dispositions plus anciennes, le constat reste le même : le droit de la consommation vise toujours au rééquilibrage technique et économique d'un rapport de force opposant deux parties.

La nouvelle valeur emprunte donc une grande partie de son contenu à l'équilibre consumériste traditionnel. De la sorte, les analyses faites au sujet de celui-ci restent donc exactes au sujet de l'équilibre individualiste². Il ne nous reste donc plus, ici, qu'à souligner les différences qui les séparent, en analysant les caractères et les finalités de cette nouvelle valeur.

611. Un équilibre « individualiste » – Comme nous pouvons déjà le percevoir, cette nouvelle valeur privilégie une approche individualisée du rapport de force entre consommateurs et professionnels, au détriment de l'approche collective qui constitue traditionnellement la marque de la législation consumériste. Cette intuition se confirmant à l'analyse, le qualificatif d'« individualiste » s'impose pour désigner cette valeur en ce qu'elle accorde une certaine prééminence de l'individu sur le groupe.

¹ Cf. *infra* n°630 et s.

² Cf. *supra* n°279 et s.

- 612. Plan** – Pour identifier pleinement l'équilibre individualiste, l'analyse s'organisera, à l'instar du cheminement employé précédemment, autour d'un double raisonnement inductif. D'abord, de l'affaiblissement de l'axiologie consumériste originelle précédemment analysé, sera induit le caractère subjectif de la nouvelle valeur (**Section 1.**). Ensuite, de celui-ci, seront induites ses finalités (**Section 2.**)

Section 1. Le caractère subjectif de l'équilibre individualiste

- 613. Notion d'équilibre subjectif** – En droit civil, il est courant de parler d'équilibre subjectif pour désigner l'équilibre convenu par les parties au sein d'un contrat. Selon cette acception, un contrat est considéré comme équilibré dès lors qu'il a été valablement consenti, indépendamment de toute considération relative à son contenu ou à la relation entre les parties. Aussi, la subjectivité de l'équilibre qui caractérise l'axiologie consumériste contemporaine ne doit aucunement être entendue de la sorte.

Le terme de « subjectif » désigne ici ce « qui est propre à un sujet déterminé, qui ne vaut que pour lui seul »¹.

- 614. Un équilibre concret** – Bien que son contenu reste identique à celui de l'équilibre consumériste – assurer un équilibre technique et économique entre deux parties de forces inégales –, cette nouvelle valeur s'en distingue nettement. En effet, le droit de la consommation est classiquement hermétique à toute subjectivité : l'équilibre s'impose aux parties de manière abstraite et uniforme, indépendamment de toute considération subjective². À l'inverse, l'équilibre individualiste intègre de nombreux éléments concrets, issus du réel³. Il est polymorphe : sa définition et son application sont amenées à varier selon chaque situation, en fonction de considérations subjectives. Il rompt ainsi avec l'objectivité et l'impérativité de l'axiologie consumériste originelle.

¹ www.cnrtl.fr. V° « Subjectif », sens II., A., 1. (date de consultation : 01/10/2022).

² Cf. *supra* n°351 et s.

³ On entend bien évidemment ces termes (concrets, tangibles, etc.), non pas comme des éléments palpables ou matériels, mais simplement comme des considérations issues de la réalité du rapport consommateur-professionnel et de leurs comportements. Cela désigne, par exemple, la mauvaise foi du consommateur, l'existence d'un abus de droit, la commission d'une faute délictuelle, le besoin concret de protection, la déloyauté de la pratique du professionnel, etc.

615. Plan – La subjectivité de cette nouvelle valeur peut prendre deux formes. Elle peut, dans certains cas, être intrinsèque : ici, la définition, la substance même de l'équilibre est subjectivée. Dans d'autres hypothèses, seule l'application de l'équilibre est atteinte : celle-ci est conditionnée par des considérations subjectives.

En d'autres termes, alors que, dans la première forme, l'équilibre poursuivi par la norme est défini de manière variable et fluctuante (**Sous-section 1.**), dans la seconde, l'équilibre est bien fixé par avance, mais il se retrouve conditionné dans sa mise en œuvre par des éléments subjectifs et concrets (**Sous-section 2.**).

Quoique distinctes, ces deux hypothèses manifestent toutes deux la subjectivité de cette nouvelle axiologie qui n'a plus tant vocation à résoudre un déséquilibre structurel qu'un déséquilibre circonstanciel.

Sous-section 1. Une définition subjective

616. Notion – La définition de l'équilibre est dite subjective lorsqu'elle est, par essence, fluctuante et individualisée en fonction de chaque situation. Là où l'équilibre prescrit par le législateur était hier fixe et unique, il n'est plus défini autrement que de manière variable et changeante sous cette nouvelle forme. L'équilibre n'intervient plus ici comme un moule figé au sein duquel la relation des parties doit se fondre mais comme un patron voué à s'adapter sur-mesure à celle-ci.

617. Le standard de déloyauté – La manifestation la plus emblématique du développement d'une définition subjective de l'équilibre réside dans le standard de déloyauté des pratiques commerciales étudié précédemment¹. Il a été démontré que cette déloyauté et son développement ont été la source d'une subjectivation tant de l'élément moral que de l'élément matériel de l'infraction, dans le sens où – en résumant – le critère d'illicéité d'une pratique est indexé sur l'état de conscience et la perception d'un sujet fictif (voire réel dans certains cas).

Aussi, s'il est vrai que le régime des pratiques commerciales déloyales tend à prévenir les déséquilibres techniques entre consommateurs et professionnels, l'équilibre recherché ici

¹ Cf. *supra* n°469 et s.

est, par essence, variable. Il ne s'agit pas d'un modèle fixé *a priori* par le législateur – positivement ou *a contrario* – mais d'un standard mouvant. L'équilibre va fluctuer selon des circonstances subjectives telles que le consommateur visé, son information, le produit concerné, les agissements du professionnel, les pratiques acceptées parmi les professionnels du milieu, leur perception, etc.

Non seulement cet exemple de subjectivité est frappant par son évidence, mais il l'est aussi par son ampleur puisqu'il irrigue aujourd'hui l'ensemble du droit des pratiques commerciales¹. En d'autres termes, dans cette matière, l'axiologie consumériste ne repose plus sur un modèle d'équilibre fixe, figé et général ; seul un équilibre variable, subjectif et circonstanciel est recherché.

618. L'indexation de la norme sur la volonté du professionnel – Une seconde manifestation d'un équilibre défini de manière subjective ressort des normes indexées sur la volonté du professionnel, que sont l'obligation d'édicter un code de bonne conduite pour les professionnels opérateurs de plateformes en lignes ou ayant recours au démarchage téléphonique, ou encore l'obligation d'information sur les conditions sociales de fabrication des produits².

Bien qu'elles restent sous-tendues par le souhait de réduire le différentiel technique entre consommateurs et professionnels, force est de constater que le législateur renonce à prévoir un modèle d'équilibre fixe. En octroyant à la volonté du professionnel le pouvoir de refuser de transmettre une information au consommateur³, de déterminer les obligations qui lui incombent ou la manière de s'en acquitter⁴, le législateur le rend architecte de l'équilibre. Certes, il identifie les domaines devant faire l'objet d'un rééquilibrage mais, *in fine*, la volonté du professionnel définit les modalités de l'équilibre devant s'imposer dans sa relation avec le consommateur.

À cette subjectivité, ressortant de la définition même de l'équilibre, s'ajoute celle émanant des conditions d'application de cet équilibre.

¹ Sur l'étendue de cette condition de déloyauté, cf. *supra* n°459 et s. Sur la potentielle diffusion à venir de celle-ci au-delà des actuelles limites, cf. *infra* n°722 et s.

² Respectivement, cf. *supra* n°549 et s. et n°552 et s.

³ Dans le cas des articles L. 113-1 et 2 du Code de la consommation : cf. *supra* n°553.

⁴ Dans le cas des articles L. 111-7-1 et L. 223-1 du Code de la consommation : cf. *supra* n°551.

Sous-section 2. Des conditions d'application subjectives

619. Hypothèse – L'hypothèse est bien différente ici. Contrairement à ce qui précède, un certain équilibre fixe est bien prévu par la norme ; sa définition n'est pas amenée à varier. En revanche, son application va être conditionnée par un ou plusieurs éléments subjectifs. En d'autres termes, les exemples suivants répondent tous à une même logique : dans cette situation, l'équilibre est dû d'une manière bien précise, sauf si telle condition ne se vérifie pas.

Trois conditions ressortent tour à tour de l'analyse : l'intention dolosive du professionnel, le besoin de protection du consommateur et l'absence d'agissement nuisible de celui-ci.

620. Un conditionnement à l'intention dolosive du professionnel – Cette première condition émane du phénomène de subjectivation des éléments moraux des infractions de tromperie et d'obsolescence programmée¹. Si ces délits visent toujours à remédier à un déséquilibre technique², la subjectivation de leurs éléments moraux conditionne cet équilibre à la preuve d'un élément subjectif : l'intention dolosive du professionnel. Le modèle prévu par le législateur n'a donc vocation à s'appliquer qu'à cette condition.

Cela modifie profondément le sens de ces infractions et de l'équilibre garanti. En effet, implicitement, en l'absence de cette condition, le déséquilibre avec le consommateur n'est pas jugé assez important pour mériter une sanction. Le déséquilibre devant être corrigé ne semble plus structurel mais circonstanciel : sans preuve de l'intention dolosive du professionnel, il ne peut exister puisque les deux parties ignorent cette vérité et ont connaissance des mêmes informations erronées. Seule compte donc la réciprocité, de la connaissance ou de l'ignorance, indépendamment de toute considération relative à la vérité du produit, à ses qualités réelles. Dès lors que les deux parties ont une connaissance égale du produit – que les caractéristiques qu'elles lui attribuent soient avérées ou erronées –, l'équilibre est garanti.

¹ Cf. *supra* n°556 et s.

² Cf. *supra* n°285 et s.

621. Un conditionnement au besoin de protection du consommateur – En rupture franche avec la protection collective et structurelle qui lui est classiquement accordée¹, l'équilibre peut ensuite être conditionné à l'existence d'un besoin de protection du consommateur.

Il en est ainsi lorsque l'abus de droit est sanctionné dans le cadre de l'exercice du droit de rétractation prorogé suite à la conclusion d'un contrat d'assurance-vie. Dans cette hypothèse, l'abus n'est pas caractérisé au regard d'une intention de nuire. Il est sanctionné en vertu de l'utilisation du dispositif par le consommateur à d'autres fins que celle de remédier à un défaut d'information² ; ce détournement est apprécié au regard de la situation concrète du consommateur et de son niveau d'information. Une fois de plus, le caractère circonstanciel du déséquilibre corrigé resurgit : l'équilibre n'est dû qu'à la condition que le consommateur subisse *in concreto* un déséquilibre informationnel, duquel découle un besoin de protection.

Sans qu'il soit identique, l'assouplissement du formalisme manuscrit dans le contrat de cautionnement reposait sur une logique similaire³. Lorsque les juges refusaient de prononcer la nullité d'un contrat de cautionnement en présence d'une erreur dans la reproduction de la mention, ils ne le faisaient pas dans une optique de sanction, mais simplement en considération de l'absence d'un besoin de protection. En constatant que l'erreur ne perturbait pas la compréhension par la caution de son engagement, ils admettaient implicitement que, pour cette erreur, les cautions n'avaient pas besoin d'être protégées. Cet exemple diffère toutefois du premier en ce que le référentiel est ici abstrait : le besoin de protection n'est pas évalué à l'aune de l'individu, mais du standard qu'était la caution moyenne.

Il n'en reste pas moins que, dans ces deux cas, le consommateur est considéré comme assez informé, assez conscient des enjeux à l'œuvre pour que lui soit dénié le bénéfice des dispositifs consuméristes. L'équilibre est conditionné à un même élément subjectif – le besoin de protection – apprécié selon un référentiel différent.

622. Un conditionnement à l'absence d'agissement nuisible du consommateur – Hormis la sanction de l'abus, les hypothèses d'indexation de la norme sur l'individu-consommateur révèlent un troisième type de condition subjective : l'absence d'agissement nuisible de celui-

¹ Cf. *supra* n°386 et s.

² Cf. *supra* n°511 et s.

³ Cf. *supra* n°490 et s.

ci. De nouveau en rupture avec la logique consumériste classique, ce conditionnement joue un rôle de sanction. Ici, le consommateur est privé, totalement ou partiellement, du bénéfice des dispositifs consuméristes en raison de sa malveillance, de sa malhonnêteté ou, plus simplement, de son inattention. C'est le cas lorsque sont sanctionnés la faute ou la fraude de la caution lors de la reproduction de la mention manuscrite¹, l'usage fautif du bien avant l'exercice du droit de rétractation², ou encore lorsque la mauvaise foi du consommateur exclut la qualification d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties³.

623. Conclusion de la Section 1. – L'équilibre individualiste s'impose comme une valeur subjective. Cette subjectivité s'exprime de deux manières différentes.

D'une part, elle peut ressortir directement de sa définition. Contrairement à l'équilibre consumériste traditionnel, l'équilibre n'est *pas prévu et fixé substantiellement par le législateur* ; il n'existe ni un seul équilibre, une seule manière de le réaliser. Il en est ainsi en matière de pratiques commerciales déloyales, car l'équilibre prévu par le législateur n'est plus un modèle figé mais un ensemble d'indices amené à varier selon les situations. Il en est de même dans les hypothèses dans lesquelles le contenu et la portée de la norme sont indexés sur la volonté du professionnel : le rééquilibrage de la relation avec le consommateur va prendre une consistance différente en fonction de chaque professionnel.

La subjectivité de l'équilibre peut s'exprimer, d'autre part, de manière extrinsèque. Dans ce cas, l'équilibre devant régner entre consommateurs et professionnels est bien fixé par avance : un modèle de rapport de force vertueux est établi. Cependant, *son application est conditionnée à un élément subjectif*. Qu'il s'agisse de l'intention dolosive du professionnel, du besoin effectif de protection du consommateur ou de l'absence d'agissement nuisible de ce dernier, de nombreuses normes consuméristes sont désormais subordonnées à une condition subjective autrefois bannie de ce pan du droit.

À un équilibre consumériste unique et figé, succède ainsi un équilibre individualiste polymorphe et subjectif. L'axiologie consumériste contemporaine n'a donc plus tant pour objet de corriger un déséquilibre structurel mais bien *circonstanciel*.

¹ Respectivement cf. *supra* n°537 et s., n°526 et s.

² Cf. *supra* n°533 et s.

³ Cf. *supra* n°541 et s.

Cette subjectivité en rupture avec l'axiologie consumériste originelle atteste d'une mutation des finalités de la valeur d'équilibre.

Section 2. Les finalités de l'équilibre individualiste

624. Plan – Conformément à la méthodologie utilisée précédemment, l'identification du caractère subjectif de l'équilibre individualiste permet d'en déterminer les finalités¹. De nouveau, il faudra distinguer les finalités substantielles – ayant trait à la situation concrète des individus – (**Sous-section 1.**) des finalités axiologiques – celles poursuivies dans le domaine des valeurs et permettant de déterminer la dimension morale et/ou économique de l'équilibre individualiste (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. Les finalités substantielles

625. Plan – Comme rappelé précédemment, la nouvelle axiologie consumériste reste orientée vers l'instauration d'un équilibre technique et économique entre des acteurs économiques de forces inégales. Cet équilibre poursuit, comme l'axiologie originelle, des finalités disciplinaire et protectrice. Pourtant, alors que celle-ci se fondait sur une approche collective et structurelle, l'équilibre individualiste instaure une discipline individuelle (§1.) visant prioritairement à protéger l'individu (§2.).

§1. Une discipline individuelle

626. La mutation du rapport de la norme au professionnel – L'émergence de l'équilibre individualiste modifie le rapport de la norme au professionnel. La valeur traditionnelle d'équilibre consumériste, par son objectivité, instaurait un modèle de conduite impératif s'imposant de manière uniforme, par la contrainte, aux professionnels². Mais la contrainte ne constitue plus aujourd'hui la modalité exclusive du rapport entre la norme et le

¹ Cf. *supra* n°11-14.

² Cf. *supra* n°383 et s.

professionnel. L'axiologie contemporaine s'efforce en effet d'adapter la norme à celui-ci en ayant recours à une réglementation indicative, voire incitative.

627. De l'impératif à l'indicatif – On entend par réglementation indicative la norme désignant certains comportements comme potentiellement dangereux, sans les interdire de manière absolue. Elle indique la possibilité de sanctionner un comportement, sans le réprimer automatiquement *per se*. En ce sens, la norme octroie au professionnel des outils lui permettant d'évaluer sa conduite et de déterminer si ses actions sont conformes aux standards mouvants d'équilibre souhaités par le législateur, en prenant notamment en compte le contrat, le produit, la cible visée, etc.

La généralisation du standard de déloyauté incarne parfaitement ce nouveau rapport entre la norme et le professionnel. À ce sujet, il a été rappelé que l'édiction d'interdictions générales et absolues, en matière de pratiques commerciales, n'est plus envisageable puisque le critère de déloyauté s'impose comme « l'alpha et l'omega » de toute réglementation en la matière. Aussi, à l'exception des listes « noires », le législateur ne peut aujourd'hui adopter qu'une réglementation indicative, par laquelle il désigne certaines pratiques comme *potentiellement* répréhensibles, uniquement si elles peuvent être qualifiées de déloyales¹.

Plus discrètement, l'assouplissement des conditions de renonciation du consommateur constitue un second exemple de cette évolution². En permettant à un professionnel ayant objectivement violé le formalisme informatif précontractuel d'échapper à la sanction, du fait notamment de l'insertion du dispositif légal au sein du contrat, la norme renonce à imposer l'adoption d'un certain comportement. Elle devient indicative : elle indique simplement le comportement à adopter, sans attacher nécessairement une sanction en cas de non-conformation à celui-ci.

La législation consumériste tend ainsi à devenir un guide à l'usage du professionnel, et non plus un impératif de conduite figé. Ce passage de l'impératif à l'indicatif confère un pouvoir bien plus important au professionnel qui semble, aux yeux du législateur, le plus apte à déterminer les modalités de préservation de l'équilibre dans sa relation avec le consommateur.

¹ Cf. *supra* n°457 et s.

² Cf. *supra* n°569 et s.

628. De l'indicatif à l'incitatif – Ensuite, cette confiance dans l'action du professionnel peut même aller jusqu'à l'abdication de toute notion de contrainte. C'est le cas lorsque le législateur s'en remet directement à la volonté du professionnel pour moduler le contenu ou la portée de la norme. Dans ces hypothèses, la logique n'est plus indicative, mais ouvertement incitative : la norme ne contraint plus, elle suggère simplement l'adoption de certains comportements – l'information du consommateur sur le respect des droits fondamentaux dans la chaîne de production, par exemple¹ – ou, à tout le moins, une réflexion sur le comportement qu'il serait souhaitable d'adopter – notamment par l'édiction d'une liste de bonnes pratiques². L'« horizontalisation » du rapport entre le professionnel et la norme consumériste, déjà à l'œuvre dans le passage de l'impératif à l'indicatif, est ici à son apogée.

629. Du collectif à l'individuel – Ces évolutions marquent la transition progressive d'une discipline collective à une discipline individuelle. Là où la qualité de professionnel impliquait la conformité à un modèle de conduite unique, elle implique, en vertu de l'axiologie contemporaine, la conformité à un modèle de conduite variable et individualisé. Tout professionnel reste tenu de se soumettre à un ordre disciplinaire ; ce dernier n'est toutefois plus unique mais multiple. Il varie ainsi, d'une part, dans ses modalités de réalisation, dans la logique indicative : chaque professionnel peut se conformer à certaines de ses obligations d'une manière différente. D'autre part, la discipline qui s'impose au professionnel peut aussi varier dans son principe même : dans la logique incitative, il dispose du pouvoir de déterminer certaines obligations lui incombant.

La mutation axiologique à l'œuvre au sein de la législation consumériste modifie profondément la nature de l'ordre disciplinaire s'imposant au professionnel. Il en est de même quant à la protection qu'offre, classiquement, ce pan du droit au consommateur.

¹ Art. L. 113-1 et 2, C. conso. Cf. *supra* n°552 et s.

² Art. L. 111-7-1 et 221-3, C. conso. Cf. *supra* n°548 et s.

§2. Une protection individuelle

630. Plan – Il ne fait guère de doute que l'équilibre individualiste conserve une finalité protectrice. Elle diffère néanmoins de l'équilibre consumériste puisqu'elle ne protège plus la collectivité des consommateurs contre leur infériorité structurelle, mais bien l'individu en situation de faiblesse conjoncturelle (**A.**). Cette évolution modifie profondément la protection accordée au consommateur. Elle rend même possible l'ouverture de la protection à certains professionnels (**B.**).

A. Une protection de l'individu en situation de faiblesse

631. L'abandon d'une protection structurelle – L'équilibre individualiste protège encore le consommateur ; il n'est toutefois plus envisagé de la même manière. Alors qu'il était conçu comme une entité collective placée structurellement dans une situation d'infériorité qu'aucune circonstance subjective ne pouvait remettre en question, le consommateur est aujourd'hui appréhendé comme un individu placé en situation de faiblesse subjective¹. Cela est attesté par la variabilité de la protection qui lui est offerte : originellement uniformisée, elle est maintenant amenée à varier notamment selon son besoin de protection², les effets réels ou présumés d'une pratique sur lui³ ou même certains de ses agissements⁴. Le consommateur n'est donc plus protégé de manière structurelle : sa position économique ne suffit plus à justifier l'octroi de la protection consumériste. La situation concrète de l'individu qui s'en prévaut joue un rôle bien plus déterminant.

Cette brèche reste aujourd'hui relative, du fait de la coexistence des deux axiologies. Pourtant, en poussant cette logique à son extrême, peu importerait *in fine* la position économique des parties sur le marché ; seule compterait la position des parties l'une face à l'autre. En se recentrant sur l'individu concret et sa faiblesse dans son rapport contractuel, cette nouvelle axiologie privilégie une approche individualisée et subjective de la protection. Cette dernière n'est plus due ; elle se mérite⁵.

¹ Sur la distinction entre infériorité et faiblesse, cf. *supra* n°387.

² Cf. *supra* n°621.

³ Cf. *supra* n°617.

⁴ Cf. *supra* n°622.

⁵ Sur la potentielle diffusion et généralisation de cette conception de la protection, cf. *infra* n°703.

632. Cette évolution n'est, bien évidemment, pas sans conséquence sur l'effectivité de ce pan du droit, puisqu'elle n'a d'autre effet que de restreindre l'accès à la protection en la conditionnant. Tant sur le plan symbolique que probatoire, il nous semble que cela ne pourrait avoir d'autre conséquence que de dissuader les consommateurs de porter leurs litiges en justice.

L'objet de la protection ne réside donc plus dans l'infériorité structurelle mais plutôt dans la faiblesse subjective de l'individu. Le sujet de celle-ci est, par conséquent, restreint : de la protection de la collectivité des consommateurs, l'on passe à celle de l'individu. Une telle mutation explique l'ouverture des dispositifs consuméristes aux professionnels.

B. L'ouverture de la protection à certains professionnels

633. Plan – Alors que la protection structurelle du consommateur constituait le cœur de l'axiologie consumériste originelle, le droit de la consommation s'est ouvert, depuis plusieurs années, à la protection du professionnel, de manière expresse (1.) ou implicite grâce à la notion de non-professionnel (2.). Là où il en était exclu, indépendamment de toute considération circonstancielle et subjective, le professionnel peut aujourd'hui profiter d'un nombre croissant de dispositifs consuméristes dès lors qu'il se trouve *de facto* dans une situation de déséquilibre, qu'il atteste d'un besoin particulier de protection.

1. La protection expresse du professionnel

634. Rappel – Comme nous l'avons vu précédemment, la définition du professionnel a grandement évolué¹. A l'issue d'un long cheminement jurisprudentiel, le critère du rapport direct a supplanté le critère subjectif fondant la qualification de professionnel sur sa compétence. Par la suite, le législateur a préféré le critère de finalité : l'article liminaire du Code de la consommation dispose aujourd'hui qu'est professionnel, « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son

¹ Cf. *supra* n°232 et s.

activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Malgré leurs différences, le critère finaliste et celui du rapport direct ont en commun leur objectivité : dans les deux cas, seul compte le lien entre l'acte conclu et l'activité professionnelle ; ne sont donc pas prises en compte les compétences, la compréhension subjective par le professionnel de l'acte et de ses conséquences.

635. Plan – Pourtant, au sein du Code de la consommation, des hypothèses de protection expresse du professionnel fleurissent, de manière éparse mais certaine. Le professionnel y est expressément qualifié comme tel, sans détour par une autre notion, ce qui ne l'empêche aucunement de jouir de la protection normalement réservée aux consommateurs. Cela se matérialise par une protection du professionnel en qualité de victime (**a.**), mais aussi en qualité de partie faible au contrat (**b.**).

a. Le professionnel victime

636. Tromperie et falsification – La protection du professionnel par le droit de la consommation n'est pas un phénomène entièrement nouveau. Les infractions de tromperie et de falsification peuvent en effet avoir pour destinataire – et donc pour victime – un professionnel¹. Cela s'explique doublement.

D'une part, il s'agit de délits issus de la loi du 1^{er} août 1905. Bien que ce texte soit généralement présenté comme la première pierre apportée à l'édifice consumériste, une telle analyse semble anachronique puisqu'il ne vise qu'à réglementer les agissements des producteurs et des commerçants, à une époque bien antérieure à celle de la naissance de la société de consommation et des rapports économiques qui en ont découlé. Il n'est donc guère surprenant qu'elle ne fasse aucune mention de professionnels ou de consommateurs.

D'autre part, le maintien par le législateur contemporain de la généralité de ces incriminations n'a d'autre but que d'assurer leur effectivité : si la pratique atteint un professionnel, cela signifie qu'elle doit très probablement affecter un consommateur.

¹ Cela ressort de l'article L. 441-1 du Code de la consommation prévoyant que l'infraction de tromperie consiste à « tromper ou tenter de tromper le contractant » ainsi que de l'article L. 413-1 relatif aux falsifications qui ne cite pas la qualité de la victime de l'infraction.

637. Pratique commerciale trompeuse – Le cas des délits de tromperie et de falsification diffère de celui de pratique commerciale trompeuse. Par la loi du 21 février 2017 créant l'article L. 121-5 du Code de la consommation, le législateur rend ce délit applicable « aux pratiques qui visent les professionnels et les non-professionnels ». Outre leur possibilité d'agir comme concurrents victimes d'une pratique commerciale trompeuse pour les consommateurs, professionnels et non-professionnels peuvent maintenant agir lorsqu'ils sont eux-mêmes les victimes directes de cette pratique.

À l'instar des infractions de tromperie et de falsification, une telle extension peut être saluée, en ce qu'elle garantit une meilleure effectivité de l'infraction. Ce point n'est pas discutable. Mais les raisons ayant présidé à cette extension portent à une appréciation plus critique. Alors que tromperies et falsifications ont un champ d'application global en raison de leur ancienneté, la généralité de l'incrimination de pratique commerciale trompeuse ne peut pas s'expliquer par ce biais. L'extension de la protection démontre indéniablement une volonté d'aligner le statut des professionnels et non-professionnels sur celui des consommateurs. Cette législation devient ainsi indifférente à l'existence d'une relation professionnel-consommateur : le déséquilibre induit par la pratique trompeuse doit être sanctionné de manière générale, qu'il affecte un consommateur ou un professionnel. Cette indifférence au rapport de force consumériste signe, une fois de plus, l'abandon de l'impératif de résorption d'un déséquilibre structurel entre deux agents économiques, qui constituait classiquement le cœur de la législation consumériste.

Les pratiques commerciales trompeuses subissent ainsi des évolutions en apparence contradictoires : extension du champ d'application, d'une part ; restriction de l'incrimination par l'ajout de la condition de déloyauté, d'autre part¹. Ces deux mouvements – généralisation et subjectivation de l'infraction – ont pourtant en commun le recentrement du dispositif sur l'encadrement des pratiques commerciales dans un rapport interindividuel, au détriment d'une réglementation du rapport structurel entre consommateurs et professionnels.

Protégé en qualité de victime, le professionnel profite, dans certains dispositifs, d'une protection comme partie faible, au même titre que le consommateur.

¹ Cf. *supra* n° 464 et s., n°483 et s.

b. Le professionnel, partie faible

638. La protection des « petits professionnels » – Le Code de la consommation soumet les contrats conclus hors établissement¹ à un formalisme particulier² et offre aux consommateurs un droit de rétractation d'une durée de quatorze jours³.

La loi du 17 mars 2014 étend ce dispositif, en principe réservé aux consommateurs, « aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq »⁴. Deux conditions sont ainsi nécessaires pour profiter du formalisme et du droit de rétractation : un critère subjectif relatif à l'activité principale du professionnel, d'une part ; un critère objectif relatif au nombre de salariés employés, d'autre part.

Le premier critère fonde la protection exceptionnellement accordée au professionnel sur son activité principale. Sans le qualifier de consommateur, l'article introduit une distinction au sein de la catégorie de professionnel selon qu'il contracte au sein ou hors du champ de son activité principale. Ainsi, un professionnel agissant bien à des fins professionnelles – conformément à l'article liminaire du Code de la consommation – mais hors de son champ d'activité se voit octroyer une protection normalement réservée au consommateur.

639. L'appréciation jurisprudentielle – Si certains arrêts adoptent une approche objective du critère⁵, d'autres s'orientent délibérément vers une appréhension subjective fondée sur la

¹ Les contrats hors établissement se définissent comme les contrats conclus hors des lieux d'activité du professionnel. Cela recouvre ainsi les contrats conclus « dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle, en la présence physique simultanée des parties, y compris à la suite d'une sollicitation ou d'une offre faite par le consommateur », ceux conclus « dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément, présentes » ou encore les contrats conclus « pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur ». (Art. L. 221-1, I, 2°, C. conso.)

² Art. L. 221-1 et s., C. conso.

³ Art. L. 211-18 et s., C. conso. Cf. *supra* n°320 et s., n°516 et s., n°533 et s.

⁴ Art. L. 221-3, C. conso (issu de l'art. 9, L. n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation).

⁵ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022, n°21-11.455 : *D.* 2022. 1516 ; *LEDC* oct. 2022, p.4, note O. Robin-Sabard. La Cour devait se prononcer sur le cas d'un contrat de location de photocopieurs par une société d'expert-comptable. Les juges d'appel avaient estimé qu'elle « disposait de toutes les compétences professionnelles pour apprécier les conditions financières d'un contrat de location portant sur un photocopieur, matériel de bureau indispensable à son activité principale, de sorte qu'elle ne pouvait bénéficier des dispositions protectrices du code de la consommation ». Elle déniait donc à la société l'application des dispositifs protecteurs en se fondant sur des considérations subjectives relatives à sa compétence. Même si cette appréciation était conforme à la jurisprudence récente de la Cour de cassation en la matière (cf. notes suivantes), cette dernière casse l'arrêt d'appel en considérant qu'il s'agissait de « motifs impropres à établir que les contrats

compétence du professionnel. Par exemple, les juges de la Cour de cassation ont considéré que « la communication commerciale et la publicité via un site Internet n'entraient pas dans le champ de l'activité principale de Mme X..., architecte »¹ ou « qu'un contrat d'insertion publicitaire n'entraîne pas dans le champ de l'activité principale » d'un professionnel « exerçant une activité de production et de fourniture de bois de chauffage »².

La détermination de ce champ d'activité présente des atouts de critère objectif en ce qu'elle se fonde avant tout sur l'activité exercée par le professionnel. Pourtant, son appréciation jurisprudentielle laisse incontestablement transparaître une dimension subjective liée à la compréhension des enjeux liés au contrat et à son objet : il ne s'agit pas seulement de constater que le professionnel agit dans le champ de son activité professionnelle, il faut encore qu'il soit concrètement apte à saisir les risques liés à son engagement. À ce titre, même si elle n'a pas été expressément reprise par la Cour de cassation, l'argumentation de la décision d'appel précédant l'arrêt de rejet précité du 12 septembre 2018 est fort éclairante³. Les juges d'appel prônent, en effet, l'application du droit de la consommation au vu du « déséquilibre existant entre un professionnel connaissant parfaitement le service qu'il propose et un tiers, ignorant dans ce domaine. À cet égard le simple fait que le service commandé serve l'activité professionnelle de la personne sollicitée ne confère à celle-ci aucune qualité de nature à rééquilibrer les rapports contractuels alors que tel est le cas si ce service présente des caractéristiques propres conformes à celles de l'activité de cette personne, ou à tout le moins suffisamment proches »⁴.

En d'autres termes, la finalité objective de l'action des contractants – professionnelle ou personnelle – ne serait plus le seul critère déterminant l'application du droit de la consommation : la « connaissance » ou « l'ignorance » du professionnel s'y ajouterait.

640. Une protection subjective – Remplaçant le critère du rapport direct hier utilisé par le droit de la consommation, cette nouvelle rédaction du texte a pour objectif de construire une

de location entraînent dans le champ de l'activité principale de la société ». L'arrêt démontre une fois de plus les variations jurisprudentielles en la matière, pouvant parfois rendre complexe le travail d'analyse. Aussi, si l'arrêt adopte une approche résolument objective, il ne limite que partiellement l'importance des espèces analysées ici.

¹ Cass. civ 1^{ère}, 12 sept. 2018, n°17-17.319 : *D.* 2019. 115, note C. Durez ; *D.* 2019. 607, Pan., H. Aubry ; *AJ contrat.* 2018. 485, obs. V. Legrand ; *Dalloz IP/IT* 2019. 125, obs. J. Groffe ; *RDC* 2019. 114, note J. Julien ; *JCP E* 2018, n°1502 ; *CCC* 2018, n°196, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RJDA* 2019, n°143 ; *D. actu.* 1er oct. 2018, obs. J.-D. Pellier.

² Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2019, n°18-22.525, P : *CCC* 2020. 32 comm. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2020. 63, note G. Paisant ; *D.* 2019. Actu. 2294 ; *JCP E* 2019, n°1572.

³ Cass. civ 1^{ère}, 12 sept. 2018, n°17-17.319 : *op. cit.*

⁴ CA Douai, 23 mars 2017, 1^{re} ch., 1^{re} sect., n° 16/00837.

protection des entrepreneurs individuels, en principe exclus de la protection consumériste¹. Pourtant, comme cela a été noté, « si l'on peut comprendre que certains "petits professionnels" ont besoin d'être juridiquement protégés, ils ne doivent pas l'être directement par une extension des règles du Code de la consommation »². En effet, cette extension revient à fonder la protection, non pas sur le rapport de l'acte conclu avec l'activité professionnelle, mais sur l'aptitude du contractant, au vu de sa spécialité, à comprendre les enjeux liés au contrat et à son objet.

Outre l'insécurité juridique créée par un tel critère – le contractant doit, dans chaque contrat, s'interroger sur l'applicabilité de ce critère incertain –, son utilisation redéfinit la logique de la protection consumériste. La mutation de cette dernière, exposée précédemment, ressort ici pleinement : il ne s'agit plus de corriger une infériorité structurelle, mais une faiblesse subjectivement appréhendée³. La législation consumériste fait ici fi de l'impératif de résorption du déséquilibre structurel pour se concentrer sur le déséquilibre circonstanciel, factuel, entachant la relation entre deux parties dont les rôles économiques importent peu.

La protection du professionnel s'organise au sein du droit de la consommation à divers titres : en qualité de victime, d'une part ; en qualité de partie faible au contrat, d'autre part. À cette protection expresse s'ajoute une protection implicite par le biais de la notion de non-professionnel.

¹ Comme rappelé par certains commentateurs (C. DUREZ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, *op. cit.*), le rapporteur défendant l'amendement n°678 à l'origine de la disposition explique qu'elle « vise à mieux protéger les petits entrepreneurs ». Il explique que lorsque « l'objet du contrat sera lié au champ de compétences du professionnel, il n'y aura pas de protection possible. Par exemple, un boulanger qui voudra se procurer un four sera censé savoir ce qu'il achète. En revanche, si l'objet du contrat n'est pas lié à la compétence du professionnel, ce dernier sera considéré comme un simple consommateur ». La disposition permet ainsi de « sécuriser fortement leur situation économique et juridique » (source : http://www.senat.fr/seances/s201309/s20130912/s20130912003.html#Niv3_art_Article_5).

² S. BERNHEIM-DESSAUX, obs. sous Cass. Civ 1^{ère}, 12 sept. 2018, n°17-17.319 (*op. cit.*), CCC 2018, n°196.

³ Sur la distinction entre les termes de « faiblesse » et d' « infériorité » : cf. *supra* n°387.

2. La protection implicite du professionnel

641. Notion de non-professionnel – Le non-professionnel est une particularité française, absente du droit européen. Présente de manière éparse au sein du Code de la consommation¹, elle permet l'extension de plusieurs dispositifs consommateurs, normalement réservés aux consommateurs, à « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles »².

Apparu avec la loi du 10 janvier 1978 en matière de lutte contre les clauses abusives³, le non-professionnel a longtemps été dépourvu de définition légale. Il a donc incombé à la jurisprudence de cerner les contours et le contenu de la notion. De manière symétrique aux évolutions de la notion de consommateur et de professionnel⁴, et après s'être fondé sur l'état d'ignorance du requérant relativement à l'objet du contrat⁵, les juges se sont accordés sur le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle⁶. Le législateur a ensuite pris le relais, l'ordonnance du 14 mars 2016 introduisant dans le Code de la consommation un article liminaire, consacré à la définition du domaine personnel d'application du droit de la consommation. Le non-professionnel y était défini comme « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Cette définition fut critiquée car, « en visant les personnes morales ayant une activité professionnelle », « elle conduisait à exclure toutes celles qui n'agissent pas à titre lucratif » et qui étaient précisément la cible visée par la notion⁷.

¹ Les non-professionnels peuvent notamment profiter de l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-5, C. conso.) ainsi que de celle relative aux clauses abusives (art. L. 212-2, C. conso.). À ces deux textes principaux, s'ajoute une myriade de textes plus spécifiques dont on peine à saisir la cohérence : information sur la possibilité de recourir à la médiation (art. L. 211-2, C. conso.), protection en matière de reconduction de contrats de prestation de services (art. L. 215-3, C. conso.), etc. (Pour un exposé exhaustif de ces dispositifs et une critique de leur cohérence, cf. : D. FENOUILLET, « Domaine matériel » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz Action, 2021-2022, n°41.00 et s., spéc. n°041.294)

² Art. liminaire, C. conso.

³ L. n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁴ Cf. *supra* n°232 et s.

⁵ « Les juges d'appel ont estimé que le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ; qu'ils en ont déduit à bon droit que la loi du 10 janvier 1978 était applicable » (Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674 : *Bull. civ. I*, n° 134 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1987, panor. Cass., p.170 ; *D.* 1988, I, note P. Delebecque ; *D.* 1987 Somm. 455, obs. Aubert ; *JCP G* 1987, II, 20893, note G. Paisant ; *RTD civ.* 1987. 537, obs. J. Mestre).

⁶ Cf. not. Cass. civ. 3^{ème}, 16 sept. 2014, n° 13-20.002 : *D.* 2014. 2390 comm. H. Skrzyptniak ; *RDC* 2015. 331, note N. Sauphanor-Brouillaud (« la promesse de vente du 19 septembre 2008 avait un rapport direct avec l'objet social de la SCI »).

⁷ D. FENOUILLET, « Domaine matériel » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), *op. cit.*, spéc. n°041-113.

C'est pourquoi la loi de ratification de l'ordonnance modifia cette définition en la fondant sur la finalité de l'action, critère qui prévaut aujourd'hui. L'article liminaire définit maintenant le non-professionnel comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ».

Comme nous l'avons démontré et rappelé, les critères de rapport direct et de finalité ont en commun leur objectivité : ils sont indépendants de toute considération relative à la compétence ou à la compréhension du non-professionnel et garantissent ainsi une certaine prévisibilité dans l'application de la norme. Ces critères sont conformes à la logique consumériste classique fondée sur la résorption d'un déséquilibre structurel puisque l'on considère qu'au vu de l'acte accompli, les non-professionnels sont placés dans une situation d'infériorité comparable à celle des consommateurs¹.

642. La réminiscence du critère de compétence – Pourtant, malgré l'objectivité relativement constante de la définition, les juges ne semblent pas avoir pleinement renoncé à l'usage de critères subjectifs fondés sur la compétence. Cela ressort de trois arrêts rendus au cours des dernières années par la Cour de cassation.

643. Tout d'abord, par un arrêt du 4 février 2016, la troisième chambre civile devait déterminer si une société civile immobilière, spécialisée dans la promotion immobilière, pouvait profiter de la législation de lutte contre les clauses abusives dans le cadre de plusieurs contrats de construction de logements, et plus précisément dans le cadre d'un contrat conclu avec un contrôleur technique chargé de vérifier la conformité et la sécurité des constructions². Refusant d'appliquer le critère du rapport direct, la Cour énonce que « la SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais pas un professionnel de la construction » et qu'elle devait, par conséquent, « être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique ».

La Cour fonde ici la qualification de non-professionnel sur la compétence technique de la SCI, sur sa capacité de compréhension des enjeux du contrat et de son objet. Cet état

¹ Cf. *supra* n°387 et s.

² Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n° 14-29.347 : *Gaz. Pal.* 22 mars 2016, p. 20, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2016. 639, note C.-M. Pégliion-Zika ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. Mekki ; *ibid.* 539, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2016. 623, obs. F. Cohet ; *RDI* 2016. 290, obs. B. Boubli ; *AJCACD.* 2016. 200, obs. S. Carval ; *JCP E* 2016, n° 1300, note N. Picod.

d'ignorance est comparé à celui du cocontractant : la requérante doit être qualifiée de non-professionnel « vis-à-vis du contrôleur technique ». L'octroi de la protection consumériste ne repose donc pas ici sur une infériorité structurelle liée au rapport du contrat avec l'activité personnelle, mais sur une faiblesse circonstanciée, concrète – dont la réalité est d'ailleurs grandement discutable¹.

- 644.** Ensuite, par un arrêt du 7 novembre 2019 rendu par la même chambre, la Cour devait se prononcer sur une question similaire : une SCI spécialisée dans l'investissement et la gestion immobilière peut-elle être considérée comme non-professionnelle dans le cadre d'un contrat de maîtrise d'œuvre conclu avec un architecte² ?

Dans les pas de l'arrêt précédent, la Cour maintient son cap et retient la qualification de non-professionnel. Elle énonce que la SCI était « un professionnel de l'immobilier, mais que cette constatation ne suffisait pas à lui conférer la qualité de professionnel de la construction, qui seule serait de nature à la faire considérer comme étant intervenue à titre professionnel à l'occasion du contrat de maîtrise d'œuvre litigieux dès lors que le domaine de la construction faisait appel à des connaissances ainsi qu'à des compétences techniques spécifiques distinctes de celles exigées par la seule gestion immobilière ».

Une fois de plus, la Cour distingue – de manière critiquable – les professionnels immobiliers et ceux de la construction, en se fondant sur le critère subjectif de compétence. Le rapport avec l'activité professionnelle importe fort peu, dès lors que le contrat conclu fait « appel à des connaissances [et] compétences techniques spécifiques » qui n'étaient pas en possession de la société requérante. Le constat relatif à la mutation de la protection consumériste se confirme donc.

- 645.** Enfin, même lorsqu'elle rappelle le critère de rapport direct, la Cour semble parfois appliquer le critère de compétence. Cela ressort d'un arrêt du 17 octobre 2019 de la troisième

¹ Comme cela a été très justement noté, « on comprend bien ce qu'a voulu signifier la Cour de cassation : ce n'est pas le promoteur immobilier qui a construit, de ses blanches mains, les villas et les piscines en question... Certes ! Mais c'est méconnaître le droit de la construction et l'opération de construction, dont il est unanimement admis que le promoteur immobilier, en tant que maître de l'ouvrage, est un acteur principal, et ce même s'il ne se charge pas de l'édification matérielle, ni même de la conception architecturale. » (C.-M. PÉGLION-ZIKA, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016 (*op. cit.*), *D.* 2016. 639).

² Cass. civ 3^{ème}, 7 nov. 2019, n°18-23.259 : *AJ contrat* 2020. 37, obs. Y. Picod ; *D. actu.* 26 nov. 2019, obs. D. Pelet ; *D.* 2020. 55, note S. Tisseyre ; *JCP E* 2020, n°1002, note R. Loir ; *RDI* 2019. 617, obs. B. Boubli ; *RJDA* 2020, n°50 ; *LPA* 3 févr. 2020, note N. Dupont.

chambre civile¹. En l'espèce, les faits sont similaires : une société spécialisée dans la gestion immobilière conclut un contrat de construction avec une autre société. Cependant, le gérant de la société de gestion est, dans le même temps, gérant d'une société de construction, ce qui contribue d'autant plus à brouiller les frontières entre les qualifications. La Cour d'appel se fonde sur ce point pour dénier à la société la qualité de non-professionnel et se fonde donc, à tort, sur les compétences du gérant : elle énonce que « même si elle a pour objet la location de biens immobiliers, son gérant est également celui d'une société ayant pour objet la réalisation de travaux de maçonnerie générale et de gros œuvre ». Après avoir rappelé qu'est non-professionnelle une personne morale concluant un contrat « n'ayant pas de rapport direct avec l'activité professionnelle », la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « la qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal ».

À première lecture, la solution semble logique. Pourtant, *in fine*, après avoir rappelé le critère du rapport direct, la Cour ne l'applique pas puisqu'elle qualifie de non-professionnelle une société de gestion concluant un contrat de construction en vue d'une exploitation ultérieure. Cela « conduit à appliquer le droit de la consommation entre deux professionnels agissant dans le cadre de leur activité », en se fondant implicitement sur l'incompétence technique de la société de gestion².

646. Une protection subjective – En paraphrasant un auteur sur le sujet, on peut affirmer que, les uns derrière les autres et « avec un habillage différent, ces [trois] arrêts marquent en réalité le retour au fameux critère subjectif de "compétence" du professionnel »³. La protection consumériste n'est plus réservée aux consommateurs individuels et aux personnes morales placées dans une situation structurellement similaire ; elle s'ouvre à toute personne placée dans une situation de faiblesse, d'ignorance, d'incompétence technique face à son cocontractant. Dès lors, celui qui poursuit une finalité professionnelle peut légitimement profiter des dispositifs consuméristes⁴. Inversement, d'ailleurs, et en poussant jusqu'au bout

¹ Cass. civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n° 18-18.469 : *AJ contrat* 2019. 546, obs. Y. Picod ; *D.* 2019. 2331, note S. Tisseyre.

² Y. PICOD, obs. sous Cass. civ 3^{ème}, 7 nov. 2019 (*op. cit.*), *AJ contrat* 2020. 37. V. aussi : Y. PICOD, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019 (*op. cit.*), *AJ contrat* 2019. 546.

³ Y. PICOD, obs. sous Cass. civ 3^{ème}, 7 nov. 2019, *op. cit.*

⁴ Afin de minimiser l'ampleur de ces arrêts, il a été évoqué la possibilité que ces solutions se justifient par un simple problème d'application de la loi dans le temps. En effet, ces arrêts ayant été rendus sous le droit antérieur à l'ordonnance inscrivant à l'article liminaire du Code de la consommation le critère finaliste, la Cour n'aurait fait qu'appliquer la jurisprudence antérieure. Ces solutions n'auraient alors pas trait à l'avenir mais à un passé qui ne saurait longtemps

la logique de ces arrêts, « il faudrait réciproquement écarter de cette protection les consommateurs qui concluent une convention dans leur domaine de compétence »¹.

Bien qu'il faille se garder d'exagérer le constat en rappelant qu'en la matière les évolutions ne sont jamais franches et nettes², les éléments analysés ne peuvent être négligés. Introduisant une logique divergente au sein d'un pan du droit autrefois cohérent, ils interrogent la pérennité de ces anciennes conceptions. En effet, il semble que, d'un instrument de résorption d'un déséquilibre économique structurel entre deux agents, le droit de la consommation se transforme progressivement en un outil de correction de déséquilibres circonstanciés entre les parties.

647. Conclusion de la Sous-section 1. – L'équilibre individualiste a deux finalités : une finalité disciplinaire et une finalité protectrice. À la différence de l'équilibre consumériste traditionnel, ces finalités sont *individualisées*.

Aussi, à une discipline professionnelle collective, succède une discipline individuelle privilégiant l'adaptation, l'adéquation de la contrainte au professionnel.

De même, observe-t-on la transition d'une protection collective et structurelle vers une protection individuelle et subjective. Il ne s'agit plus de protéger la collectivité des consommateurs considérée comme structurellement inférieure, mais de privilégier *la protection de l'individu en situation de faiblesse effective*. À la résorption d'un déséquilibre structurel, se substitue ainsi celle d'un déséquilibre *conjoncturel et circonstancié*. Cela

perdurer. Comme cela a été justement relevé, cela n'est que peu convaincant dès lors que l'état antérieur de la jurisprudence était dominé par le critère du rapport direct (cf. D. FENOUILLET, « Domaine matériel » *in*. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), *op. cit.*, spéc. n°041.215). Il semble donc que l'on soit bien face à une solution amenée à se reproduire.

¹ C.-M. PÉGLION-ZIKA, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, *op. cit.*, spéc. n°4.

² Dernièrement, la jurisprudence est très fluctuante dans l'application du critère de finalité. Certains arrêts récents en font preuve d'une application stricte. Cela ressort notamment d'un arrêt rendu le 9 mars 2022 par la première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2022, n°21-10.487 : CCC 2022, n°5, comm. 89, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *LEDC* 2022, n°5, p.3, comm. O. Robin-Sadard). La Cour refuse de conférer la qualité de consommateur à un demandeur d'emploi s'inscrivant à une formation professionnelle. Elle considère que la « finalité professionnelle » du contrat de formation est incompatible avec une telle qualification. La Cour applique donc ici (trop ?) rigoureusement le critère finaliste en prenant en compte l'activité professionnelle future, ce qui est hautement incompatible avec le critère subjectif de compétence. Ce premier arrêt est contrebalancé par un second, plus récent, dans lequel la Cour fait une application très souple du critère de finalité. Devant se prononcer sur la qualité d'un médecin réservant une chambre d'hôtel afin de se rendre à un congrès médical, elle énonce « qu'en souscrivant le contrat d'hébergement litigieux, [le médecin] n'agissait pas à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle » (Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022, n°21-11.097, P. : *D.* 2022. 1556 ; CCC 2022, n°10, comm. 160, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP G* 2022. Act. 1203, comm. N. Sauphanor-Brouillaud ; *LEDC* oct. 2022, p.1, note C.-M. Péglion-Zika. V. aussi : R. LOIR, « Pitié pour le code de la consommation ! », *D.* 2022. 1760). En d'autres termes, un individu souscrivant un contrat lui permettant d'accomplir une activité directement liée à son activité professionnelle n'agit pas dans le cadre de finalités professionnelles. Une fois de plus, le critère subjectif de compétence resurgit de manière implicite au travers ici de l'application du critère finaliste.

explique l'ouverture des dispositifs consuméristes à certains professionnels qui en étaient autrefois exclus.

D'une part, une protection expresse de ceux-ci s'organise, soit en qualité de victime – comme en matière de tromperies, de falsifications ou de pratiques commerciales trompeuses –, soit en qualité de partie faible, au même titre qu'un consommateur. L'article L. 223-1 du Code de la consommation ouvre ainsi aux « petits professionnels » la possibilité de profiter du régime protecteur prévu en matière de contrats hors établissement.

D'autre part, la notion de « non-professionnel » peut permettre une protection implicite des professionnels. Certaines décisions jurisprudentielles traduisent une subjectivation de l'appréciation de la notion, qui tend à se fonder plutôt sur la compétence effective du professionnel concerné et non sur la finalité de l'acte conclu.

Cette redéfinition des finalités substantielles révèle une profonde mutation des finalités axiologiques de la valeur d'équilibre.

Sous-section 2. La finalité axiologique

648. Deux types de valeurs ont été retenues dans la présente étude : les valeurs morales qui aspirent à un perfectionnement de l'individu et des relations interindividuelles, et les valeurs économiques qui visent à l'établissement d'un marché harmonieux¹.

La subjectivation du droit de la consommation opérée par l'équilibre individualiste constitue un indice majeur d'une redéfinition de ses finalités axiologiques. En effet, si « la fonction collective et préventive d'un droit protecteur du consommateur invite à préférer les interdictions *per se*, formulées au moyen de présomptions, surtout irréfragables [...] ou de qualifications légales impératives [...], la fonction économique d'un droit ordonné au marché milite plutôt pour des interdictions *in specie*, plus à même de garantir une concurrence réelle »². La mutation axiologique contemporaine invite ainsi à reconsidérer les finalités identifiées précédemment : alors que la valeur d'équilibre consumériste n'avait pas

¹ Sur le choix de ces critères, cf. *supra* n°13.

² D. FENOUILLET, « Les préalables à l'effectivité spontanée du droit de la consommation », in. colloque « L'effectivité du droit de la consommation », 26 mars 2015, Université d'Angers, S. Bernheim-Desvaux, C. Blanchard (dir.), *RLDA*, 01/06/2015, 105, n°31.

de finalité économique indépendante des finalités morales¹, le constat semble bien différent au sein de la nouvelle axiologie.

- 649. Plan** – L'équilibre individualiste s'impose comme une valeur économique (§1.) dénuée de dimension morale (§2.).

§1. Une valeur dotée d'une finalité économique

- 650.** L'équilibre individualiste est une valeur économique en ce qu'elle aspire à assurer un fonctionnement harmonieux du marché. Une telle assertion n'éclaire pourtant guère sur la conception de cette harmonie et sur la manière employée pour l'atteindre.

- 651. Une justification libérale insuffisante** – On pourrait penser, dans une perspective libérale classique², que cette harmonie résulterait d'un allègement des normes influant sur le marché pour laisser libre court aux initiatives individuelles. Il est vrai que cela pourrait convenir à la nouvelle valeur, puisqu'il est indéniable que la mutation axiologique du droit de la consommation rime fréquemment avec un allègement des obligations et des sanctions des professionnels.

Une telle justification peine cependant à convaincre car, poussé à son extrême, le libéralisme économique devrait aboutir à un recul généralisé de l'État, et donc des normes économiques. Or, si l'on observe un assouplissement de la législation consumériste, il n'est guère possible de considérer que celui-ci est corrélé à une réduction des normes influant sur le marché. Les législateurs européen et national en sont, en effet, des producteurs prolifiques et il ne se passe pas une année sans que de nouvelles dispositions ne soient créées ou modifiées. La finalité économique de cette nouvelle valeur ne repose donc pas sur un retrait étatique du marché. Bien au contraire, la norme consumériste croît afin de le façonner.

- 652. Plan** – Aussi, dans la législation consumériste contemporaine, l'établissement d'un fonctionnement harmonieux du marché s'organise autour de deux axes : par l'intensification

¹ Cf. *supra* n°426 et s.

² Cf. *supra* n°46 et s.

des échanges, d'abord (A.) ; ensuite, de manière plus discrète, par l'orientation de ceux-ci (B.).

A. Une finalité d'intensification des échanges

653. Plan – La préservation de la confiance du consommateur (1.) constitue la clef de voûte de la finalité économique de l'équilibre individualiste. En privilégiant une protection individualisée n'ayant d'autre but que de favoriser l'entrée de celui-ci sur le marché, la nouvelle axiologie consumériste peut être qualifiée de néolibérale (2.).

1. La préservation de la confiance du consommateur

654. Confiance du consommateur et fonctionnement du marché – La confiance du consommateur s'est imposée, au fil des années, comme un leitmotiv récurrent de la législation consumériste. Si elle est ponctuellement mentionnée avant la période qui nous retient¹, elle ne devient un motif de légitimation des normes qu'à l'époque contemporaine.

La référence à la confiance du consommateur se développe ainsi sous l'influence du législateur européen² et est reprise par le législateur national dans l'intitulé de certaines lois³

¹ L'exposé des motifs du projet de loi ayant mené à la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives est à ce titre riche en enseignements. Le législateur met, d'une part, en avant l'importance économique du consommateur en énonçant qu'une « consommation plus éclairée, des consommateurs mieux informés contribuent en effet à une meilleure utilisation de nos ressources parce que mieux adaptées à la satisfaction de besoins plus réels, et constituant un élément de renforcement de la concurrence et un encouragement à une plus grande qualité de nos produits et par conséquent à nos exportations » (p.2). Les dispositions proposées n'ont ainsi d'autre but que « d'améliorer les conditions dans lesquelles [les consommateurs] peuvent exercer leur liberté de choix, c'est-à-dire jouer leur rôle de partenaire dans une économie de concurrence » (p.2). Outre son rôle économique, le législateur observe, du fait de « la fréquence avec laquelle de nouveaux produits sont mis sur le marché » et de « certaines affaires récentes », une « inquiétude diffuse mais avivée [...] que ce progrès technique rapide ne soit pas toujours bien maîtrisé ». En creux, est déjà présente ici l'importance cruciale accordée à la préservation de la confiance du consommateur même si elle ne sous-tend pas encore réellement l'action du législateur.

² V. not. : consid. n°4 et 13, dir. 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales – Consid. 3 et 4, dir. 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (« Aux fins de l'achèvement du marché intérieur, il est essentiel de supprimer les obstacles directs et indirects au bon fonctionnement du marché intérieur et de renforcer la confiance des citoyens ».) – consid. n°1, dir. 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs (« [...] Sans moyens efficaces pour les consommateurs de mettre un terme aux pratiques illicites et d'obtenir réparation, la confiance des consommateurs dans le marché intérieur est amoindrie. »). V. aussi : l'avis rendu par le Conseil économique et social européen au sujet de la directive du 25 octobre 2011 réformant notamment le délai de rétractation des conclus à distance ou hors établissement qui énonce que « les associations d'entreprises soutiennent la proposition [de directive] parce qu'elle pourrait, à leur avis, contribuer à améliorer le fonctionnement du marché intérieur et augmenter sa compétitivité en atténuant les réticences vis-à-vis des transactions transfrontalières, ainsi qu'en réduisant les coûts d'administration et de mise en conformité pour les commerçants ».

³ L. n° 2004-575 du 26 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique – L. n° 2005-67 du 28 janv. 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur.

ou dans certains documents annexes à la production législative¹. En outre, elle figure de manière répétée parmi les éléments de communication de la DGCCRF sur son action et ses missions².

Loin d'être un simple élément de langage politique, cette emphase sur la confiance du consommateur est au cœur de la finalité économique de l'axiologie consumériste contemporaine. Elle part du constat de son importance économique fondamentale. La consommation étant le moteur de la production³, et donc de la croissance économique, la croyance du consommateur dans la fiabilité et dans la légitimité du fonctionnement du marché est essentielle pour faciliter son entrée sur celui-ci et, partant, intensifier les échanges. Il n'est d'ailleurs pas anodin que sa préservation soit immanquablement invoquée comme corolaire d'un objectif économique plus vaste, comme la « relance de la croissance », l'« achèvement de la construction du marché intérieur » ou le « fonctionnement loyal des marchés[,] facteur favorable à l'investissement et à l'efficacité économique »⁴.

655. Confiance et équilibre consumériste – Cette appréhension du consommateur diffère profondément de celle retenue par l'axiologie consumériste originelle qui l'envisage avant tout, de manière globale, comme un groupe social placé dans une position structurelle d'infériorité. Le consommateur est considéré de manière statique au travers de sa position sur le marché, dans son rapport au professionnel. La protection vise alors, indépendamment de tout impératif de préservation du marché, à rééquilibrer un rapport entre deux groupes

¹ Cf. not. Communiqué de presse du Conseil des ministres du 2 mai 2013 relatif à la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation (« La relance de la croissance passe par la restauration du lien de confiance entre les consommateurs et les entreprises »).

² La DGCCRF mobilise énormément la notion de confiance qui fait partie de ses principaux éléments de langage. Chaque année, elle publie un programme national d'enquête (PNE), anciennement nommé directive nationale d'orientation (DNO), au sein duquel elle définit ses orientations pour l'année à venir et les principes qui guideront son action. Ainsi, énonce-t-elle en 2013 que « l'action de la DGCCRF vise [...] à créer un climat de confiance dans les échanges : un fonctionnement loyal des marchés constitue un facteur favorable à l'investissement et à l'efficacité économique, au bénéfice de tous les acteurs, et notamment des consommateurs. » (DNO 2013, p.3). Lorsque le consommateur est envisagé, il l'est immanquablement au prisme de sa confiance dans l'économie et son fonctionnement harmonieux, loyal, etc. Cela se comprend dès lors que, selon ses termes, la consommation des ménages « contribue à hauteur de 55 % au PIB national » et que « cette composante importante du dynamisme économique est étroitement liée à la confiance des consommateurs et à leur pouvoir d'achat. » (PNE 2015, p.7). Ainsi, faut-il lutter contre la tromperie car elle peut « entraîner la défiance des consommateurs, au détriment de l'ensemble d'une filière économique, et constituer ainsi un frein à la croissance » (PNE 2015, p.9). De même, la DGCCRF s'est attachée à cibler « en priorité les fraudes de nature à déstabiliser gravement les équilibres de marchés à fort enjeu économique. De tels comportements [...] portent atteinte à la confiance du consommateur » (DNO 2014, p.6).

³ « La consommation est l'unique but, l'unique terme de toute production » (A SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t.2, trad. G. Garnier, éd. GF Flammarion, 2022, livre IV, chap. VIII, p.279).

⁴ Cf. respectivement : note 1, p.415 – note 2, p.414 – note 2, p.415.

d'agents économiques, dans une optique de justice sociale¹. L'objectif étant social, la protection est globale, objective et invariable.

À l'inverse, l'équilibre individualiste envisage d'abord le consommateur au prisme de sa *fonction*, non de sa *position*. Le consommateur est avant tout celui qui consomme et même celui qui doit consommer afin d'assurer un fonctionnement fluide et dynamique du système économique². Ce n'est donc plus la structure inégalitaire du marché qui préside à sa protection, mais le souci d'effacer tout élément pouvant le contrarier dans la réalisation de cette fonction. Comme cela avait été justement pressenti à une époque où cette évolution n'en était qu'à ses balbutiements, « ce qui compte alors, ce n'est pas la protection des consommateurs réputés faibles, mais la protection de leurs intérêts sur le marché »³, et ce dans le but d'y favoriser leur entrée. L'objectif étant économique, la protection n'a plus à conserver ses atours d'antan et s'accommode bien mieux de dispositifs subjectivés et individualisés.

Pour ne citer qu'un exemple, si l'exercice abusif d'un droit de rétractation n'a aucune influence sur la position structurelle d'un consommateur et ne peut donc justifier une déchéance de protection, il en va autrement suivant l'axiologie contemporaine. Un consommateur ne méritant protection que tant qu'il participe, par son action, à l'avènement d'un marché sain et fluide, il n'existe aucune raison de protéger le consommateur déloyal, malhonnête ou nuisant au professionnel.

En somme, en paraphrasant la formule de Madame le Professeur ROCHFELD, on peut énoncer que, d'un droit de protection de la collectivité des consommateurs contre leur infériorité structurelle, la législation consumériste « se change en un droit de régulation du

¹ Cf. *supra* n°431.

² Comme cela a été justement noté : « cette conception passive du rôle du consommateur a cédé le pas à une autre conception plus dynamique faisant de ce même consommateur un acteur du marché intérieur devant tirer profit de cet espace économique pour faire jouer la concurrence et consommer, non seulement dans son propre pays, mais aussi dans les États membres de [l'Union Européenne], soit en se déplaçant, soit en procédant à des achats transfrontaliers » (J.-P. PIZZIO, « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle – Bilan et perspectives », *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.877 et s, spéc. p.881, n°3). La protection n'est donc pas accordée « pour elle-même, mais pour parvenir à un climat qui serve le dynamisme économique » (J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835 et s, spéc. p. 847-848, n° 11). Le droit de la consommation « est donc également un droit de promotion de la croissance » (M. Dépincé, « Influence du marché et logique économique », in. colloque "L'effectivité du droit de la consommation", 26 mars 2015, université d'Angers, S. Bernheim-Desvaux, C. Blanchard (dir.), *RLDA*, 01/06/2015, 105, p.59-61). Sur le sujet, V. aussi : H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, p.70 et s., n°42 et s.

³ J.-P. PIZZIO, « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle – Bilan et perspectives », *op. cit.*, spéc. p.897, n°28.

marché » qui « ne considère plus prioritairement une partie en position [d'infériorité] » mais « davantage la fonction économique qu'elle incarne »¹.

L'emphase sur la confiance du consommateur dans la législation contemporaine trahit une profonde mutation de la conception de celui-ci par le législateur et, plus généralement, des finalités de l'axiologie du droit de la consommation. Érigé en corollaire direct d'une intensification des échanges, l'équilibre individualiste s'impose comme une valeur néolibérale.

2. Une valeur néolibérale

656. Une valeur au service des libertés individuelles – L'intensification des échanges encouragée par la nouvelle axiologie consumériste revient à favoriser l'exercice par les parties de leurs libertés économiques. Le nouvel équilibre n'a plus pour objet de diriger et façonner la relation professionnel-consommateur mais simplement de garantir un équilibre minimal, propre à chaque rapport économique, permettant aux parties un exercice serein de leur liberté individuelle. Le droit de la consommation ne se place plus en opposition avec une liberté considérée comme source de déséquilibre, de domination d'une partie sur l'autre, mais comme un corollaire nécessaire à son plein exercice. En d'autres termes, l'équilibre individualiste n'est plus conçu comme une *limite* mais comme une *condition* de l'exercice de la liberté économique des individus. Cette évolution explique notamment l'importance

¹ J. ROCHFELD, « De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », in. J.-S. Berge et I. Omarjee (dir.), *Approche critique du vocabulaire européen : la confiance*, Chron. de droit européen et comparé n°XXI, LPA, 16 févr. 2009, n°33, p.7, spéc. n°9. La formule originale est la suivante : « d'un droit de protection de la partie faible, pour ses composantes de vulnérabilité ou de faiblesse, elle se change en un droit de régulation du marché. Dans cet esprit, on ne considère plus prioritairement une partie en position de faiblesse, pour organiser une protection s'attachant à sa qualité de personne. On protège davantage la fonction économique qu'elle incarne ». Pour les raisons exposées plus tôt dans notre propos et dans un souci de cohérence avec celles-ci, nous préférons cependant le vocable d'infériorité à celui de faiblesse (cf. *supra* n°387). Hormis cette exception sémantique, le constat est identique.

Pour une opinion similaire sur l'évolution de la conception du consommateur, cf. aussi D. MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? » in. « Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergence ? », Cycle de conférence organisé par la Cour de cassation le 3 juillet 2006, *RLC*, 2006, p.134 et s., spéc. p.140, n°15 (« En droit européen de la consommation, le consommateur est moins appréhendé comme un contractant présumé faible dont il importe d'assurer la protection, que comme un agent économique, comme un opérateur qui occupe un rôle déterminant dans la réalisation du marché intérieur. »).

accordée par l'actuelle législation consumériste à la volonté et aux besoins individuels des parties, comme cela a été démontré dans les développements qui précèdent¹.

657. Du dirigisme à l'interventionnisme néo-libéral – Cette mutation de la fonction économique de la norme consumériste démontre une évolution de la philosophie animant le législateur. En effet, le passage de l'équilibre consumériste à l'équilibre individualiste marque le passage du dirigisme – une « organisation autoritaire de l'économie, un régime impératif du contrat »² – à un interventionnisme néo-libéral consistant, pour l'État, à intervenir dans le fonctionnement du marché pour « rétablir ou établir un certain jeu de l'offre et de la demande, une certaine liberté contractuelle »³.

Rompant avec la croyance libérale et ultra-libérale prônant « un laisser-faire [...] censé contribuer spontanément au bon fonctionnement du marché, les néolibéraux ont émergé, suite à la Grande Dépression des années 1930, en rejetant justement ce naturalisme naïf pour en appeler aux artifices de l'État (droit, éducation, protection sociale) chargés de construire artificiellement le marché et d'assurer en permanence son arbitrage selon des règles loyales et non-faussées »⁴. Dans cette optique, l'État intervient pour créer les conditions nécessaires à l'exercice libre et égal des libertés par les individus.

Dès lors, le droit est pensé comme un « code de la route »⁵ : il ne peut être dirigiste – il ne peut prescrire une destination ou un itinéraire à tous⁶ ; cependant, il ne peut offrir une liberté totale et absolue – il ne peut « laisser les voitures circuler dans tous les sens, suivant leur bon plaisir, d'où résulteraient des encombrements et des accidents incessants »⁷.

658. Une politique néolibérale – Cette description correspond parfaitement à l'actuel droit de la consommation. En effet, celui-ci opère un rééquilibrage circonstancié des rapports entre parties de puissance différente dans l'optique de créer un climat de confiance favorable à la multiplication de leurs interactions économiques. Cela n'a d'autre but que faire régner une concurrence loyale et saine sur un marché commun à plusieurs États. Les composantes d'une

¹ Cf. *supra* n°613 et s.

² G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, Paris, LGDJ, 1963, p.71, n°77.

³ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p.70, n°77.

⁴ B. STIEGLER, *"Il faut s'adapter" – Sur un nouvel impératif politique*, NRF essais, Gallimard, 2019, p.12-13.

⁵ B. STIEGLER, *"Il faut s'adapter" – Sur un nouvel impératif politique*, *op. cit.*, p.195.

⁶ B. STIEGLER, *"Il faut s'adapter" – Sur un nouvel impératif politique*, *op. cit.*, p.196.

⁷ L. ROUGIER, « Allocution d'ouverture du colloque Lippmann », in. S. Audier, *Le colloque Lippmann*, Lormont, Le bord de l'Eau, 2008, p.254 (cité par *Ibidem*).

politique néolibérale sont bien réunies : une intervention étatique modelant le fonctionnement du marché afin de laisser ensuite libre court aux volontés individuelles. Cet objectif économique est d'ailleurs ouvertement proclamé et rappelé tant par le législateur européen¹ que national².

L'instauration d'un fonctionnement harmonieux du marché résulte donc principalement d'une intensification des échanges, démontrant une approche néolibérale du législateur. Toutefois, l'axiologie consumériste contemporaine peut, de manière plus anecdotique, avoir pour finalité l'orientation des échanges en guidant le consommateur vers certains produits ou en le détournant de certains autres.

B. Une finalité d'orientation des échanges

659. Manifestations – À la marge, des normes clairement sous-tendues par la valeur contemporaine d'équilibre ne semblent pas poursuivre la finalité économique identifiée précédemment. Elles n'ont pas pour objectif de préserver la confiance du consommateur dans une optique de développement des échanges.

Au contraire, il s'agit plutôt ici d'orienter ceux-ci, d'encourager le consommateur à aller vers certains produits au détriment d'autres. Cela ressort notamment de la mise en place d'une obligation d'information relative aux conditions sociales de fabrication des produits – aussi limitée soit-elle³ – et surtout des récentes lois du 10 février 2020⁴ et du 22 août 2021⁵.

¹ Sans pouvoir les citer de manière exhaustive, on peut mentionner le considérant n°3 de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales qui relève que « les législations des États membres en matière de pratiques commerciales déloyales présentent des différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur ». De telles considérations se retrouvent dans bien d'autres directives, notamment dans la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (considérant n°2) ou encore dans la directive du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE (considérant n°2). Le droit de la consommation est ici conçu comme vecteur d'instauration d'un marché intérieur et donc d'une concurrence loyale entre les acteurs économiques des différents États.

² Pour exemple, il est pertinent de relever le plan élaboré de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie transposant notamment la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Les dispositions de la directive sont partiellement transposées dans un chapitre intitulé « renforcer la protection du consommateur », lui-même inclus dans un titre nommé « mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance ». L'utilisation du droit de la consommation comme outil dans l'élaboration d'une concurrence saine est ici évidente.

³ Cf. *supra* n°552 et s.

⁴ L. n°2020-105, 10 fév. 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

⁵ L. n° 21-1104, 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (loi « Climat »)

Sans citer l'intégralité des évolutions apportées par celles-ci, la première crée une obligation d'information du professionnel sur la réparabilité du produit¹ ou sur la distinction entre la date de durabilité minimale d'un produit et sa date de consommation maximale². De son côté, outre la création de nouvelles dispositions au sein du Code de l'environnement³, la loi 22 août 2021 élargit le délit de pratique commerciale trompeuse à tout allégation fausse ou de nature à induire en erreur quant à l'impact environnemental du produit, élément érigé en caractéristique essentielle de celui-ci⁴.

660. L'orientation de la consommation – Ces dispositions sont bien animées par un esprit consumériste visant à l'établissement d'un équilibre technique entre professionnels et consommateurs. Certaines d'entre elles peuvent, comme nous l'avons vu, aisément être rattachées à l'axiologie contemporaine par leur subjectivité⁵.

Pourtant, elles détonnent au sein de la législation consumériste contemporaine en ce qu'elles ne visent guère à intensifier les échanges. La finalité n'est pas ici de susciter l'action du consommateur mais plutôt de la guider, de l'orienter, d'inciter le consommateur à adopter des modes de consommation respectueux de l'environnement ou des droits fondamentaux. Le consommateur est toujours envisagé au prisme de sa fonction économique déterminante du fonctionnement du marché, mais d'une manière différente. Alors que l'équilibre individualiste sert principalement de moteur au marché, il en est ici l'architecte : il s'agit cette fois de façonner le marché en attirant l'attention du consommateur sur certains éléments afin de le dissuader ou de l'inciter, ce qui *in fine* vise à modifier les comportements des professionnels⁶.

¹ Art. L. 441-3, C. conso.

² Art. L. 412-7, C. conso.

³ Pour une présentation et analyse de celles-ci, V. not. le compte-rendu du webinaire organisé sur ce sujet par la Chaire Droit de la consommation, hébergée par la Fondation CY Cergy Paris Université, du 13 décembre 2021 (O. MARAUD, « La loi Climat et le Droit de la consommation », CCC 2022, n°4, ét. n°5). Nous ne rentrerons pas dans le détail de celles-ci car elles dépassent le droit de la consommation tant dans leur source (not. le Code de l'environnement) et dans leur logique qui n'a parfois aucun lien avec la question du rééquilibrage du rapport de force consommateurs-professionnels.

⁴ Art. L. 121-2, 2°, b), C. conso.

⁵ Il en est ainsi de l'information relative aux conditions sociales de fabrication des produits (cf. *supra* n°552 et s.) et des pratiques commerciales trompeuses (cf. *supra* n°464 et s., 483 et s.).

⁶ « Il ne faut pas surestimer l'impact de ces dispositions [...]. Mais il est possible aussi d'y voir une source potentielle d'évolutions des finalités du droit de la consommation, le système juridique s'efforçant de passer d'une surconsommation indifférente aux enjeux éthiques de la fabrication et commercialisation à une consommation responsable, en encadrant et en limitant la consommation au service de l'intérêt général » (D. FENOUILLET, « Objet du droit de la consommation » in. *Droit de la consommation*, D. Fenouillet (dir.), Dalloz Action, 2021-2022, n°012.00 et s., spéc. n°012.63).

661. L'instrumentalisation du droit de la consommation – D'apparition plus récente, cette finalité secondaire de la législation consumériste contemporaine n'est pas en totale contradiction avec la première. En effet, la conception instrumentale d'un droit de la consommation au service du marché permet de telles évolutions. Dès lors qu'il n'est qu'un outil d'une politique économique plus globale, que sa vocation ne réside plus dans l'établissement d'une justice sociale entre les agents économiques, il n'est pas surprenant que ses finalités se diversifient. Indépendamment de tout jugement sur les intérêts nouvellement protégés, il nous semble regrettable que cela s'opère au détriment de la cohérence juridique et axiologique de ce pan du droit.

L'équilibre individualiste s'impose donc bien comme une valeur économique visant au fonctionnement harmonieux du marché. En revanche, il semble que cette valeur est dénuée de toute finalité morale.

§2. Une valeur dénuée de finalité morale

662. L'absence de finalité morale – Comme on l'a vu précédemment, l'équilibre consumériste pouvait être qualifié de valeur morale dès lors qu'il aspirait à un perfectionnement des rapports interindividuels et, indirectement, à celui de l'individu¹.

Le constat est bien différent concernant l'équilibre individualiste. Cette nouvelle valeur se démarque d'abord par son désintérêt pour le perfectionnement des relations interindividuelles. En effet, en abandonnant la dimension structurelle de la protection, l'axiologie contemporaine ne vise plus, ni à l'établissement d'une justice sociale, ni même à une civilisation du rapport de force entre consommateurs et professionnels. Cela s'explique par un recentrement sur l'individu et sur sa subjectivité.

On pourrait alors penser que le perfectionnement de celui-ci constitue une des finalités de l'équilibre individualiste. Avec la résurgence de notions d'inspiration civiliste telles que la bonne foi, l'abus de droit, la faute ou l'intention dolosive, il serait envisageable de considérer que cette valeur participe à un certain perfectionnement de l'individu au travers de la

¹ Cf. *supra* n°428 et s.

sanction des nuisances causées volontairement à autrui¹. Mais cette analyse ne semble guère convaincante puisque cet effet n'est qu'une conséquence indirecte de la finalité économique première, identifiée précédemment². C'est bien pour préserver la confiance de l'individu-consommateur que les dispositifs sont recentrés sur lui. Il ne s'agit donc pas d'une finalité à part entière.

663. Une nouvelle conception du consommateur – Ce profond changement dans l'appréhension du consommateur, et plus généralement des rapports de force économiques, pourrait être légitimé par l'apparition d'un consommateur nouveau, affranchi du besoin de protection qui le caractérisait auparavant. Comme cela a été notamment avancé par Madame le Professeur BERNHEIM-DESVAUX, le consommateur « moderne » est, en effet, bien plus actif : il s'informe par ses propres canaux de communication, il peut influencer sur la réputation des professionnels notamment par des avis publiés en ligne, il peut exercer certaines activités commerciales pour le compte du professionnel avec le recours au financement participatif, etc.³. Le consommateur a gagné en indépendance et en conscience des enjeux liés à la conclusion de ses contrats.

Un tel portrait expliquerait l'évolution axiologique qui nous occupe : dès lors que le consommateur est devenu acteur et n'est plus simple spectateur, il n'est pas surprenant qu'il soit « davantage question aujourd'hui [de l']accompagner [...], plus que de le protéger » ainsi que « d'accompagner le professionnel, plus que de le sanctionner »⁴. L'individualisation de la protection permettrait ainsi la rupture avec une « législation technique et pointilleuse qui n'est plus adaptée à un marché de la consommation dynamique et évolutif »⁵. Aussi, la mutation axiologique contemporaine pourrait être légitimée par le constat d'une disparition du rapport de force structurel entre consommateurs et

¹ Cf. *supra* n°113 et s.

² Cf. *supra* n°650 et s.

³ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur - Les nouveaux défis du droit de la consommation », *JCP G* 2017, doctr. 841, spéc. n°8-14. L'auteur développe un propos similaire, bien que plus condensé, dans un autre article : S. DESVAUX, « La transformation du droit français de la consommation par le droit communautaire », in *40 ans de droit de la consommation*, dir. D. Mainguy et M. Depincé, Pr. de la faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2013, p. 13, p.22-23.

⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur - Les nouveaux défis du droit de la consommation », *op. cit.*, spéc. n°17.

⁵ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Du pouvoir des consommateurs aux pouvoirs du consommateur - Les nouveaux défis du droit de la consommation », *op. cit.*, spéc. n°24.

professionnels. La législation consumériste devrait ainsi se concentrer sur l'efficacité et la fluidité de leurs interactions et non sur leur façonnement.

664. Si l'évolution des comportements des consommateurs est indéniable, elle n'est pas univoque. Il n'est pas douteux, en effet, que le consommateur du XXI^{ème} siècle n'est plus le même que celui des débuts de la société de consommation. De manière générale, il a gagné en méfiance face aux dires des professionnels, en compréhension de ses droits et des enjeux que soulève la consommation – qu'ils soient écologiques, financiers, politiques, etc. Ce gain d'autonomie s'explique par plusieurs décennies d'éducation, de familiarisation avec le phénomène de consommation et ses dérives. Sans exagérer l'importance du droit de la consommation dans les mentalités individuelles, il semble que cette législation « technique et pointilleuse » a joué un rôle dans cette évolution. En introduisant dans l'esprit du consommateur l'idée d'une protection objective et absolue, il est probable que ce pan du droit ait participé au développement de cet esprit contestataire et autonome qui caractérise aujourd'hui le « consommateur »¹.

665. Une mutation du rapport à la consommation – Cette analyse omet toutefois certaines mutations substantielles de l'acte de consommation lui-même.

La mutation est d'abord matérielle et est notamment due au développement du numérique. D'un acte momentané, souvent rare voire exceptionnel, impliquant de nombreuses contraintes matérielles, telles que le coût ou le déplacement, l'acte de consommation est devenu un acte quasi-instantané, souvent quotidien, dématérialisé et fréquemment délesté de nombreuses contraintes matérielles.

La mutation est ensuite symbolique. Si, dans les débuts de la société de consommation, la consommation s'imposait comme un acte favorisant l'accroissement d'un bien-être matériel et permettant la différenciation sociale, elle est aujourd'hui « intimisée »², profondément liée au façonnement de l'identité individuelle. Cette transition d'une société de consommation à une société d'hyper-consommation, mise en lumière par Monsieur le Professeur LIPOVETSKY, a modifié le consommateur et son comportement : « d'un consommateur assujéti aux contraintes sociales du standing, on est passé à un

¹ G. LIPOVETSKY, *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, Gallimard, 2006, p.43.

² *Ibidem*.

hyperconsommateur à l'affût d'expériences émotionnelles et de mieux-être, de qualité de vie et de santé, de marques et d'authenticité, d'immédiateté et de communication »¹. Cette intrusion de la consommation dans l'intime, faisant d'elle un « empire sans temps mort »², rend paradoxale la condition du consommateur : « d'un côté, celui-ci s'affirme comme un "consommateur", informé et "libre"[...]. De l'autre, les modes de vie, les plaisirs et les goûts se montrent de plus en plus sous la dépendance du système marchand. Plus l'hyperconsommateur détient un pouvoir qui lui était inconnu jusqu'alors, plus le marché étend sa puissance tentaculaire ; plus l'acheteur est en état d'autoadministration et plus il y a d'extrodétermination liée à l'ordre commercial »³.

666. Partant, cette mutation du consommateur ne l'immunise aucunement contre toute domination, tout déséquilibre dans ses rapports avec les professionnels. Elle n'a nullement signé la disparition du déséquilibre structurel qui caractérise leur relation.

À notre sens, le passage d'un consommateur passif à un consommateur actif et conscient s'explique par une nécessité d'adaptation aux mutations sociétales – faisant de l'acte de consommation un acte intime et omniprésent – et non par une quelconque émancipation. Il semble illusoire de croire qu'il s'est affranchi de l'infériorité structurelle qui caractérise son rapport avec le professionnel. C'est pourquoi il nous paraît impossible de célébrer l'assouplissement et la subjectivation du droit de la consommation : face à l'intensification et à l'« intimité » du phénomène consumériste, ce droit devrait tout au contraire agir comme un rempart, en garantissant au consommateur un filet juridique de sécurité.

667. Conclusion de la Sous-section 2. – L'équilibre individualiste s'impose comme une valeur économique.

Cette nouvelle valeur aspire d'abord à garantir un fonctionnement harmonieux du marché par une *intensification* des échanges. À cette fin, la confiance du consommateur doit être garantie : le consommateur doit croire en la fiabilité et en la légitimité du fonctionnement du marché, pour que son entrée y soit facilitée, et que ses actes de consommation se multiplient et se fluidifient. Cela explique ainsi la subjectivation généralisée du droit de la

¹ G. LIPOVETSKY, *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, op. cit., p.12.

² G. LIPOVETSKY, *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, op. cit., p.13.

³ *Ibidem*.

consommation qui n'a plus vocation à résoudre un déséquilibre structurel mais des déséquilibres circonstanciels, puisque seuls ces derniers portent une atteinte concrète à la confiance du consommateur.

De manière plus accessoire, l'établissement d'un fonctionnement harmonieux du marché s'effectue par une *orientation* des échanges : le droit de la consommation oriente le comportement des consommateurs, en les incitant à consommer certains produits, à adopter certains modes de consommation respectueux de l'environnement ou des droits fondamentaux.

L'équilibre individualiste laisse ainsi transparaître des racines néolibérales : le droit de la consommation constitue un instrument de façonnement du marché, préalablement à l'exercice libre des libertés individuelles.

668. Conclusion de la Section 2. – Nous avons identifié deux types de finalités à l'équilibre individualiste nouveau, qui tend à supplanter l'équilibre consumériste traditionnel : des finalités substantielles, et des finalités axiologiques.

Il a ainsi été démontré que, si la nouvelle axiologie consumériste avait conservé ses finalités protectrices et disciplinaires, cela ne s'est fait qu'au prix de leur *individualisation*. À une discipline uniformisée et collective fondée sur la contrainte, succède une discipline individuelle fondée sur l'accompagnement et l'adaptation ; à une protection collective contre une infériorité structurelle, succède une protection individualisée de l'individu – consommateur ou non – en situation de faiblesse face à son cocontractant.

Un tel constat nous a invité à redéfinir les finalités axiologiques poursuivies par l'équilibre individualiste. Celui-ci s'impose comme une valeur *économique* aspirant au fonctionnement harmonieux du marché par une intensification des échanges – atteint par la préservation de la confiance du consommateur – et, accessoirement, par une orientation de ceux-ci.

Conclusion du Chapitre 1.

- 669.** L'analyse des évolutions précédemment identifiées ne permet pas d'en douter : l'axiologie consumériste contemporaine doit composer avec une nouvelle valeur, celle de l'équilibre individualiste. D'une ampleur croissante, elle coexiste avec l'équilibre consumériste traditionnel, sur lequel elle rogne progressivement. Ainsi les mutations de la législation consumériste révèlent-elles une volonté perceptible d'assouplir le cadre objectif de la protection structurelle qui était classiquement organisée.
- 670.** Quoiqu'elle vise encore à la garantie d'un équilibre technique et économique entre les parties, cette nouvelle valeur renonce à en prescrire un modèle unique. Elle garantit ainsi un équilibre *particulier*. Celui-ci fluctue, en fonction des dispositions concernées, selon des considérations subjectives telles que la volonté d'une ou des parties, leurs intentions, leurs agissements, etc.
- 671.** Indéniablement subjective, la nouvelle valeur d'équilibre individualise les finalités de l'équilibre consumériste : à une discipline collective *des* professionnels, succède une discipline individuelle *du* professionnel ; à une protection structurelle de la collectivité des consommateurs, se substitue une *protection de l'individu subissant un déséquilibre circonstancié*. Aussi, en adoptant un prisme subjectif et individuel, l'équilibre individualiste ne s'intéresse guère à un rééquilibrage des rapports entre groupes sociaux.
- 672.** Dès lors, sa finalité est *économique* : la valeur aspire principalement à une intensification des échanges en se concentrant sur la préservation de la confiance du consommateur ainsi incité à multiplier ses interactions économiques. La protection de celui-ci « intervient alors comme un « "sous- produit", un effet médiat et indirect, "collatéral", de la défense d'un autre impératif, comme une protection "en retour" de celle du bon fonctionnement du marché »¹.

¹ J. ROCHFELD, « De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », in. J.-S. Berge et I Omarjee (dir.), *Approche critique du vocabulaire européen : la confiance*, Chronique de droit européen et comparé n°XXI, LPA, 16 févr. 2009, n°33, p.7, spéc. n°13.

673. Cette évolution traduit un recentrement axiologique sur l'individu et sa volonté, qui signe un retour du libéralisme, non sous sa forme classique, mais sous sa forme moderne : le néo-libéralisme. L'analyse axiologique démontre ainsi un profond changement d'orientation de la législation consumériste dans son rapport avec le marché économique. Animée hier par la volonté de diriger les rapports professionnels-consommateurs, elle semble aujourd'hui plutôt garantir la libre expression des volontés individuelles, tant qu'un minimum d'équilibre est garanti dans leurs relations.

L'identification de l'équilibre individualiste étant achevée, il nous reste maintenant à en analyser la diffusion tant actuelle au-delà du droit de la consommation, qu'à venir au sein même de celui-ci.

Chapitre 2. La diffusion de l'équilibre individualiste

674. Plan – Le droit de la consommation est actuellement tiraillé entre deux axiologies, l'une se diffusant progressivement au détriment de l'autre. Il est probable que l'on assiste à la poursuite de cette expansion au sein du droit de la consommation dans les années à venir (**Section 2.**).

Cela est d'autant plus vraisemblable que l'équilibre individualiste s'est déjà répandu hors des frontières consuméristes. En effet, ayant rompu avec les principes classiques du droit de la consommation, la nouvelle valeur d'équilibre n'est plus incompatible avec le fonctionnement tant du droit commun que du droit de la concurrence, au sein desquels elle a entamé sa diffusion (**Section 1.**)

Section 1. Une diffusion avérée hors du droit de la consommation

675. Plan – L'avènement de l'équilibre individualiste est encore un processus inachevé au sein de la législation consumériste. Pourtant, au travers de la sanction des clauses abusives, c'est-à-dire celles créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la nouvelle valeur a déjà franchi les frontières du droit de la consommation et s'étend tant dans le droit de la concurrence (**Sous-section 1.**) que dans le droit commun (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. Une diffusion dans le droit de la concurrence

676. Des fondements distincts – Dans ses fondements, le droit de la concurrence diffère profondément du droit de la consommation. Il repose sur « une idée simple : la liberté reconnue et protégée par le droit d'entrer en compétition avec d'autres afin de conquérir une clientèle »¹. Dès lors, le droit de la concurrence désigne l'ensemble des règles permettant ou limitant l'exercice de cette liberté par les professionnels dans leurs échanges.

¹ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2022, p.1.

Ce postulat est ainsi fort éloigné de celui ayant fondé le droit de la consommation : il ne s'agit guère ici de réguler un rapport de force particulier mais plutôt de préserver et assurer un fonctionnement efficace et loyal du marché. De surcroît, ces dispositifs n'ont plus vocation à s'appliquer entre deux catégories distinctes d'agents économiques, mais bien entre professionnels, aussi divers et inégaux soient-ils.

677. Des axiologies distinctes – Il paraît alors logique que la législation concurrentielle soit sous-tendue par une axiologie bien différente. Si notre propos ne vise évidemment pas à reproduire ici l'analyse effectuée pour le droit de la consommation, il nous semble possible d'affirmer que ce pan du droit est sous-tendu par un impératif de liberté.

D'une part, certains dispositifs comme la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou des abus de position dominante garantissent l'exercice de la liberté d'entrer sur un marché et d'y interagir avec d'autres acteurs.

D'autre part, le droit de la concurrence garantit la loyauté de l'exercice de cette liberté au travers notamment de la sanction de la concurrence déloyale¹. Cette loyauté est conçue comme faisant partie intégrante de l'idée de liberté, car « seule la concurrence loyale est libre »².

678. La sanction du déséquilibre significatif entre deux professionnels – On trouve pourtant trace d'une volonté de rééquilibrage d'un rapport de force inégal à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. Le texte dispose qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services [...] de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

679. Plan – L'analyse de l'article révèle une appréhension subjective et concrète du déséquilibre significatif (§1.). Celle-ci procède de la valeur d'équilibre individualiste (§2.).

¹ Cette présentation est inspirée de la division fondamentale du manuel des professeurs AUGUET, GALOKHO et RIÉRA (Y. AUGUET, C. GALOKHO, A. RIÉRA, *Droit de la concurrence*, coll. Spécial Droit, éd. Ellipses, 2020).

² Y. AUGUET, C. GALOKHO, A. RIÉRA, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 335.

§1. L'appréhension subjective et concrète du déséquilibre significatif

680. Créé en 2008¹, et modifié en profondeur par l'ordonnance du 24 avril 2019², l'article L. 442-1 du Code de commerce énumère différentes pratiques restrictives de concurrence, toutes sanctionnées par l'engagement de la responsabilité délictuelle de leur auteur. Parmi elles, figure la sanction de toute soumission ou tentative de soumission de son cocontractant à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations contractuels. Bien qu'étant un en apparence similaire à son pendant consommériste, cette incursion des clauses abusives dans les rapports entre professionnels s'en démarque par sa subjectivité.

681. Plan – Deux conditions étroitement corrélées sont nécessaires au prononcé de la sanction : l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission, d'une part ; une ou plusieurs obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'autre part. Les liens avec le dispositif consommériste sont évidents.

Pourtant, chaque condition démontre une divergence certaine avec celui-ci : l'exigence expresse d'une soumission démontre le glissement d'une appréhension de la domination, de structurelle à particulière (**A.**) ; le déséquilibre significatif ne consiste, pour sa part, plus tant dans un déséquilibre juridique objectif que dans un déséquilibre économique particulier (**B.**).

A. D'une domination structurelle à une domination particulière

682. La condition de soumission – La soumission ou la tentative de soumission d'un cocontractant professionnel à un déséquilibre significatif constitue le « premier élément constitutif de la pratique » et « implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées »³. Il s'agit donc, pour la partie victime, de démontrer l'absence concrète et avérée de négociation effective de chaque clause⁴.

¹ L. n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

² Ord. n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées

³ Cass. com. 20 nov. 2019, n°18-12.823 : *AJ contrat*. 2020. 35, obs. F. buy ; *JCP G*, n°1-2, janv. 2020, 17, note N. Dissaux ; *D.* 2019. 2292 ; *ibid.* 2020. 789, obs. N. Ferrier ; *RTD civ.* 2020. 109, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020. 322, obs. M. Chagny ; *RDC* 2020. 39, obs. M. Behar-Touchais.

⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, *Droit de la concurrence, op. cit.*, p.674, n°823. Cette volonté d'assurer l'effectivité de la négociation est si prégnante que la Cour a récemment pris en compte « l'asymétrie d'information [lors de la négociation] pour caractériser la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et

En cela, le dispositif concurrentiel se rapproche indéniablement des normes européennes en la matière. La directive du 5 avril 1993 cantonne ainsi la définition des clauses abusives à celles « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle »¹. Même si cette condition n'a pas été reprise en droit français – le législateur ayant opté pour une protection plus étendue s'appliquant –, il est intéressant de noter une certaine proximité entre les deux dispositifs.

683. Une appréhension distincte du prisme consumériste – Cette condition marque une première différence nette avec le régime consumériste des clauses abusives qui s'applique dans tout rapport consommateur-professionnel. Cette absence de négociation des clauses contractuelles constituera bien souvent une réalité au sein de ce rapport ; mais elle n'est pas une condition d'application du dispositif, le Code de la consommation ayant privilégié une approche abstraite, à l'échelle du marché, des rapports de force. À l'inverse, le dispositif concurrentiel privilégie une approche individualisée du rapport entre les parties.

684. Une partie de la doctrine a pourtant tenté d'unifier ces deux régimes. Cela ressort notamment des travaux de Mme CHAUDOUET². Partant d'une réalité sociologique, l'auteur a considéré qu'une dépendance structurelle et contextuelle existe toujours dans les contrats de consommation et commerciaux comportant des clauses dites abusives³. De cette réalité commune – que nous ne nions aucunement – ont été déduites l'existence juridique d'une

obligations des parties sans distinguer formellement entre la condition de soumission et l'existence du déséquilibre » (N. MATHEY, comm. sous Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-10.897, CCC 2022, n°4, comm. 61).

¹ Art. 3, 1., dir. 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Le dispositif concurrentiel n'est pourtant pas en tout point similaire à la norme européenne. La directive prévoit en effet qu'une clause ne peut être qualifiée d'abusives notamment qu'à la condition qu'elle crée un déséquilibre significatif « en dépit de l'exigence de bonne foi ». Ce critère subjectif n'a pas été repris en droit français mais continue d'être mobilisé et affiné par la Cour de Justice de l'Union Européenne. Il est intéressant de noter que l'absence de négociation ou de négociabilité de la clause litigieuse est aussi mobilisée au sein de cette condition. La Cour a ainsi estimé que « le juge national doit vérifier [...] si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle » (CJUE, 14 mars 2013, *Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya*, n° C-415/11 : D. 2014. 1297, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD eur.* 2013. 559, obs. C. Aubert de Vincelles ; *JCP E* 2014. 1331, note S. Moracchini-Zeidenberg ; *Europe* 2013, comm. 228, V. Michel).

² S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, 2021.

³ « Les relations de consommation et les relations commerciales, en particulier dans le secteur de la grande distribution, partagent la même réalité d'être des relations de dépendance à la fois structurelle et contextuelle, en ce que cette dépendance affecte leur structure même et prend sa source dans un contexte d'inégalité préexistant à la conclusion des contrats » (S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, p. 40 et s., n°38 et s).

condition de soumission commune aux deux régimes ainsi que la nécessité d'établir une présomption de soumission découlant de l'existence d'un déséquilibre significatif¹.

C'est sur ce point que la présentation nous semble dénaturer les dispositifs et ce qui les sépare. Si le constat nous semble indéniable dans son principe – le déséquilibre d'un contrat résultant nécessairement d'une inégalité entre les parties –, il omet pourtant l'opposition fondamentale entre les deux approches : l'une est fondée sur un constat relatif à la structure du marché, tandis que la seconde repose sur un constat relatif aux rapports concrets entre les professionnels qui sont parties au contrat, indépendamment de toute considération holistique². Certes, il est probable que le législateur, en créant ce dispositif, ait eu à l'esprit la régulation de certaines relations économiques structurellement déséquilibrées, notamment celles régnant sur le marché de la grande distribution. Pourtant, contrairement au droit de la consommation qui a traduit cette volonté de régulation structurelle dans le texte³, une telle intention ne ressort pas de celui du Code de commerce. Cela est d'ailleurs expressément confirmé par l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation. Elle a en effet estimé que « si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, *ce seul élément ne peut suffire* et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation *effective* »⁴.

Cette absence d'appréhension d'une domination structurelle explique la bilatéralité de la protection qui peut profiter à chacune des parties, indépendamment de sa qualité (fournisseur, distributeur, producteur, etc.).

Outre cette particularisation de l'appréhension de la domination d'une partie sur l'autre, le dispositif concurrentiel se démarque de son homologue consommériste par une conception différente du déséquilibre.

¹ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, n°453 et s., p.352 et s.

² Pour une opinion similaire, cf. not. D. MAZEAUD, T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012. 276, spéc. p. 281 (T. Genicon : « [...] la relation qui se noue entre professionnels n'est pas du tout comparable avec celle qui se noue entre un professionnel et un consommateur. Dans ce dernier cas, on est à peu d'accord pour considérer qu'il y a *in abstracto* un déséquilibre structurel entre deux personnes de qualité différente l'une en face de l'autre. [En revanche], les relations entre professionnels sont souvent des relations très étendues et très variées qui ne se jouent pas à l'échelle d'un contrat mais au contraire dans une perspective beaucoup plus générale »)

³ Cf. *supra* n°329 et s.

⁴ Cass. com. 20 nov. 2019, n°18-12.823 : *op. cit.* (nous soulignons).

B. D'un déséquilibre juridique objectif à un déséquilibre économique particulier

685. Une méthode d'identification semblable – À cette première condition de soumission, s'ajoute une seconde condition qui lui est étroitement corrélée : l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce n'indique aucun élément de définition du déséquilibre ou d'identification des clauses litigieuses. En l'absence de listes noires ou grises, présumant ou réputant certaines clauses comme abusives, il est revenu à la jurisprudence le soin d'identifier les clauses devant être sanctionnées.

À l'instar de l'approche consumériste¹, les juges ont préconisé une analyse *in concreto* et globale du déséquilibre². Il s'agit d'opérer en deux temps : « de manière analytique, d'abord, aux fins d'identifier une clause [...] à la source d'un déséquilibre du contenu obligationnel, lequel procède d'une comparaison des seuls droits ou obligations que cette clause accorde aux parties ; de manière globale, ensuite, dans le but de trouver dans l'économie générale du contrat une justification au déséquilibre ainsi identifié au regard de la clause en question »³.

Si la méthode d'identification est semblable, l'absence de listes présumant certaines clauses comme abusives modifie le sens du dispositif. Pour rappel, ces listes constituaient dans la législation un indice prépondérant de l'existence d'un standard d'équilibre commun⁴. Leur absence en matière concurrentielle accentue la dimension circonstanciée et spécifique de la sanction puisque, si un déséquilibre significatif est identifié, il l'est nécessairement du fait d'une appréciation factuelle.

Pourtant, hormis cette différence, force est de conclure à une relative proximité dans la méthode.

¹ Cf. *supra* n°329 et s.

² Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907, P. : *JCP G* 2015, 603, note M. Behar-Touchais ; *JCP E* 2015, 1207, note S. Le Gac-Pech ; *RTD com.* 2015. 486, note M. Chagny ; *CCC* 2015, n°5, 115, obs. N. Mathey (« qu'ayant relevé l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses litigieuses, qu'aucune autre stipulation ne permettait de corriger, et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier, la cour d'appel, qui a procédé à une *analyse globale et concrète du contrat* et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, et qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° »)

³ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, n°226, p.181.

⁴ Cf. *supra* n°214 et s.

686. Un contenu différent – Il n'en est pas de même concernant le contenu du déséquilibre significatif. Contrairement au régime consumériste où la loi l'interdit expressément¹, le déséquilibre significatif du Code de commerce peut « résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu »². Cette interprétation de la Cour de cassation, confirmée par le Conseil constitutionnel³, rompt avec un interdit juridique puissant et traduit une perception bien distincte de la notion de déséquilibre.

Comme développé par Madame le Professeur MALAURIE-VIGNAL, « en droit de la consommation, [...] l'appréciation est objective. Le déséquilibre significatif peut résulter d'une comparaison entre la situation contractuelle et l'équilibre posé par la loi. Si le contrat diffère substantiellement de l'équilibre légal, le déséquilibre est constitué »⁴. Le juge se référant à un modèle légal abstrait, le prix n'a pas réellement sa place⁵.

À l'inverse, « l'appréciation du déséquilibre significatif [du Code de commerce] est économique. Aussi, le juge commercial peut, malgré le caractère unilatéral d'une clause, déclarer une clause non déséquilibrée au motif que la clause répondait à l'"équilibre économique" du contrat »⁶. L'appréciation ne se réfère plus à un modèle abstrait et général, mais résulte d'une véritable analyse de l'économie du contrat⁷. Elle n'est donc plus objective, mais subjective : l'équilibre y sera particulier à chaque relation contractuelle.

L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce adopte une approche concrète et subjective, bien distincte de celle choisie par le Code de la consommation. De telles considérations nous permettent de conclure à la présence sous-jacente de la valeur d'équilibre individualiste.

¹ Art. L. 212-1, al. 3, C. conso.

² Cass. com., 25 janv. 2017, n°15-23.547 : D. 2017. 481, note F. Buy.

³ Cons. Const., 30 nov. 2018, QPC, n° 2018-749.

⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, « Un, deux, trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », *Mélanges en l'honneur du professeur C. Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p.359, spéc. p. 364.

⁵ Sur cet aspect du déséquilibre significatif consumériste, cf. *supra* n°329 et s.

⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, « Un, deux, trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », *op. cit.*, spéc. p. 365.

⁷ Outre les arrêts cités par Mme Malaurie-Vignal dans l'article précédent (M. MALAURIE-VIGNAL, « Un, deux, trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », *op. cit.*, spéc. p. 366), on peut citer, à titre d'illustration un arrêt de la Cour d'appel de Nancy portant sur une clause stipulant que « le non-paiement d'une facture à son échéance entraîne de plein droit l'exigibilité totale et immédiate des clauses du contrat et la facturation de l'intégralité de la période ». Pour écarter l'existence d'un déséquilibre significatif, la Cour considère qu'« il ressort du contrat que cette clause est justifiée en ce que les frais importants de pose et de fabrication des panneaux publicitaires, objet du contrat, sont répartis sur une période de trois ans ; que cette disposition, examinée *au regard de l'économie générale du contrat*, n'apparaît pas comme créant un déséquilibre significatif » (CA Nancy, 2e ch. com., 14 déc. 2011, n° 10/02664 : cité par J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, « Les clauses contractuelles à l'épreuve du "déséquilibre significatif" : état de la jurisprudence », *CCC* 2013, n°11, ét. 14).

§2. *Un dispositif sous-tendu par la valeur d'équilibre individualiste*

687. Les caractères de l'équilibre individualiste – Comme énoncé précédemment, l'équilibre individualiste vise à garantir un équilibre technique et économique particulier entre deux parties de puissances concrètement inégales, ce dans le but de favoriser et d'intensifier les échanges entre les parties et avec les autres acteurs économiques¹.

Ces éléments semblent bien ressortir de l'analyse du dispositif de lutte contre les clauses abusives entre professionnels. En effet, s'y retrouve d'abord la volonté de garantir un équilibre particulier : l'équilibre n'est pas conçu comme un référentiel abstrait ; il est construit en référence aux relations des parties et à l'économie générale du contrat. On y retrouve ensuite la domination effective d'une partie sur l'autre au sein de la condition de soumission. L'équilibre individualiste a pour particularité, face à la valeur d'équilibre consumériste, de ne pas se cantonner à la relation consommateur-professionnel objectivement et structurellement déséquilibrée. Ici, la relation entre les parties et leur inégalité ne sont pas saisies abstraitement mais bien concrètement. L'équilibre individualiste paraît donc sous-tendre ce dispositif.

688. La finalité de l'équilibre individualiste – La conclusion s'impose d'autant plus que, contrairement à la législation consumériste qui ne le reconnaît qu'implicitement, le dispositif poursuit ouvertement des finalités conformes à celles de l'équilibre individualiste. L'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, inséré au sein d'une section relative aux « pratiques restrictives de concurrence » et d'une partie ayant trait à « la liberté des prix et de la concurrence », vise indéniablement à assurer un fonctionnement harmonieux du marché. Ainsi, cette protection du professionnel subissant un cadre contractuel construit à son désavantage a, conformément à l'équilibre individualiste, une finalité d'intensification des échanges. De manière similaire à la protection consumériste contemporaine, celle-ci sera atteinte par la préservation de la fonction économique de l'agent protégé.

Aussi, là où le droit de la consommation incite le consommateur à consommer, le droit de la concurrence favorise l'exercice libre par les professionnels de leur profession, qu'ils soient producteurs, fournisseurs, distributeurs ou prestataires de services. On retrouve ici une

¹ Cf. *supra* n°650 et s.

logique néolibérale de réglementation des rapports entre agents économiques, conçue comme un préalable nécessaire à l'exercice des libertés individuelles et à l'établissement d'un marché harmonieux. Au prisme de l'équilibre individualiste, on peut ainsi saisir la globalité de la politique économique du législateur qui s'étend du consommateur au professionnel.

L'équilibre individualiste ne se cantonne pourtant pas au droit de la concurrence puisque l'on en trouve trace dans le droit commun contemporain.

Sous-section 2. Une diffusion dans le droit commun

- 689.** Rompant avec sa logique originelle, fondée sur la préservation et le respect des volontés individuelles, la réforme du droit des obligations a introduit, à l'article 1171 du Code civil, un dispositif sanctionnant les clauses abusives¹. L'article dispose que : « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».
- 690.** **Champ d'application *ratione personae*** – À titre liminaire, il nous faut préciser le champ d'application de ce nouvel article, afin de mieux en saisir l'ampleur et la fonction. Considérant l'étendue de la diffusion de la notion de déséquilibre significatif et en l'absence d'indication dans le texte, la Cour de cassation a fort logiquement tranché pour une application subsidiaire. Elle a ainsi considéré, en se fondant sur l'intention du législateur, que le dispositif devait être mobilisé pour sanctionner « les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation »². En somme, l'article 1171 a vocation à s'appliquer dans des conventions conclues entre particuliers et, dans certaines hypothèses spécifiques,

¹ Issu de l'ord. °2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782 : CCC 2022, n°3, comm. 40, comm. L. Leveueur ; JCP G 2022, n°494, p.788, comm. M. Behar-Touchais ; D. 2022. 539, note S. Tisseyre ; RTD civ. 2022. 124, note H. Barbier ; D. Actu, 1^{er} févr. 2022, obs. C. Hélaïne.

entre professionnels¹. Ce dispositif signe ainsi l'achèvement du processus de généralisation de la sanction du déséquilibre significatif.

691. Plan – Pourtant, de manière similaire au dispositif concurrentiel, son appréhension s'émancipe des canons consuméristes classiques. Il apparaît effectivement que les conditions de non-négociabilité et de déséquilibre significatif sont envisagées de manière subjective (§1.). Cela révèle la présence sous-jacente de la valeur d'équilibre individualiste (§2.).

§1. Des conditions subjectives

692. Plan – Les deux conditions posées par l'article 1171 démontrent une approche subjective de la lutte contre les clauses abusives. La première, la non-négociabilité de la clause litigieuse, traduit l'exigence d'une domination effective d'une partie sur l'autre (A.). La seconde, l'existence d'un déséquilibre significatif découlant de ladite clause, est appréciée de manière subjective par la jurisprudence naissante (B.).

A. La non-négociabilité d'une clause, indice de la domination effective d'une partie

693. L'emphase sur l'absence de négociation – Pour rappel, l'article dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

La condition de non-négociabilité est donc présente à deux reprises dans le texte : outre la référence expresse à son caractère « non négociable », la clause doit être insérée dans un contrat d'adhésion défini à l'article 1110 du Code civil comme un contrat comportant « un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ainsi,

¹ Dans l'arrêt précité (note préc.), la convention litigieuse de location financière était conclue entre deux professionnels, le bailleur étant qualifié d'établissement financier. En raison de cette qualité et du type de convention conclue, il n'était pas soumis au droit des pratiques restrictives de concurrence et échappait dès lors à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

le contrat doit comporter plusieurs clauses non-négociables et l'une d'entre elles doit créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

694. Absence de négociation et soumission. *Distinction ?* – Souhaitant marquer une distinction nette entre les dispositifs issus des droits spéciaux et celui issu du droit commun, les travaux de Mme CHAUDOUET ont écarté tout lien entre l'absence de négociation et la condition de soumission du dispositif concurrentiel¹. Elle affirme ainsi que « déterminer unilatéralement des clauses, quand bien même celles-ci ne seraient pas négociables, ne revient pas à soumettre son cocontractant, ni d'ailleurs à les lui imposer »². L'auteur considère, en outre, que l'article 1171 est destiné « à s'appliquer à des contrats par nature indéfinis, au sujet desquels on ne peut présupposer l'existence d'aucun rapport de force sous-jacent, ce qui ressort de la neutralité des termes choisis par le législateur »³. Aussi, l'inégalité pouvant exister entre les parties est « contextuelle, au sens où elle prend sa source dans le contexte particulier de conclusion d'un contrat donné », « circonstancielle et ponctuelle, liée aux circonstances propres à chaque espèce »⁴.

Similarité – Nous approuvons l'auteur lorsqu'elle relève que le critère civiliste est contextuel et particulier : sa formulation laisse bien supposer une appréciation *in concreto* d'une inégalité particulière à chaque espèce.

Toutefois, la distinction entre ce dispositif et celui du Code de commerce ne convainc pas. En effet, sans que l'on puisse les déclarer identiques, et comme évoqué précédemment, la dimension contextuelle et particulière ressort également de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, puisqu'il exige une preuve positive d'une soumission, de l'imposition *concrète et avérée* d'une clause non-négociable par une partie⁵. Cette proximité est particulièrement frappante lorsqu'elle est comparée au régime consumériste qui, pour sa part, n'exige aucune preuve de ce type : outre le déséquilibre significatif, seule l'existence d'une relation consommateur-professionnel conditionne l'application du dispositif. Ce critère relationnel et structurel se démarque profondément des conditions de soumission et non-négociabilité. Que cela soit de manière partielle pour le dispositif commercial, ou totale

¹ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, 2021,

² S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, n°669, p.513.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cf. *supra* n°682-684.

pour le dispositif civiliste, les deux textes se détachent en effet de considérations relatives aux fonctions économiques des parties pour se concentrer sur les circonstances de l'insertion de la clause litigieuse dans la convention.

Ainsi, si le dispositif commercial et l'article 1171 diffèrent dans leur champ d'application et dans leurs prémisses, il semble que la non-négociabilité, à l'instar de la soumission, traduise un ascendant concret d'une partie sur l'autre et constitue, par conséquent, un indice important d'une inégalité de puissance entre eux. De manière similaire sur ce point au Code de commerce, le Code civil privilégie donc une appréhension particulière et concrète à une appréhension structurelle de la domination d'une partie sur l'autre.

La clause non-négociable doit, en outre, créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, déséquilibre qui semble se distinguer lui aussi de l'approche consumériste classique.

B. Un déséquilibre effectif et circonstancié

695. L'appréciation du déséquilibre significatif – L'article 1171 reprend simplement la formulation employée par ses aînés en visant toute clause « qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». De plus, contrairement au dispositif concurrentiel, le Code civil reprend la limitation du champ d'appréciation du déséquilibre : celui-ci ne peut porter « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». À la lecture du texte, l'article 1171 du Code civil semble ainsi se rapprocher de l'appréhension consumériste du déséquilibre significatif.

696. L'absence de corrélation entre défaut de réciprocité et déséquilibre significatif – Malgré le peu de jurisprudence dû à la nouveauté du dispositif, l'appréciation qui en est faite par les juges semble pourtant s'éloigner des canons consuméristes. Dans un arrêt du 26 janvier 2022¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation devait notamment se prononcer sur le caractère abusif d'une clause résolutoire pour inexécution, insérée dans un

¹ Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782 : CCC 2022, n°3, comm. 40, comm. L. Leveueur ; JCP G 2022, n°494, p.788, comm. M. Behar-Touchais ; D. 2022. 539, note S. Tisseyre ; RTD civ. 2022. 124, note H. Barbier ; RDC 2022. 200p9, note M. Latina ; D. Actu, 1^{er} févr. 2022, obs. C. Hélaïne.

contrat de location financière¹. Cette clause n'était stipulée qu'à l'encontre du locataire et non du bailleur. Elle n'était donc pas réciproque et conférait une prérogative exclusive au bailleur.

Cet argument, que la Cour d'appel avait retenu pour déclarer abusive la clause, est écarté par la Cour de cassation qui retient que « le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat [...] se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties ». L'absence de réciprocité, l'unilatéralisme d'une prérogative – indices souvent significatifs en matière consumériste² – ne suffisent ainsi pas à caractériser un déséquilibre significatif.

697. Une appréciation circonstanciée et concrète du déséquilibre – Comme cela a été expliqué, l'argument fait écho au pourvoi formé par le bailleur qui invoquait la particularité du contrat de location financière. Ici, « le loueur, eu égard au caractère purement financier de son intervention, exécute instantanément l'intégralité de ses obligations (règlement immédiat du prix des biens commandés au fournisseur ; mise à disposition de ces biens au profit du locataire) ; seul le locataire reste ensuite tenu d'obligations (ce sont les loyers à payer à chaque échéance mensuelle) susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire »³.

Sans que l'on s'attarde sur le bien-fondé d'une telle justification⁴, celle-ci est fort éclairante sur l'approche retenue par les juges du déséquilibre significatif de l'article 1171. En effet, la Cour dénie l'existence d'un déséquilibre significatif en se référant au contenu du contrat, à son fonctionnement, dans l'espèce concernée. Contrairement au raisonnement consumériste, elle n'opère pas un raisonnement *in abstracto* et privilégie une analyse « concrète » et « substantielle » du déséquilibre⁵. Celui-ci doit être apprécié dans chaque contrat, en considération des spécificités de la relation contractuelle, des rapports entre les parties, du contenu du contrat, des circonstances de sa formation, de son exécution, etc. Cela

¹ Il s'agit d'un contrat par lequel une société de financement confie à bail à un locataire un bien acquis auprès d'une société tierce.

² Cf. *supra* n°331.

³ L. LEVENEUR, comm sous Cass. com. 26 janv. 2022, *op. cit.*

⁴ L'argument ne convainc, en effet, pas pleinement. Sans que l'on ait pu consulter les stipulations contractuelles, il nous semble fort surprenant que le bailleur soit ici exempt de toute obligation durant l'exécution du contrat. Ne serait-il pas, par exemple, débiteur d'une garantie de jouissance paisible du bien par le locataire et donc d'une garantie d'éviction ou contre des vices cachés (cf. art. 1729, C. civ. pour cette obligation dans le contrat de bail) ? Pour une opinion similaire, V. M. LATINA, note sous Cass. com., 26 janv. 2022, *op. cit.*, spéc. n°16.

⁵ S. TISSEYRE, note sous Cass. com., 26 janv. 2022, *op. cit.*

semble par conséquent exclure toute comparaison avec un modèle abstrait et supplétif d'équilibre¹.

Sans se confondre avec le celui envisagé au sein du dispositif concurrentiel – notamment du fait de l'exclusion du prix du champ d'analyse –, le déséquilibre significatif visé par l'article 1171 s'en rapproche donc par son particularisme et sa subjectivité.

Cette appréhension subjective et concrète du déséquilibre significatif permet de conclure à la présence sous-jacente de l'équilibre individualiste.

§2. Un dispositif sous-tendu par la valeur d'équilibre individualiste

698. Comme démontré, l'article 1171 du Code civil entretient des liens certains avec l'article L. 441, I, 2° du Code de commerce. Il paraît en effet naturel d'y voir l'empreinte sous-jacente de l'équilibre individualiste dès lors que le dispositif vise à garantir un équilibre minimal et concret – par une appréciation circonstanciée et subjective du déséquilibre significatif – dans la relation entre deux parties de puissances effectivement inégales – au travers de la condition de non-négociabilité de la clause.

L'incursion de l'axiologie consumériste contemporaine au sein du droit commun surprend toutefois plus qu'en droit de la concurrence. L'équilibre, dans sa version originelle, s'est initialement construit face à l'incapacité du droit civil de réguler les relations de marché structurellement déséquilibrées ; il était donc incompatible avec celui-ci². Mais si cela valait pour la valeur traditionnelle d'équilibre consumériste, cette assertion ne semble pas convenir à l'équilibre individualiste. En effet, la sanction civiliste des clauses abusives s'inscrit dans un phénomène plus large de rapprochement avec le droit de la consommation³, rapprochement que l'on pense permis par cette mutation de la valeur d'équilibre. En abandonnant sa focale structurelle et collective et en se teintant de subjectivité, l'équilibre est devenu compatible avec un droit civil fondé sur l'individu envisagé de manière indifférenciée⁴.

¹ Cf. *supra* n°329 et s.

² Cf. *supra* n°157 et s.

³ On peut notamment citer la définition des droits de rétractation et des délais de réflexion à l'article 1122.

⁴ Pour une étude de l'axiologie civiliste classique, cf. *supra* n°67 et s.

Une telle incursion inviterait, si elle se confirmait à l'avenir, à s'interroger sur les fonctions du droit civil contemporain, devenant lui aussi l'instrument de l'établissement d'un marché économique harmonieux.

699. Conclusion de la Section 1. – La diffusion de l'équilibre individualiste ne s'est pas cantonnée aux frontières consuméristes. Le droit de la concurrence et le droit commun constituent aujourd'hui de nouveaux espaces au sein desquels il se développe, et ce par le biais de la sanction des clauses abusives – aux articles L. 442-1 du Code de commerce et 1171 du Code civil. Ces clauses sont appréhendées d'une manière qui s'éloigne du modèle consumériste.

D'abord, les clauses concernées par ces dispositifs ne peuvent être que des clauses non-négociées – dans le Code de commerce – ou non-négociables – dans le Code civil. Cette première condition traduit une volonté de régir les situations de domination, d'ascendant *effectifs* d'une partie sur l'autre, contrairement au droit de la consommation qui a privilégié une approche structurelle.

Ensuite, même si les deux dispositifs reprennent le critère du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », ils en font une interprétation particulière. Le Code de commerce ne cherche pas tant à sanctionner un déséquilibre juridique objectif qu'à appréhender un déséquilibre économique particulier, qui peut notamment résulter « d'une inadéquation du prix au bien vendu »¹ ; le Code civil semble privilégier, pour sa part, une approche plus circonstanciée et particulière du déséquilibre – même si l'on ne dispose encore que d'un nombre limité de jurisprudences.

Aussi différents soient-ils, ces deux dispositifs visent bien à garantir un *équilibre minimal, concret et circonstancié dans la relation entre deux parties de puissances effectivement inégales*. En ce sens, la présence de la valeur d'équilibre individualiste est indéniable.

L'expansion progressive de l'équilibre individualiste au sein du droit de la consommation et sa diffusion dans d'autres champs juridiques amènent à s'interroger sur l'avenir de cette valeur. Elle devrait probablement poursuivre son développement, du moins au sein de la législation consumériste.

¹ Cass. com., 25 janv. 2017, n°15-23.547 : D. 2017. 481, note F. Buy.

Section 2. Une diffusion potentielle au sein du droit de la consommation

700. Le droit de la consommation est aujourd’hui écartelé entre deux axiologies : une axiologie originelle, s’incarnant dans la valeur d’équilibre consumériste, et une axiologie nouvelle reposant sur l’équilibre individualiste. Après avoir analysé et systématisé les états initial et actuel de cette législation, il nous faut nous interroger sur son évolution à venir.

Bien entendu, un tel exercice ne peut prétendre à l’exhaustivité : il s’agira simplement ici de tenter d’esquisser les grands mouvements susceptibles de caractériser le droit de la consommation dans les décennies à venir. Le propos restera prudent : les évolutions normatives, quoique suivant actuellement une trajectoire nette, restent *in fine* le produit de discussions politiques et économiques incertaines, ce qui rend périlleux l’exercice de prédiction.

701. La probable expansion de l’équilibre individualiste – Trois voies peuvent être envisagées : une conciliation entre ces deux axiologies, un retour à l’équilibre consumériste ou une diffusion de l’équilibre individualiste.

La première d’entre elles est l’hypothèse d’un du droit de la consommation demeurant dans son état actuel, c’est-à-dire sous-tendu par deux axiologies distinctes. L’incompatibilité de ces valeurs la rend, à nos yeux, peu probable. En effet, l’incursion de l’équilibre individualiste et de la protection subjective qu’il organise contrarie frontalement le fonctionnement même de l’équilibre consumériste. Fondé sur l’organisation d’une protection objective et collective du consommateur dans une optique de justice sociale, l’axiologie originelle est remise en cause dès l’introduction de la logique subjective. L’état actuel d’un droit de la consommation axiologiquement hybride ne peut donc être que temporaire : à terme, seule l’une des valeurs devrait s’imposer.

Dans le même temps, il semble peu probable que l’on assiste à un retour de l’équilibre consumériste comme unique matrice axiologique du droit de la consommation. La multiplication croissante des dispositifs consuméristes rompant avec cette logique¹ ainsi que

¹ Sur le phénomène global de subjectivation du droit de la consommation, cf. *supra* n°453 et s.

la diffusion de l'équilibre individualiste au-delà même de ce pan du droit¹ rendent plus vraisemblable son recul.

Reste ainsi la troisième et dernière hypothèse : celle de la diffusion de l'équilibre individualiste. Au vu de l'ampleur du mouvement débuté avec la directive du 11 mai 2005 et qui s'accélère depuis quelques années, il semble bien que cette nouvelle axiologie soit destinée à s'étendre.

702. Plan – Conformément au contenu et à la finalité de l'équilibre individualiste, sa diffusion pourrait s'opérer de deux manières étroitement corrélées. D'une part, il serait logique que les normes consuméristes pourraient bien se recentrer sur l'individu-consommateur (**Sous-section 1.**). D'autre part, la détermination du contenu de celles-ci pourrait être progressivement confiée au marché et à ses acteurs (**Sous-section 2.**).

Sous-section 1. Le recentrage des normes autour de l'individu-consommateur

703. Au regard de l'ensemble des manifestations de l'émergence de l'équilibre individualiste, il ne serait guère surprenant que son développement dans le droit de la consommation se fasse par un recentrage des normes autour de l'individu-consommateur. Après tout, l'équilibre individualiste n'a-t-il pas pour finalité la préservation de la confiance du consommateur pour favoriser ses interactions sur le marché avec les autres agents économiques ? La protection ne devrait alors profiter qu'à l'individu dont la confiance a été effectivement atteinte.

704. Plan – Cette focalisation du droit de la consommation sur l'individu au détriment du rapport de force structurel qui l'oppose au professionnel pourrait s'opérer autour de deux points. D'abord, le besoin concret de protection de l'individu pourrait devenir un élément déterminant de l'application de la norme consumériste (§1.). Ensuite, le droit de la consommation pourrait développer les moyens d'indemnisation, aujourd'hui embryonnaires, des préjudices individuels subis par les consommateurs (§2.).

¹ Cf. *supra* n°675 et s.

§1. L'alignement de la norme sur le besoin concret de protection

705. La diffusion de l'équilibre individualiste devrait progressivement conduire le législateur et les juges à aligner les normes consuméristes sur le besoin concret de protection.

Si le droit de la consommation n'a plus qu'une finalité économique d'intensification et de fluidification des échanges, seule la confiance du consommateur doit être préservée. Or, il n'y a aucune confiance à garantir lorsque ledit consommateur n'a *in specie* pas besoin de la protection qui lui est offerte. Dès lors que la protection consumériste ne revêt plus la dimension structurelle qui la caractérisait, il n'existe guère de raison de continuer à protéger des individus qui, bien qu'objectivement consommateurs, ne sont pas dans une situation de déséquilibre face au professionnel.

706. Plan – Dans la continuité des évolutions précédemment analysées, on peut imaginer que se développera une limitation de certains dispositifs en l'absence d'un tel besoin (**A.**) s'accompagnant, pour d'autres, d'un conditionnement à l'existence de cet élément (**B.**).

A. L'absence de besoin de protection comme limite à l'application des normes

707. L'abus comme limite aux droits de rétractation prorogés – Dans les contrats d'assurance sur la vie, la sanction de l'abus du droit de rétractation après sa prorogation constitue une manifestation importante de l'évolution axiologique du droit de la consommation¹. Comme cela a été démontré, cette sanction appliquée au consommateur, qui fait suite à un manquement du professionnel à son obligation d'information, a profondément modifié le sens du dispositif : la prorogation « n'a plus pour objectif premier la sanction des assureurs, mais bien la protection des souscripteurs non informés »². Dès lors, le souscripteur ne peut profiter du dispositif que s'il ignorait effectivement l'information omise par le professionnel³. À l'inverse, le souscripteur parfaitement informé, et ne se trouvant donc pas

¹ Cf. *supra* n°508 et s.

² L. PERDRIX, « La bonne foi s'impose dans la prorogation de la faculté de renonciation à un contrat d'assurance-vie », *AJCACD* 2015 p.167.

³ Cf. *supra* n°512-513.

dans une situation d'infériorité rendant nécessaire sa protection, voit l'exercice de son droit de rétractation qualifié d'abusif.

708. *Contrat de crédit à la consommation* – Réitérée maintes fois, cette solution devrait logiquement s'étendre à des dispositifs similaires, à l'instar notamment de celui figurant aux articles L. 312-19 et 20 du Code de la consommation. Ces textes offrent à l'emprunteur qui conclut un contrat de crédit à la consommation un droit de rétractation pouvant être exercé « sans motifs »¹ dans un délai de quatorze jours, « à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 312-28 »². L'article L. 321-20 énonce donc *a contrario* que, dans l'hypothèse où le contrat de crédit ne remplit pas lesdites conditions, le délai de rétractation ne commence pas à courir malgré l'acceptation de l'emprunteur.

Il n'est pas exclu que l'on assiste, dans les années à venir, à une extension de la solution retenue en matière d'assurance sur la vie : l'emprunteur parfaitement informé et conscient des manquements du prêteur serait considéré comme détournant le dispositif de sa finalité, qui n'est autre que de garantir la transmission de cette information. L'exercice de son droit de rétractation serait alors qualifié d'abusif, et donc privé d'effet. Cela nous semble pouvoir advenir en dépit même de l'absence d'obligation de motivation de l'emprunteur énoncée à l'article L. 312-19. En effet, une telle obligation est prévue expressément dans le cadre de l'exercice du droit de rétractation dans les contrats conclus à distance ou hors établissement, sans que cela ne constitue un obstacle à la sanction de l'abus³.

Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'une question préjudicielle a été posée à la CJUE en 2021 quant à la possibilité de sanctionner l'exercice abusif du droit de rétractation à la suite de la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation⁴. On peut espérer que la Cour profitera de cette occasion pour clarifier la place de l'abus dans ce type de dispositif.

709. *Contrats d'utilisation de biens à temps partagé ou de produit de vacances à long terme* – Cela serait d'autant plus souhaitable qu'il ne s'agit pas du seul dispositif potentiellement

¹ Art. L. 312-19, C. conso.

² Art. L. 312-20, C. conso. L'article L. 312-28 cité prévoit certaines conditions de forme devant être respectées : le contrat doit être rédigé sur un « support papier » ou un « support durable », « distinct de tout support ou document publicitaire » et un encadré informant « l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit » doit être « inséré au début du contrat ».

³ Art. L. 221-18, C. conso. Cf. *supra* n°516 et s.

⁴ CJUE, n° C-47/21, Demande (JO) de la Cour, B. A./C. Bank AG, 28 janv. 2021.

concerné. En effet, l'article L. 224-79 du Code de la consommation instaure, au profit du consommateur, un droit de rétractation de quatorze jours après la conclusion d'un contrat d'utilisation de biens à temps partagé ou de produit de vacances à long terme¹. « Dans le cas où le professionnel n'a pas rempli et fourni au consommateur sur support papier ou sur tout autre support durable le formulaire de rétractation prévu au 5° de l'article L. 224-78 », l'article L. 224-80 prévoit que « le consommateur dispose d'un délai de rétractation d'un an et quatorze jours à compter du jour de la conclusion du contrat ou du jour de sa réception ». En outre, dans l'hypothèse d'un manquement du professionnel à un autre dispositif informatif, la disposition prévoit la prorogation du délai à trois mois et quatorze jours. Dans les deux cas, le délai peut commencer à courir dès le moment où le professionnel s'acquitte valablement de ses obligations.

Il s'agit ainsi, une fois de plus, d'une prorogation d'un délai de rétractation faisant suite à un manquement du professionnel à l'une de ses obligations d'information. Quoique l'on ne dispose pour l'heure d'aucune jurisprudence en la matière, on peut penser que les juges ouvriront la possibilité de sanctionner l'exercice abusif de cette prérogative, dans des conditions similaires à celles identifiées en matière d'assurance sur la vie.

710. L'abus comme limite aux droits de rétractation – Plus généralement, l'ampleur du mouvement de subjectivation du droit de la consommation rend vraisemblable un développement de la sanction de l'abus dans l'ensemble des droits de rétractation, qu'ils soient prorogés ou non. Rien n'exclurait en principe une telle diffusion puisque, comme cela a été analysé, l'abus peut déjà être sanctionné dans le droit de rétractation non prorogé, suite à la conclusion d'un contrat à distance ou hors établissement². Dès lors que l'on considère que le droit de rétractation a une finalité qui doit être impérativement respectée, la sanction d'un détournement de celle-ci est envisageable.

Il en serait ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où le droit est exercé dans une optique pour nuire au cocontractant, en forçant par exemple un concurrent à gérer une multiplicité de rétractations simultanées pouvant s'avérer préjudiciable dans la gestion des retours, des remboursements et des stocks. Plus simplement, l'abus pourrait résider dans l'exercice du

¹ Le champ d'application exact du dispositif est défini aux articles L. 224-69 et 70 du Code de la consommation.

² Cf. *supra* n°516 et s.

droit de rétractation afin de faire face à un besoin soudain d'argent par le consommateur, sans considération pour le contrat ou son objet.

Pourtant, même si une telle sanction semble s'imposer en théorie, force est d'admettre que la probabilité d'être confronté à de telles espèces reste limitée.

Le développement à venir de la sanction de l'abus se manifesterait ainsi l'exclusion de la protection consumériste pour des consommateurs ne se trouvant pas dans une situation de faiblesse subjective, une situation trahissant un besoin concret de protection. Au-delà de sa fonction de limite, ce dernier élément est susceptible de s'imposer progressivement comme une condition à l'application d'autres dispositifs.

B. Le besoin de protection comme condition d'application des normes

711. Comme observé précédemment, l'équilibre individualiste organise une protection centrée sur l'individu : il ne s'agit plus de protéger le consommateur de manière structurelle, mais l'individu se trouvant, de manière tangible, dans une situation de faiblesse. Cela explique notamment l'ouverture de la protection aux professionnels : expressément en certains endroits¹ ; implicitement en d'autres, grâce à la notion de non-professionnel².

712. Le développement d'une protection expresse des professionnels – Le professionnel profite, comme nous l'avons vu, d'un nombre croissant de dispositifs consuméristes. En qualité de victime, nous l'avons largement constaté précédemment. Mais à l'heure actuelle, le professionnel est encore peu protégé en qualité de partie faible ; et cette hypothèse pourrait être amenée à s'étendre dans les années à venir. Les dispositifs relatifs aux contrats hors établissement restent, à ce jour, les seuls ayant subi une extension aux « petits professionnels », c'est-à-dire à ceux pour qui « l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale [...] et [dont] le nombre de salariés employés [...] est inférieur ou égal à cinq »³. À ce sujet, il a été démontré que l'utilisation d'un tel critère revenait –

¹ Cf. *supra* n°634 et s.

² Cf. *supra* n°641 et s.

³ Art. L. 221-3, C. conso.

conformément à l'appréciation jurisprudentielle majoritaire – à fonder la protection sur l'existence concrète d'une situation d'infériorité, de faiblesse de l'individu face à son cocontractant¹.

Cette solution pourrait bien être amenée à se développer. En effet, l'équilibre individualiste ne s'intéresse pas aux rapports structurels qui caractérisent la relation consommateur-professionnel ; seule importe la potentielle faiblesse subjective d'un individu face à son cocontractant en ce qu'elle le dissuade d'entrer sur le marché². Suivant une telle logique, il n'existerait alors guère d'obstacles à l'ouverture d'autres dispositifs consuméristes à ces « petits professionnels ». Il pourrait notamment en être ainsi du formalisme relatif aux contrats conclus à distance³, des différents droits de rétractation prévus par le Code de la consommation⁴ (hormis ceux ayant une dimension personnelle indéniable comme celui prévu en matière de courtage matrimonial⁵) ou même encore du régime du contrat de crédit immobilier⁶ qui, plus que tout autre, encadre un engagement lourd de conséquences financières.

Puisqu'une telle ouverture a été effectuée pour venir au secours de l'individu-professionnel en situation de faiblesse, il n'existerait, à notre sens, pas d'obstacle à la diffusion d'une telle logique à d'autres dispositifs consuméristes.

713. La généralisation de la subjectivation de la définition du non-professionnel – Outre cette protection expresse, nous avons relevé une subjectivation de l'appréhension de la catégorie de non-professionnel. La jurisprudence a en effet, à diverses reprises, apprécié la notion en se fondant non pas sur le critère légal relatif à la finalité de l'acte, mais sur le critère de compétence. Au sens de ce dernier, doit être qualifié de non-professionnel tout individu qui agit hors de son champ de compétence, même s'il contracte dans le cadre de son activité professionnelle⁷.

Cette appréciation subjective de la notion n'a pour l'instant été mobilisée qu'en matière de clauses abusives. Cependant, rien n'exclut, là encore, une extension à l'ensemble des

¹ Cf. *supra* n°638-640.

² Sur l'importance de la distinction entre faiblesse et infériorité, cf. *supra* n°387.

³ Art. L. 221-11 et s., C. conso.

⁴ Cela pourrait notamment concerner celui prévu en matière d'achat de métaux précieux (art. L. 224-99, C. conso.).

⁵ Art. L. 224-91, C. conso.

⁶ Art. L. 313-1 et s., C. conso.

⁷ Cf. *supra* n°641 et s.

dispositifs consuméristes profitant aux non-professionnels puisque la Cour ne précise à aucun endroit que cette évolution devrait se limiter aux clauses abusives. Il pourrait en être ainsi notamment des exigences générales de présentation des contrats¹, du régime de reconduction tacite des contrats de prestation de services² ou encore de celui relatif à la délivrance, à la fourniture du bien et au transfert de risque³, ces dispositifs profitant tous aux non-professionnels.

714. Une évolution de l'article liminaire ? – Mais si le professionnel en situation de faiblesse ou d'incompétence profitait de manière croissante des dispositifs consuméristes, l'évolution de l'article liminaire du Code de la consommation pourrait naturellement advenir. Celui-ci définit actuellement le consommateur, le professionnel et le non-professionnel de manière téléologique, conformément à l'axiologie consumériste originelle⁴. Il en résulte une certaine incohérence, notamment pour le non-professionnel qui est appréhendé de la sorte en tête du Code et d'une manière souvent différente par les juges. Afin de conserver une certaine cohérence au sein du droit de la consommation, il semblerait logique – bien qu'inopportun⁵ – que le texte soit modifié pour intégrer cette dimension subjective relative à la compétence de l'individu.

Peut-on imaginer qu'une telle solution se produise prochainement ? Cela nous semble peu probable. En effet, en la matière, la norme évolue progressivement, à tâtons. Comme nous l'avons analysé jusqu'à présent, l'émergence de la nouvelle axiologie consumériste s'est faite par le biais de subtiles évolutions fort diverses, et non d'une manière uniforme et constante. De par son importance symbolique, la réforme de l'article liminaire du Code de la consommation pour y intégrer une composante subjective ne nous semble donc pouvoir advenir qu'une fois la diffusion de l'équilibre individualiste achevée, à l'issue du processus de transition axiologique, et surtout une fois cette transition clairement perçue par le législateur, le juge et la doctrine.

¹ Art. L. 211-4, C. conso.

² Art. L. 215-3, C. conso.

³ Art. L. 216-8, C. conso.

⁴ Cf. *supra* n°235-236, n°352.

⁵ Sur les dangers d'une appréhension subjective des parties, cf. *supra* n°234.

715. Conclusion du §1. – L’alignement des normes consuméristes sur le besoin concret de protection pourrait prendre deux formes. D’une part, il pourrait se matérialiser par une extension des bénéficiaires : les professionnels attestant d’un tel besoin subjectif de protection pourraient se voir octroyer le bénéfice des dispositifs consuméristes. D’autre part, l’évolution pourrait mener à la limitation des conditions de la protection : par la diffusion de la sanction de l’abus de droit de rétractation, l’absence de besoin de protection du consommateur pourrait constituer une limite à ces prérogatives.

En outre, l’orientation croissante des normes consuméristes autour de l’individu-consommateur pourrait s’effectuer par un développement de moyens procéduraux favorisant l’indemnisation des préjudices individuels.

§2. Le développement de moyens procéduraux centrés sur le préjudice individuel

716. Puisque le droit contemporain de la consommation se donne pour finalité la préservation de la confiance de l’individu dans le fonctionnement et la fiabilité du marché, la sanction en cas de violation des normes pourrait être plus étroitement corrélée à l’atteinte spécifiquement portée à cette confiance. En d’autres termes, si l’on souhaite que les dispositifs consuméristes protègent l’individu en situation de faiblesse subjective, la sanction en cas de manquement doit être prioritairement tournée vers le préjudice individuel subi.

717. L’indexation de la sanction sur le préjudice individuel – Cette logique explique le phénomène précédemment observé d’indexation du *quantum* de la sanction sur le préjudice individuel subi¹. Il en est ainsi dans les contrats de crédit, plus précisément en présence d’un défaut ou d’une erreur dans la mention du taux effectif global dans le contrat ou dans tout document précontractuel. Dans cette hypothèse, le prêteur encourt la déchéance du droit aux intérêts « dans la proportion fixée par le juge, au regard notamment du préjudice pour l’emprunteur »².

¹ Cf. *supra* n°590 et s.

² Art. L. 341-1, L. 341-4, L. 341-25, L. 341-26, L. 341-34, L. 341-54 et L. 341-48-1, C. conso.

Cette évolution est conforme à la nouvelle logique consumériste : la violation d'un dispositif n'ayant, dans les faits, causé peu ou aucun préjudice ne devrait pas être sanctionnée de la même manière qu'un acte ayant occasionné d'importants dommages. Mais il nous paraît peu probable qu'une telle indexation se généralise, car peu de sanctions consuméristes pourraient logiquement s'y conformer, en raison de leur nature propre¹.

718. Le développement de recours individuels – Cela ne signifie pas que la prise en compte du préjudice individuel ne puisse pas s'accroître. Celle-ci s'effectuerait probablement par un développement des recours individuels des consommateurs victimes. Cette voie est d'ailleurs grandement encouragée par l'Union Européenne. La directive Omnibus du 27 novembre 2019² invite ainsi les États membres à l'instauration de « recours proportionnés et effectifs » permettant aux consommateurs victimes de pratiques commerciales déloyales d'obtenir « la réparation des dommages subis [...] et, le cas échéant, une réduction du prix ou la fin du contrat »³. Le dispositif précise, en outre, que « les États membres peuvent prendre en considération, le cas échéant, la gravité et la nature de la pratique commerciale déloyale, les dommages subis par le consommateur et d'autres circonstances pertinentes ». La volonté européenne de faciliter l'indemnisation des préjudices individuels est donc nette.

Quoique la transposition de cette directive ait été effectuée par une ordonnance du 22 décembre 2021⁴, aucune évolution n'a été amorcée sur ce point. Les recours individuels sont certes possibles sur le fondement du droit commun. Pourtant, aucune procédure spéciale à destination du consommateur individuel n'est établie pour les faciliter, ce qui aboutit bien souvent à une renonciation du consommateur à agir et compromet l'effectivité des normes consuméristes, pourtant essentielles au fonctionnement du marché.

719. L'indemnisation dans le cadre de l'action de groupe – Outre cette facilitation de l'indemnisation des préjudices individuels par la création de procédures simplifiées, il est

¹ Que l'on pense aux sanctions pénales, administratives ou même les sanctions civiles autres que la déchéance, il serait illogique de les voir s'indexer sur le préjudice individuel du consommateur.

² Dir. 2019/2161 du 27 nov. 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

³ Art. 11 bis, 1 dir. 2019/2161 du 27 nov. 2019.

⁴ Ord. n°2021-1247 du 29 sept. 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques. Sur certains autres apports de l'ordonnance comme la création d'amendes civiles, cf. *supra* n°581 et s.

probable que l'on assiste à une évolution du régime de l'action de groupe. Aujourd'hui limitée à l'indemnisation des dommages matériels¹, l'importance accordée à l'indemnisation intégrale du préjudice individuel pourrait conduire à une extension du dispositif aux dommages corporels et moraux.

La récente directive du 25 novembre 2020² imposant aux États membres la mise en place d'actions collectives reste silencieuse quant aux catégories de dommages réparables. Il n'est pas exclu que la transposition à venir de cette directive permette au législateur français d'opérer une telle extension, tant celle-ci correspondrait aux évolutions du droit de la consommation³.

720. Conclusion de la Sous-section 1. – Il est probable que la diffusion de l'équilibre individualiste dans la législation consumériste se poursuive au travers d'une orientation des normes autour de l'individu-consommateur.

Celle-ci s'opèrerait, d'abord, par un alignement des normes sur le besoin concret de protection de l'individu. L'absence de cet élément pourrait empêcher l'application des dispositifs consuméristes par le biais d'une généralisation de la sanction de l'abus dans l'exercice de certains droits – au premier rang desquels figurent les droits de rétractation. En outre, l'existence d'un tel besoin pourrait être érigé en condition d'obtention de la protection. Il serait ainsi vraisemblable que l'on assiste progressivement à une redéfinition des catégories de professionnel, consommateur et non-professionnel afin d'y intégrer une dimension subjective relative à l'existence tangible d'une situation de faiblesse.

Ensuite, la focalisation de la norme consumériste sur l'individu-consommateur pourrait se matérialiser par un développement de moyens procéduraux favorisant la réparation intégrale du préjudice qu'il aurait subi. Cela pourrait s'effectuer par la mise en place de procédures exorbitantes du droit commun facilitant une telle indemnisation ou, plus simplement, par le biais d'une extension des catégories de dommages indemnifiables dans le cadre d'une action de groupe.

¹ Art. L. 623-2, C. conso. Sur ce point et sa conformité à l'axiologie consumériste originelle : cf. *supra* n°410-411.

² Dir. 2020/1828 du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE.

³ À ce sujet, la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a présenté, le 11 juin 2020, un rapport d'information (n°3085) sur le bilan et les perspectives de l'action de groupe. Elle y préconise notamment la fusion des différentes actions de groupe aujourd'hui présentes au profit d'un régime unique qui permettrait la réparation intégrale de l'ensemble des préjudices subi par les requérants, « quelle que soit leur nature » (Proposition n°6). Sur ce rapport, V. not. É. POILLOT, *D.* 2021. Pan. p.594.

Il est intéressant de noter qu'alors que le premier aspect de ces évolutions ne ferait que poursuivre l'amointrissement de leur protection, le second profiterait indéniablement aux consommateurs en favorisant une indemnisation qui ne constituait pas une priorité dans l'axiologie consumériste originelle. Cela ne remet pourtant pas en cause le constat d'une dégradation générale de protection du consommateur, du fait du rétrécissement de la focale de la protection consumériste – d'une catégorie économique structurelle à un individu.

La diffusion de l'équilibre individualiste se poursuivant, il n'est pas exclu que la détermination des normes consuméristes soit, de manière croissante, confiée au marché.

Sous-section 2. La détermination des normes par le marché

721. Plan – L'équilibre individualiste étant orienté autour de l'établissement d'un fonctionnement harmonieux du marché, il ne serait guère surprenant qu'il favorise un recours à ce dernier dans la détermination des normes qui vont l'encadrer.

Cette inclusion pourrait d'abord s'opérer au travers d'une extension de la condition de déloyauté au sein des normes consuméristes (§1.), celle-ci conférant indirectement une place cruciale au marché et à ses acteurs dans la détermination des pratiques commerciales acceptables ou non.

Ensuite, il se pourrait que l'on assiste à un recours accru à l'autorégulation des professionnels, ouvertement invités par le législateur à déterminer, intégralement ou partiellement, les normes qui doivent s'imposer à eux au travers de codes de conduite (§2.).

§1. La diffusion de la condition de déloyauté

722. Déloyauté et marché – Comme cela a été démontré, la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales s'est imposée comme la nouvelle pierre d'angle du droit de la consommation. Cela s'est notamment opéré au travers de la généralisation de la condition de déloyauté comme préalable à toute sanction d'une pratique du professionnel. Cette condition est double : est déloyale une pratique qui, d'une part, est « contraire[s] aux exigences de la diligence professionnelle » et qui, d'autre part, « altère, ou est susceptible

d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service »¹. Ce critère, longuement analysé précédemment, confie indirectement au marché le soin de déterminer la norme à respecter : la première condition implique l'analyse de la perception de la pratique litigieuse par les acteurs économiques d'un secteur ou du marché en général ; la seconde fait dépendre l'infraction de ses effets concrets sur le consommateur moyen. Avec cette condition de déloyauté, le législateur abdique toute vocation à déterminer la norme autrement que par une série de conditions dont la réalisation dépend de circonstances qui lui sont extérieures.

La déloyauté consiste, en somme, en un « processus de normalisation qui n'impose pas un devoir être (la normativité juridique) mais [tend] plutôt à modeler les comportements par rapport à la "normale" c'est-à-dire la moyenne observable ; l'"étant" (la normalité sociale) »².

723. Une définition vaste des pratiques commerciales – Si l'essor de la condition de déloyauté est déjà grandement avancé³, il se pourrait qu'il ne soit pas arrivé à son terme. La pratique commerciale est en effet définie de manière extrêmement vaste⁴. L'article 2, d) de la directive du 11 mai 2005, récemment inséré au 16° de l'article de l'article liminaire du Code de la consommation⁵, la définit comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ». Une telle définition englobe ainsi peu ou prou l'ensemble des actes ou omissions du professionnel, qu'ils prennent place dans un cadre contractuel ou non et quel que soit le type d'activité ou de produit concerné.

¹ Art. L. 120-1, C. conso.

² M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p.17 (Il est à noter que cette citation, bien que décrivant parfaitement le fonctionnement des pratiques commerciales déloyales, est extraite de développements évoquant certaines métamorphoses générales de l'ordre juridique).

³ Cf. *supra* n°459 et s.

⁴ La Cour de Justice de l'Union Européenne admet d'ailleurs que « la directive se caractérise par un champ d'application matériel particulièrement large » (CJUE, 16 avr. 2015, aff. n° C-540/08, *Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, spéc. §21.)

⁵ Ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 transposant la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 nov. 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

724. Déloyauté et obligations d'information – Considérant l'ampleur de ce champ d'application, la condition de déloyauté pourrait bien se diffuser au-delà de ses manifestations actuelles. Il subsiste en effet une multitude de normes sanctionnant des pratiques commerciales, sans que la preuve de leur caractère déloyal ne soit pour l'instant exigée.

Il en est ainsi des différentes obligations d'information prévues par le Code de la consommation. Par exemple, les articles L. 111-1 et suivants du Code de la consommation créent à la charge du professionnel plusieurs obligations relatives tant au prix, aux caractéristiques essentielles du bien ou du service, à l'identité du professionnel qu'à la possibilité de recourir à un médiateur¹ ou à la disponibilité des pièces détachées².

Actuellement, en cas de manquement du professionnel à l'une de ces obligations, deux sanctions sont envisageables : le prononcé d'une amende administrative³, d'une part ; le prononcé d'une sanction pénale se fondant sur le régime des pratiques commerciales trompeuses⁴, d'autre part. Comme nous l'avons rappelé pour démontrer l'actuelle coexistence des deux axiologies au sein du droit de la consommation, la DGCCRF utilise cette dualité comme un moyen de hiérarchiser les sanctions, suivant la gravité du manquement du professionnel⁵. Si le manquement du professionnel porte sur un élément crucial, tel que le prix ou les caractéristiques essentielles du bien ou du service, il sera sanctionné sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses, dès lors que la pratique altère substantiellement le comportement économique du consommateur. À l'inverse, si le manquement ne crée pas une telle altération – le professionnel omet, par exemple, d'informer sur la possibilité de recourir à un médiateur –, le professionnel sera simplement sanctionné administrativement.

À nos yeux, une telle dualité ne semble pas vouée à perdurer. En effet, l'Union Européenne a été fort claire sur sa volonté d'alignement de l'ensemble des normes

¹ Les éléments précédents ainsi que celui-ci sont prévus par l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

² Art. L. 111-4, C. conso.

³ Art. L. 131-1 et s., C. conso.

⁴ Art. L. 132-2, C. conso.

⁵ Cf. *supra* n°609. Cela ressort des propos de M. G. DAIEFF (Sous-directeur du droit de la concurrence, de la consommation et des affaires juridiques, DGCCRF) et M. P. GUILLERMIN (Chef du Droit de la consommation, DGCCRF) prononcés lors de la 3^{ème} table ronde du séminaire portant sur « L'effectivité des sanctions : mythes et réalités », ayant eu lieu le 8 avril 2022 et organisé par le Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris II-Panthéon Assas dans le cadre de son cycle annuel de séminaires portant, cette année-là, sur : *Les sanctions en droit de la consommation* (D. FENOUILLET, T. GENICON (dir.)).

consoméristes sur la condition de déloyauté¹. Ce souhait d'établir un régime uniforme des pratiques commerciales est considéré comme un préalable à la construction d'un marché commun : seules les pratiques effectivement déloyales au sens de la directive du 11 mai 2005 doivent et peuvent être sanctionnées. Aussi, cela risque de remettre en cause le caractère automatique des nombreuses obligations d'information consoméristes. Il ne serait ainsi pas surprenant d'assister à la diffusion progressive de la condition de caractère déloyal du manquement du professionnel à toutes les obligations imposées par les normes consoméristes – dès lors, bien sûr, qu'elles ont trait à une pratique commerciale.

725. Malgré cela, les listes « noires » réputant trompeuses ou agressives les pratiques commerciales pourraient bien perdurer². Il semble en effet que la matière consomériste soit amenée à se resserrer autour de ces îlots d'objectivité et d'automatisme, reliques d'une axiologie passée. Cela paraît s'imposer car, d'une part, le législateur en étend le champ de manière récurrente³ et, d'autre part, la jurisprudence récente réaffirme constamment qu'elles ne sont pas soumises à la condition de déloyauté⁴. Les listes « noires » de pratiques commerciales déloyales vont vraisemblablement s'imposer comme la colonne vertébrale rigide d'un droit par ailleurs assoupli et subjectivé.

La diffusion de la condition de déloyauté qui pourrait advenir aurait pour effet de conférer indirectement au marché, à ses acteurs et à leur perception, le soin de déterminer le contenu de la norme consomériste. Une telle délégation pourrait, en outre, s'effectuer de manière plus directe par un renvoi accru du législateur à l'autorégulation des professionnels au travers de l'édiction de codes de conduite.

¹ Cf. *supra* n°459 et s.

² Art. L. 121-4 et 7, C. conso.

³ Pour exemple, on peut citer les lois du 10 février 2020 (n° 2020-105), du 18 octobre 2021 (n° 2021-1357) ou l'ordonnance du 22 décembre 2021 (n° 2021-1734) ayant respectivement créés les numéros 23, 24 et 25 à l'article L. 121-4 du Code de la consommation.

⁴ Pour un exemple récent, V. not. Cass. crim., 28 janv. 2020, n°19-80496 : *RDC* 2020. 66, note V. Malabat ; *ibidem*, p. 73, note J. Julien.

§2. La diffusion du recours à l'autorégulation

726. Les codes de conduite – Depuis maintenant plusieurs décennies, les entreprises ont recours de manière accrue à l'élaboration de codes de conduite. Ceux-ci constituent un ensemble d'engagements pris par une ou plusieurs sociétés de respecter certains comportements ou de se conformer à certaines valeurs, plus ou moins précisément définis¹. En principe dépourvus de force obligatoire², ces codes peuvent constituer un argument commercial à destination des partenaires commerciaux ou des consommateurs. Ils peuvent aussi permettre une uniformisation des pratiques entre plusieurs entreprises.

727. Codes de conduite et droit de la consommation – Il a été justement énoncé que « le droit peut avoir quatre attitudes à l'égard des codes de conduite : la condamnation, l'indifférence, l'incitation, la juridicisation »³.

Si l'indifférence a longtemps caractérisé l'attitude du droit de la consommation à leur égard, la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales a signé le début d'une « discrète ascension normative »⁴ des codes de conduite. Avec les lois de transposition de 2008, les codes de conduite ont ainsi fait leur entrée au sein du Code de la consommation. L'article L. 121-4 dispose en effet que constituent des pratiques commerciales réputées trompeuses le fait, « pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas »⁵ ainsi que le fait « d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas »⁶. La législation nationale reste pourtant plus mesurée que le texte européen qui qualifie de pratique trompeuse, sous réserve – bien entendu – de la preuve d'une altération substantielle

¹ Les codes de conduite étant polymorphes, il est difficile d'en donner une définition précise. On peut toutefois citer celle issue d'un document de travail de l'O.N.U., cité par M. FARJAT : « un code de conduite peut être un ensemble global de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient ; bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique » (Doc. O.N.U E/5 500, p. 62 cité in. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec Droit, 1982, p. 47, spéc. p. 48).

² Sur la question de l'effectivité de ces codes de conduite, cf. not. : M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, préf. P. Deumier, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, Dalloz, 2018, p.287 et s., n°202 et s.

³ G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in. J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, Recherche et travaux, 1998, p.151, spéc. p. 161.

⁴ C. PÉRÈS, « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC* 2008. 1083, spéc. n°4.

⁵ L. 121-4, 1°, C. conso.

⁶ Art. L. 121-4, 3°, C. conso.

du comportement économique du consommateur, « le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié »¹.

Plus récemment, les codes de conduite se sont vu conférer une valeur normative plus importante. Analysés précédemment, les articles L. 111-7-1 et L. 223-1 imposent aux professionnels opérateurs de plateformes comparatives en ligne d'une certaine taille ainsi qu'à ceux pratiquant le démarchage téléphonique d'élaborer des codes de bonnes pratiques². Ces derniers ont pour fonction de préciser les obligations légales des professionnels concernés.

728. Un procédé d'autorégulation – Si le professionnel a toujours été libre d'édicter de tels codes, leur valeur normative restait indéterminée, mais toujours inférieure à celle émanant du législateur. Or, dans cet exemple, le législateur confie au professionnel la mission d'élaborer un tel code qui a vocation à préciser la loi, et ainsi à emprunter la valeur normative de cette dernière. Le législateur n'encourage plus, mais impose, le recours à l'autorégulation ce qui « signifie, par essence, que les règles encadrant le comportement dans un marché sont développées, administrées et appliquées par les personnes (ou leurs représentants) dont le comportement doit justement être encadré »³.

729. Codes de conduite et équilibre individualiste – Il est probable que de tels procédés se développeront à l'avenir au sein de la législation consumériste – et au-delà, mais cela nous ferait sortir du champ de l'analyse. En effet, la juridicisation des codes de conduite correspond parfaitement à la finalité économique de l'équilibre individualiste, qui est d'assurer un fonctionnement harmonieux du marché. D'une part, l'autorégulation des professionnels est perçue comme un moyen d'assurer l'adéquation des normes aux besoins d'une profession ou d'un secteur, ce qui facilite l'activité des professionnels et participe à l'intensification des échanges. D'autre part, l'affichage par le professionnel de son adhésion à un code de conduite est un facteur favorisant la confiance du consommateur, objet de la protection consumériste contemporaine⁴.

¹ Art. 6, 2., b), Dir. 2005/29/CE, 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

² Cf. *supra* n°548-551.

³ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2008, p. 741.

⁴ Cf. *supra* n°654 et s.

On pourrait ainsi imaginer un renvoi accru du législateur à des codes de conduite élaborés par les professionnels individuellement ou collectivement selon les hypothèses. Cela concernerait, par exemple, les obligations d'information propres à certains secteurs spécifiques et se caractérisant par des besoins particuliers ou des enjeux nouveaux. À l'instar des obligations pesant sur les plateformes comparatives en ligne, les sociétés d'intermédiation entre particuliers (LeBonCoin, AirBnB, etc.) ou les sociétés de mise en contact de livreurs ou chauffeurs avec des particuliers (Uber, Deliveroo, etc.) pourraient à l'avenir être chargées par le législateur d'élaborer de tels codes afin de préciser, voire de déterminer, les obligations qui s'imposent à elles.

730. Un outil néolibéral – Cette diffusion potentielle du recours à l'autorégulation ne constituerait rien d'autre qu'un « phénomène de privatisation de la production normative »¹. Il devrait interroger sur la place de l'État dans l'élaboration de la norme, et ce, particulièrement au sein d'une législation consumériste historiquement construite sur une volonté de contrainte et de façonnement du marché².

Le transfert du pouvoir normatif de l'État vers les entreprises privées confirmerait son retrait. Celui-ci, « avisé des limites de ses politiques interventionnistes dans le jeu de sous-systèmes de plus en plus différenciés et évolutifs (l'économie, les marchés financiers [...]), renonçant donc au contrôle direct [...] mais ne s'accommodant pas de l'autogestion absolue de ces divers secteurs, se fait, dit-on, "réflexif" ou "procédural". Il se contente, au mieux, de fixer quelques objectifs généraux, à charge pour les acteurs privés de déterminer eux-mêmes [...] les normes susceptibles de les atteindre. Renonçant quasi-totalement à définir *a priori* des normes substantielles, les pouvoirs publics se contentent de fixer le cadre procédural d'une discussion conduite par les groupements intéressés eux-mêmes »³.

Le développement de l'autorégulation serait ainsi conforme à la philosophie néolibérale qui prône l'intervention étatique dans le fonctionnement du marché uniquement pour en corriger certaines dérives naturelles et garantir l'exercice des libertés individuelles⁴. Sous

¹ K. BENYEKHLÉF, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, op. cit., spéc. p. 740.

² La description du droit de la consommation actuel et surtout à venir serait plutôt le suivant : « l'économie est aux postes de commande et les Etat "suivent" ». (G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in. J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., spéc. p. 164).

³ F. OST, M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 110.

⁴ Pour un exposé de la pensée néolibérale et de ses liens avec l'actuel droit de la consommation, cf. *supra* n°656-658.

cet angle, les codes de conduite privés « peuvent constituer avec d'autres institutions [...] un instrument de transition dans l'élaboration d'un nouvel ordre juridico-économique »¹, en ce qu'ils garantissent l'adéquation de la norme aux besoins des professionnels. Il semble pourtant qu'une telle orientation ne peut advenir, une fois encore, qu'au détriment de la protection des consommateurs.

731. Conclusion de la Section 2. – Le droit de la consommation n'a, à nos yeux, pas achevé sa mue axiologique. À l'avenir, l'expansion de l'équilibre individualiste pourrait s'orienter autour de deux axes qui s'inscriraient dans la lignée des évolutions déjà accomplies.

D'une part, il se pourrait que l'on assiste à un recentrement des normes consuméristes autour de l'individu-consommateur. Cela se manifesterait d'abord par un alignement des dispositifs sur le besoin concret de protection de l'individu : son absence pourrait constituer une *limite* à l'octroi de la protection – par le biais d'un développement de la sanction de l'abus dans l'exercice des droits de rétractation ; en parallèle, sa présence pourrait s'imposer comme une *condition* d'application des normes – au travers d'un développement de la protection de professionnels en situation de faiblesse subjective et effective. Le recentrage du droit de la consommation autour de l'individu-consommateur pourrait ensuite se manifester par le développement de moyens procéduraux favorisant l'indemnisation intégrale des préjudices individuels subis.

D'autre part, la détermination grandissante des normes par le marché constituerait un second axe de la diffusion de l'équilibre individualiste. La diffusion de la condition de déloyauté – qui repose, en son cœur, sur la perception d'une pratique par les agents économiques du marché – pourrait s'imposer comme une première manifestation. Il serait ainsi envisageable que les obligations d'information du Code de la consommation, aujourd'hui sanctionnées de manière automatique, soient conditionnées demain à leur déloyauté. En outre, la diffusion du recours à l'autorégulation constituerait une seconde manifestation de cette centralité croissante du marché et de ses acteurs. Il se pourrait en effet que l'on assiste à un renvoi accru du législateur à l'élaboration de codes de conduite par les professionnels afin de préciser, sinon de déterminer, les obligations qui leur incombent.

¹ G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., spéc. p. 164.

Conclusion du Chapitre 2.

732. Afin de saisir pleinement l'étendue de la valeur d'équilibre individualiste, il était indispensable de dépasser matériellement et temporellement ce qui avait constitué, jusqu'à présent, notre champ d'étude.

733. Cela nous a permis de constater un essor déjà amorcé de l'équilibre individualiste hors des frontières consuméristes. On en trouve trace tant au sein du droit de la concurrence que du droit commun, au travers de la sanction des clauses abusives. Ces clauses sont appréhendées sous un prisme subjectif et concret : les dispositifs aspirent à garantir un équilibre minimal et *circonstancié* dans la relation entre deux parties de puissances *effectivement* inégales. Cela correspond pleinement à l'esprit de la nouvelle axiologie consumériste.

Ce détour hors de notre champ d'étude démontre ainsi une interconnexion axiologique naissante entre le droit de la consommation, autrefois animé par une logique autonome, le droit de la concurrence et le droit commun.

734. Pour prendre la pleine mesure de la diffusion de l'équilibre individualiste, il nous a fallu ensuite nous questionner sur l'avenir potentiel du droit de la consommation. Or, au vu des évolutions récentes, il nous semble probable que la nouvelle valeur poursuive son expansion et supplante l'équilibre consumériste traditionnel. Cette diffusion pourrait s'effectuer autour de deux grands axes.

D'abord, il se pourrait que l'on constate un recentrage de la norme autour de l'individu en situation de faiblesse subjective : le besoin concret de protection serait érigé en limite, voire en condition de sa protection. La protection consumériste abandonnerait ainsi entièrement sa focale structurelle et collective pour lui substituer un prisme conjoncturel et individuel. Partant, le préjudice individuel pourrait graduellement s'imposer comme un élément crucial dans la sanction.

Ensuite, la diffusion de la nouvelle valeur devrait possiblement mener à l'octroi progressif au marché et à ses acteurs d'un pouvoir variable de détermination du contenu de la norme. Indirectement, d'une part, par une diffusion de la condition de déloyauté au sein de certains dispositifs encore épargnés, telles que les obligations d'information. Directement, d'autre

part, par le renvoi accru du législateur à l'autoréglementation des professionnels chargés, par lui, de déterminer les obligations leur incombant au travers de codes de conduite.

CONCLUSION DU TITRE 2.

- 735.** L'étude des évolutions contemporaines du droit de la consommation nous a permis d'identifier une nouvelle valeur : l'équilibre individualiste. Elle vise à garantir un équilibre technique et économique *particulier, fluctuant* – en fonction des dispositions, selon des considérations subjectives telles que la volonté d'une ou des parties, leur intention, leurs agissements etc. – entre deux parties dont le rapport est *concrètement déséquilibré*.
- 736.** Se distinguant par sa *subjectivité*, cette nouvelle valeur individualise les finalités substantielles de l'équilibre consumériste : la discipline individuelle *du* professionnel remplace la discipline collective *des* professionnels ; la protection *individuelle* du consommateur subissant une domination *effective et circonstanciée* du fait notamment de sa faiblesse s'impose face à la protection structurelle et collective qui prévalait dans l'axiologie originelle.
- 737.** L'équilibre individualiste n'est pas une valeur morale. Il n'est plus un outil de régulation sociale mais un outil de *régulation économique*. Ses prémisses sont bien différentes : les consommateurs ne sont pas conçus comme un groupement en position d'infériorité structurelle, mais comme un ensemble d'agents économiques. Ceux-ci ont une fonction : consommer, et ce, afin de dynamiser l'appareil de production. Pour cela, seule leur *confiance* doit être préservée afin de faciliter leur entrée sur le marché, fluidifier et intensifier les échanges.
- L'équilibre individualiste s'impose comme une valeur *néolibérale*. Elle façonne le marché, en limitant certains de ses excès afin, par la suite, de laisser libre court à l'exercice des libertés individuelles. L'équilibre individualiste n'est donc plus conçu comme une *limite* mais comme une *condition* de l'exercice de la liberté économique des individus.
- 738.** La mutation axiologique du droit de la consommation n'est pas encore achevée : la nouvelle valeur coexiste aujourd'hui encore avec l'équilibre consumériste traditionnel. Il

semble pourtant que leur coexistence ne puisse longtemps perdurer : la diffusion de l'équilibre individualiste semble inexorable.

Celle-ci est déjà amorcée hors des frontières consuméristes. Au travers d'une approche subjective et concrète des clauses abusives, le droit de la concurrence et le droit commun voient cette nouvelle valeur intégrer leurs paysages axiologiques. Le prisme axiologique révèle ainsi des porosités insoupçonnées entre certains pans du droit, ce qui à l'avenir pourrait constituer un terreau fertile de redéfinition des relations entre eux.

L'expansion de l'équilibre individualiste devrait ainsi se poursuivre au sein même de la législation consumériste. Cela pourrait s'effectuer dans deux directions. D'une part, ses normes pourraient progressivement s'aligner sur le besoin concret de protection des individus : seul celui attestant subjectivement et effectivement d'un tel besoin devrait en bénéficier. D'autre part, il serait probable que le marché et ses acteurs profitent d'un pouvoir accru de détermination de la norme. En effet, dès lors que le droit de la consommation ne se conçoit plus comme un droit de contrainte, mais comme un droit au service du marché, rien ne s'oppose plus à une telle délégation.

Conclusion de la Partie 2.

739. À une axiologie originelle monolithique succède une axiologie contemporaine divisée. L'équilibre consumériste classique ne peut plus être considéré comme l'unique valeur sous-tendant la législation consumériste.

Celle-ci est en effet traversée par un phénomène général de subjectivation de ses normes. Des normes indexées sur des considérations subjectives et individuelles remplacent des normes traditionnellement objectives et collectives : l'intention, la volonté, la conscience, le comportement du sujet deviennent des éléments déterminants dans l'application des dispositifs consuméristes dont ils sont traditionnellement écartés. Le phénomène est certes polymorphe et variable dans son intensité ; il n'en reste pas moins certain.

740. Cette subjectivation s'explique aisément grâce à l'approche axiologique de la norme. Celle-ci révèle l'émergence d'une nouvelle valeur : *l'équilibre individualiste*. Aspirant toujours à un rééquilibrage économique et technique d'une relation déséquilibrée, elle partage un contenu similaire à son prédécesseur, l'équilibre consumériste traditionnel.

Néanmoins, hormis ce point, leur opposition est globale. Alors que l'équilibre consumériste est une valeur objective, la nouvelle valeur est profondément *subjective* : elle n'impose qu'un équilibre relatif, particulier et fluctuant. De même, si la première adopte une focale résolument collective, la seconde se recentre sur *l'individu* : il n'est pas question d'imposer une discipline uniforme aux professionnels mais une discipline individualisée ; aussi, elle ne recherche pas la protection d'une collectivité structurellement inférieure mais celle de l'individu situé dans une situation de faiblesse effective.

En somme, l'équilibre individualiste vise à garantir un équilibre technique et économique *particulier, fluctuant* entre deux parties dont le rapport est *concrètement et effectivement* déséquilibré.

- 741.** Sa finalité économique est claire : l'équilibre individualiste s'impose comme un instrument principalement destiné à favoriser une intensification des échanges au sein du marché commun. Cette approche néolibérale fait passer la législation consumériste d'un droit ayant une finalité propre et autonome, à un droit instrumentalisé au service d'objectifs qui le dépassent. Cela explique la diffusion de cette nouvelle valeur tant au sein du droit de la concurrence que dans le droit commun, par le biais de la sanction des clauses abusives.
- 742.** L'actuelle coexistence entre les deux axiologies au sein des frontières consuméristes est fragile : seule l'une des deux valeurs semble, à terme, devoir se maintenir. Le phénomène constant d'expansion de l'équilibre individualiste depuis quelques décennies rend probable la poursuite du mouvement, qui pourrait bien, à terme, éclipser entièrement l'axiologie originelle. Confiant au marché le soin de déterminer le contenu de la norme et alignant progressivement ses dispositifs sur l'individu en situation de faiblesse, le droit de la consommation aurait alors perdu ses atours initiaux et achevé sa mutation.

Conclusion générale

743. Le prisme axiologique et diachronique de l'étude aura révélé l'existence, non pas d'un, mais de deux droits de la consommation aux logiques divergentes, coexistant aujourd'hui fragilement.

744. La législation consumériste s'est originellement construite en réaction aux incapacités du droit civil à résoudre efficacement le déséquilibre caractérisant les relations consommateurs-professionnels. S'est ainsi constituée une législation entièrement orientée autour du rééquilibrage technique et économique de ces rapports dont la matrice axiologique réside dans la valeur d'*équilibre consumériste*.

Ce rééquilibrage n'est pourtant pas particulier, individualisé. L'axiologie consumériste originelle troque l'approche civiliste individuelle et subjective des rapports économiques pour une focale résolument *objective et collective* : le rééquilibrage doit s'opérer de manière uniforme et impérative par le respect des dispositifs légaux. Le droit de la consommation n'a pas vocation à fluctuer selon chaque relation particulière entre un consommateur et un professionnel ; il a pour ambition de saisir le rapport de force de manière globale.

La finalité est alors claire : protéger *structurellement* la collectivité des consommateurs contre son infériorité au sein de ses rapports économiques face aux professionnels. Cela implique deux axiomes : seul le consommateur doit être protégé ; tout consommateur doit être protégé. Aussi, en aspirant à la réduction des différentiels de puissance caractérisant les rapports entre des agents économiques conçus de manière collective, la valeur d'équilibre consumériste poursuit indéniablement un objectif de justice sociale. L'axiologie consumériste originelle est donc *morale*.

745. Le droit de la consommation se trouve aujourd'hui en pleine période transitoire. De nombreux dispositifs subissent une subjectivation : normes et parfois sanctions sont

indexées sur l'intention, la volonté, la conscience, le comportement des sujets. Phénomène divers et épars, cette subjectivation ne peut être ignorée tant elle traduit, non une évolution, mais une véritable révolution de l'axiologie consumériste.

Une nouvelle valeur se diffuse en son sein : *l'équilibre individualiste*. Celle-ci se désintéresse de la résorption d'un déséquilibre structurel, pour se concentrer sur les déséquilibres circonstanciés : elle vise à garantir un équilibre technique et économique *particulier, fluctuant*, entre deux parties dont le rapport est *concrètement et effectivement* déséquilibré.

Cette nouvelle valeur poursuit logiquement des finalités bien différentes : l'équilibre individualiste ne vise pas à contraindre le marché dans une optique de régulation sociale ; il aspire à la préservation de la confiance du consommateur aux fins d'intensifier et fluidifier les échanges. En somme, à un droit *de* la consommation se substitue progressivement un droit *pour* la consommation.

Il n'est donc plus question de protéger la collectivité des consommateurs contre une infériorité structurelle, mais bien de préserver la partie subjectivement faible face à son cocontractant. En effet, une partie ne se trouvant pas concrètement dans une situation de faiblesse, ne subit aucune atteinte à sa confiance. La protection consumériste n'est plus due ; elle se mérite.

746. Les valeurs d'équilibre individualiste et d'équilibre consumériste coexistent aujourd'hui au sein du droit de la consommation. Cette cohabitation est cependant précaire. Considérant l'antinomie entre celles-ci et l'importante diffusion de l'équilibre individualiste, tant au sein qu'au-delà des frontières consuméristes, il est probable que l'on observe un retour à l'unité axiologique, dans les années à venir, sous l'étendard de cette nouvelle valeur.

747. Au prisme des valeurs, l'étude aura ainsi permis de comprendre l'étendue et le sens des mutations présentes et à venir du droit de la consommation, de fournir une grille de lecture d'un pan du droit perpétuellement changeant.

Elle doit en outre se lire comme une mise en garde pour l'avenir. Au gré de la diffusion de cette nouvelle axiologie, l'effectivité de la protection du consommateur s'amointrit. Notre propos n'est nullement une invitation à l'immobilisme ou à un retour en arrière, à une législation antérieure : le droit de la consommation doit évidemment se moderniser,

s'adapter aux nouvelles pratiques, aux nouveaux comportements des consommateurs, etc. Cependant, il nous semble qu'adaptation ne devrait jamais rimer avec dégradation. Or, le passage d'une protection structurelle à individuelle en réduit l'étendue, à une époque où la protection n'a jamais été aussi nécessaire, où les rapports de consommation n'ont jamais été aussi omniprésents et complexes.

L'abandon d'une protection objective et collective qui constituait la spécificité du droit de la consommation risque ainsi de marquer le point final de celui-ci, fondu dans un plus grand ensemble de législations relatives à la réglementation du marché.

Bibliographie

- I. *Ouvrages généraux, manuels et traités*
 - II. *Encyclopédies*
- III. *Ouvrages spéciaux et monographies*
 - IV. *Thèses*
- V. *Articles et chroniques*
- VI. *Ouvrages collectifs*
- VII. *Enquêtes publiques*
- VIII. *Notes et observations de jurisprudence (par arrêts)*
 - IX. *Dictionnaires*

I. Ouvrages généraux, manuels et traités

AUGUET (Y.), GALOKHO (C.), RIÉRA (A.), *Droit de la concurrence*, coll. Spécial Droit, éd. Ellipses, 2020.

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., col. Précis Domat, LGDJ, 2021.

BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S.), *Droit des assurances*, 4^{ème} éd., Coll. Précis Domat, LGDJ, 2021.

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 27^{ème} éd., Précis Dalloz, 2021.

BOURRASSIN (M.), BRÉMOND (V.), JOBARD-BACHELIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., Sirey, 2019.

CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd., Thémis PUF, 2013.

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (H.), DEPINCÉ (M.), *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. II, Quadriga PUF, 2004.

CHAGNY (M.), PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2018.

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile – Droit commun, droit spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Précis, 35^{ème} éd., Dalloz, 2020.

CORNU (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2007.

- DECOCQ (A.), DECOCQ (G.),** *Droit de la concurrence – Droit interne et Droit de l’Union Européenne*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2021.
- DEMOGUE (R.),** *Traité des obligations en général*, Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- DEROUSSIN (D.),** *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^{ème} éd., 2012.
- DISSAUX (N.), LOIR (R.),** *Droit de la distribution*, coll. Précis Domat, LGDJ, 2017.
- DREYER (E.),** *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., LexisNexis, 2021.
- DREYER (E.),** *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020.
- FENOUILLET (D.)** (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz action, 2021-2022.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.),**
- *Droit civil, Les obligations, L’acte juridique*, 17^{ème} éd., Sirey, 2022.
 - *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Sirey, 2011.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), RODA (J.-C.),** *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2022.
- HOUTCIEFF (D.),** *Droit des contrats*, 5^{ème} éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2021.
- JULIEN (J.),** *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.),** *Droit des assurances*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2017.
- LAROMBIÈRE (L.),** *Théorie et pratique des obligations : ou commentaire des titres III et IV, livre III du code Napoléon articles 1101 à 1386*, T. 1, Librairie A. Durand, Paris, 1857.
- LARROUMET (C.), BROS (S.),** *Les obligations – le contrat*, t.3, 10^{ème} éd., *Traité de Droit civil*, Economica, 2021.
- LAVELLE (L.),** *Traité des valeurs*, t.I, PUF, Paris, 1952.
- LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), SALOMON (R.),** *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., LexisNexis, 2020.
- LE SENNE (R.),** *Traité de morale générale*, PUF, 1942.
- LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.),** *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010.
- LUCAS DE LEYSSAC (C.), PARLEANI (G.),** *Droit du marché*, Thémis Droit privé, PUF, 2002.
- MAINGUY (D.), DEPINCÉ (M.), CAYOT (M.),** *Droit de la concurrence*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2019.
- MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.),** *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2020.
- MALAURIE-VIGNAL (M.),** *Droit de la distribution*, Sirey, 3^{ème} éd., 2015
- MALINVAUD (P.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.),** *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., LexisNexis, 2021.
- MOUSSERON (J.-M.),** *Technique contractuelle*, Paris, éd. juridiques Lefebvre, 1998.
- NEAU-LEDUC (P.), NEAU-LEDUC (C.), PÉRIN-DUDEAU (A.),** *Droit bancaire*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2018.
- NEUVILLE (S.),** *Philosophie du droit*, Coll. Précis Domat, LGDJ, 2^{ème} éd., 2021.
- PECES-BARBA MARTINEZ (G.),** *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 38, 2003.
- PELLIER (J.-D.),** *Droit de la consommation*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021.

- PICOD (Y.), PICOD (N.),** *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2021.
- PIEDELIEVRE (S.),** *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Economica, 2020.
- PIEDELIEVRE (S.), PUTMAN (E.),** *Droit bancaire*, Economica, 2011.
- PIN (X.),** *Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2020.
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.),** *Traité pratique de droit civil français, Les obligations* (2^{ème} partie), t.VII, Paris, LGDJ, 1954.
- PORCHY-SIMON (S.),** *Droit civil 2^{ème} année – Les obligations*, 15^{ème} éd., Hypercours, Dalloz, 2022.
- RAYMOND (G.),** *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., coll. Droit & Professionnels, LexisNexis, 2019.
- RIPERT (G.), BOULANGER (J.),** *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t.II, LGDJ, 1957.
- ROUTIER (R.),** *Obligations et responsabilités du banquier*, 4^{ème} éd., Dalloz Action, Dalloz, 2018/2019.
- SAUPHANOR-BROUILLARD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAU (G.), USUNIER (L.),** *Les contrats de consommation – Règles communes*, 2^{ème} éd., Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, Lextenso, 2018.
- VIGNEAU (V.), XAVIER-BOURDIN (G.), CARDINI (C.),** *Droit du surendettement des particuliers*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2012.
- VOGEL (L.), VOGEL (J.),** *Traité de droit économique – Droit de la consommation*, t.3, LawLex/Bruylant, 2017.
- SÈVE (R.),** *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2017.
- SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.),** *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 7^{ème} éd., Précis Dalloz, 2016.
- STIGLITZ (J.E.), LAFAY (J.-D.), WALSH (C.E.),** *Principes d'économie moderne*, 4^{ème} éd., De Boeck, 2014.
- TERRÉ (F.),** *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz, 2015.
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.),** *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2019.
- TZITZIS (S.),** *Introduction à la philosophie du droit*, coll. Dyna'sup Droit, éd. Vuibert, 2011
- VÉRON (M.),** *Droit pénal des affaires*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2013.

II. Encyclopédies

- CADIET (L.), LE TOURNEAU (P.),** « Abus de droit », *Rép. civil Dalloz*, juin 2015 (actualisation : sept. 2022).
- CHANTEPIE (G.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.),** *Rép. civil Dalloz*, V^o « Déséquilibre significatif », janv. 2002 (actualisation : sept. 2022).
- DEPINCÉ (M.), MAINGUY (D.),** « Action de groupe française – Dispositions générales et procédures spéciales », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 15, 3 sept. 2018.
- HOUTCIEFF (D.),** « Renonciation », *Rép. civil Dalloz*, déc. 2017 (actualisation : oct. 2021).

KULLMANN (J.), « Assurances de personnes : vie – prévoyance », *Rép. civil Dalloz*, janv. 2013 (actualisation : sept. 2022).

LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. civil Dalloz*, janv. 2017 (actualisation : avril 2019).

PENNEAU (A.), VOINOT (D.), « Normalisation », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 970, 1^{er} oct. 2010.

PIEDELIEVRE (S.), « Crédit à la consommation », *Rép. civil Dalloz*, janv. 2018 (actualisation : mars 2022).

RAYMOND (G.),

- « Contrats de consommation », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 800, 20 juill. 2021 (actualisation : 1^{er} juill. 2022).
- « Pratiques commerciales déloyales et agressives », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 900, 4 mai 2018 (actualisation : 11 janv. 2022).
- « Santé et sécurité des consommateurs », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 950, 22 juill. 2019 (actualisation : 1^{er} juill. 2022).

RAYMOND (G.), PIMBERT (A.), « Clauses abusives », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 820, 20 juill. 2018 (actualisation : 1^{er} juill. 2022).

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.),

- « Information des consommateurs – Règles communes à l’obligation d’information précontractuelle et à l’information sur les prix », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 845, 1^{er} juill. 2017 (actualisation : 11 janv. 2022).
- « Information des consommateurs – Obligation générale d’information précontractuelle », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 846, 1^{er} fév. 2017 (actualisation : 1^{er} juill. 2022).

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), BERNHEIM-DESVAUX (S.), « Sanctions des obligations précontractuelles d’information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 848, 1^{er} déc. 2020.

III. Ouvrages spéciaux et monographies

Dans un souci de clarté, seront ici distingués les ouvrages extra-juridiques (A.) et les ouvrages juridiques (B.).

A. Ouvrages extra-juridiques

Catéchisme de l’Église Catholique, Centurion / cerf / Fleurus-Mame / CECC, 1997.

La Bible de Jérusalem, trad. École biblique de Jérusalem, éditions du Cerf, 2000.

ALQUIÉ (F.), *Leçons sur Kant, La morale de Kant*, éd. de La Table Ronde, 2005.

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, trad. Tricot, Vrin.

BAUDART (A.), *La morale et sa philosophie*, éd. Vrin, 2004.

BAUDRILLARD (J.), *La société de consommation*, coll. Folio Essais, éd. Denoël, 1970.

BENTHAM (J.),

- *Introduction aux principes de morale et de législation*, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011.
- *Défense de l'usure, ou Lettres sur les inconvénients des lois qui fixent le taux de l'intérêt de l'argent*, Paris, éd. Malher, 1928.

BLONDEL (E.), *La morale (recueil de textes)*, éd. GF Flammarion, 1999.

CAILLÉ (A.), **SECELLART (M.)**, **LAZERRI (C.)** (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique – le bonheur et l'utile*, t.I et II, Flammarion, 2007.

CANTO-SPERBER (M.), **OGIEN (R.)**, *La philosophie morale*, Que sais-je ?, éd. PUF, 2004.

Commission biblique pontificale, *Bible et morale – Quels critères pour discerner ?*, éd. Nouvelle Cité, 2009.

D'AQUIN (T.),

- *Somme théologique*, t.2 et 3, éditions du Cerf, 2021.
- *Textes sur la Morale*, trad. et comm. E. Gilson, éd. Vrin, 2011.

DESJEUX (D.), *La consommation*, Que sais-je ?, PUF, 2006.

HEINICH (N.), *Des valeurs – Une approche sociologique*, NRF, éd. Gallimard, 2017.

JEAN-PAUL II, *Lettre encyclique – La splendeur de la Vérité*, 1993 (www.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html).

KANT (E.),

- *Critique de la raison pratique*, coll. Folio Essais, éd. Gallimard, 2017.
- *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Livre de Poche, éd. 21, 2017.

KRUMB (J.-M.), *Les fondements de la morale chrétienne*, éd. L'Harmattan, 2005.

LE GOFF (J.), *La Bourse et la vie – Économie et religion au Moyen-Âge*, Librairie Arthème Fayard/Pluriel, Hachette, 2010.

LIPOVETSKY (G.), *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, Gallimard, 2006.

LOCKE (J.), *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Livre de Poche, 2009.

PORTALIS (J.-E.-M.), *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIème siècle*, préf. J.-B. d'Onorio, Dalloz, 2007.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, éd. du Seuil, 1997.

SMITH (A.),

- *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t.2, trad. G. Garnier, éd. GF Flammarion, 2022.
- *Théorie des sentiments moraux*, Quadrige/Puf, 2^{ème} éd., 2011.

SPINOZA (B.), *Œuvres*, III, trad. C. Appuhn, GF-Flammarion, 1965.

STIEGLER (B.), *"Il faut s'adapter" – Sur un nouvel impératif politique*, NRF essais, Gallimard, 2019

THÉVENOT (X.), *Morale fondamentale - Notes de cours*, préf. De Mgr J. Doré, éd. Don Bosco Éditions, 2007.

THOMASSET (A.), *La morale de Vatican II*, Médiaspaul éd., 2013.

B. Ouvrages juridiques

ALLÈGRE (G.), *Le Code civil commenté à l'usage du clergé dans ses rapports avec la théologie morale, le droit canon et l'économie politique*, 1902, 8^{ème} éd., éd. A. Roger et F. Chernoviz, 1902.

BENYEKHFLEF (K.), *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2008.

BRANLARD (J.-P.), *La table & le droit*, LexisNexis, 2014.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

D'AUBE (F.-R.), *Essai sur les principes du droit et de la morale*, Imprimerie Claude-François Simon, Fils, 1743.

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, PUF, coll. Léviathan, Paris, 1995.

GOUSSET (E.), *Le Code civil commenté dans ses rapports avec la théologie morale ou explication du Code Civil tant pour le for intérieur que pour le for extérieur*, 1877, 10^{ème} éd., Librairie Classique d'Eugène Belin.

GRZEGORCZYK (C.), *La théorie générale des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, préf. M. Villey, LGDJ, 1982.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^{ème} éd., préf. D. Deroussin, Dalloz, 2006.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, éd. Bruylant LGDJ, 2010.

LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2003.

LEGAL (A.), **BRETHER DE LA GRESSAYE (J.)**, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p.18.

LOCRÉ, *La législation de France (travaux préparatoires du Code civil)*, T.XII, Librairies Treuttel et Würtz, Paris, 1828.

OST (F.), **Van de KERCHOVE (M.)**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

PERELMAN (C.), *Droit, morale et philosophie*, préf. M. Villey, Bibliothèque de philosophie du droit, t. VIII, LGDJ, 1968.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

RIPERT (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949.
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936.

IV. Thèses

AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002.

AZAR-BAUD (M. J.), *Les actions collectives en droit de la consommation Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, préf. L. Cadet, Dalloz, 2013.

BÉRENGER (F.), *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. C. Atias, PUAM, 2007.

BEYS (K. E.), *Le problème du droit et des valeurs morales : l'aventure humaine, entre le bien et le mal*, Faculté des lettres d'Athènes, L'Harmattan, 2004.

BOURGOIGNIE (Th.), *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, LGDJ-Story Scientia, 1988.

BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, LGDJ., 1997.

BORGHETTI (J.-S.), *La responsabilité du fait des produits*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

BLEUSEZ (M.), *La perfection du contrat*, th. dactyl., dir. C. Brenner, Université Paris II – Panthéon Assas, 2021.

CHAUDOUE (S.), *Le déséquilibre significatif*, préf. N. Ferrier, LGDJ, 2021.

CORBESCO (G.), *Devoirs moraux et obligations légales. Étude des tendances modernes en matière de responsabilité*, Arthur Rousseau éd., Paris, 1903.

COUMAROS (N.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Librairie du Recueil Sirey, 1931.

DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2000.

DEJEAN DE LA BATIE (N.), *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, Paris, LGDJ, 1965.

DELEGOVE (N.), *Le droit commun et le droit spécial*, th. dactyl., dir. N. Molfessis, Université Paris II – Panthéon Assas, 2011.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, Paris, LGDJ, 1963.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge-Guelfucci, LGDJ, 2002.

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, Rech. jur., 2006.

GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, LGDJ, 1999.

- GOUNOT (E.),** *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau éd., 1912.
- GRAZIANI (F.),** *La protection pénale du consommateur*, th. dactyl., dir. Y. Mayaud, Université Paris II Panthéon-Assas, 2016.
- JABBOUR (R.),** *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016.
- JACOB (J.-B.),** *La valeur en droit – Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, préf. D. Rousseau, postf. E. Picard, éd. L'Harmattan, 2021.
- JOURDAIN (P.),** *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. dactyl., dir. J. Foyer, Université Paris II, 1984.
- KOUKEZIAN (T.),** *Sanction pénale, sanction disciplinaire*, th. dactyl., dir. O. Décima, Université de Rennes 1, 2014.
- LAROUER (M.),** *Les codes de conduite, sources du droit*, préf. P. Deumier, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 176, Dalloz, 2018.
- LEROUX-CAMPELLO (M.),** *Les sanctions en droit de la consommation*, th. dactyl., dir. A. Lepage, D. Mazeaud, Université Paris II – Panthéon Assas, 2018.
- LE GAC-PECH (S.),** *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000.
- LOKIEC (P.),** *Contrat et pouvoir – Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004.
- MALAURIE (P.),** *L'ordre public et le contrat*, préf. P. Esmein, éd. Matot-Braine, 1953.
- MAURIN (L.),** *Contrats et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, 2013.
- MEKKI (M.),** *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.),** *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002.
- PÉGLION-ZIKA (C.),** *La notion de clause abusive – Étude de droit de la consommation*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2018.
- PÉRÈS-DOURDOU (C.),** *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.
- PICOD (Y.),** *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.
- ROUSSIER (J.),** *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, Les éditions Domat-Montchrestien, 1933.
- RZEPECKI (N.),** *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, dir. G. Wiederkehr, PUAM, 2002.
- SAUPHANOR (N.),** *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2001.
- SAVAUX (É.),** *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997.
- STOFFEL-MUNCK (P.),** *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français – Le principe "fraus omnia corrumpit"*, préf. G. Marty, Librairie Dalloz, 1957.

VINEY (G.), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2014.

VOUIN (R.), *La bonne foi, Notion et rôle actuel en droit privé français*, LGDJ, 1939.

V. Articles et chroniques

ALBIGES (C.), « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.1.

ALEMANNI (A.), « L'émergence d'une politique européenne sur les risques comportementaux : tabac, alcool et mauvaise alimentation », *RDUE*, 2014, n°1, p.27.

AUBRY (H.),

- « Actualité du droit des pratiques commerciales déloyales », *CCC* 2022, n°10, chron. 4.
- « Les sanctions effectives, proportionnées et dissuasives – Étude d'une notion européenne à la lumière du droit de la consommation », *CCC* 2021, n°11, ét. 12.
- « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, Vol. 57, n°3, 2005. p. 627.

AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p. 69.

BARBAUD (M.-O.), « Les outils du nouvel équilibre entre prêteurs et consommateurs dans le contentieux des crédits affectés », *D.* 2021. 887.

BAUCHARD (J.), « Remarques sur le Code de la consommation », *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 9.

BAZIN (É.), « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.* 2008. 3028.

BAZIN-BEUST (D.), « La santé et les droits du consommateur », in. actes du colloque "Santé et droit" du Centre de recherches sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit et du Centre de recherches en droit privé, avec le concours de l'INSERM, Université de Caen Basse-Normandie, 15 et 16 oct. 2009, *Revue générale de droit médical*, 1^{er} déc. 2010, p. 129.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009, n°1, p.202.
- « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G*, 2015, 603.

BERNHEIM-DESVAUX (S.),

- « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *RLDA*, 2012/69, n°3945.
- « Nouvelle donne pour les consommateurs : la directive omnibus est publiée ! », *CCC* 2020, comm. 33.
- « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *CCC* 2021, n°11, comm. 174.

BERNHEIM-DESVAUX (S.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Analyse de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs », *CCC* 2022, n°3, ét. 4.

BONASSIES (P.), « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 51.

BORYSEWICZ (M.), « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats », *Études offertes à P. Kayser*, t.1, PUAM, 1979, p.91.

BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.), « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.* 2017. 1619.

BOULOC (B.),

- « La loi de 1905 en tant qu'instrument de la sécurité des consommateurs », *in. Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, Colloque des 6 et 7 nov. 1986, dir. J. Ghestin, LGDJ, 1987, p.13 et s.
- « La réforme de l'usure », *RDBF* n°6, novembre/décembre 2003. 387.

BOURGOIGNIE (T.), « À la recherche d'un fait générateur unique et autonome dans les rapports de consommation : l'attente légitime du consommateur », *Liber amicorum N. Reich*, 1997, p.221.

BROS (S.), « La bonne foi en droit du marché », *RDA*, n°12, fév. 2016, p.85 et s.

BRUNET (A.), « Le TEG, un taux d'embrouille généralisée ? », *Drôle(s) de droit(s) – Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000.

BUFFLIER (I.), « De l'information sur les conditions sociales de fabrication des produits. Mythe ou réalité pour le consommateur ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 30/06/2016, n°26, p.12.

CADIET (L.), « Les métamorphoses du préjudice », *in. Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1998, p.37 et s.

CALAIS-AULOY (J.),

- « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », *Mélanges Christian Mouly*, 1998, t.II, p.63.
- « L'attente légitime. Une nouvelle source de droit subjectif ? », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p.171.

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, 1994, p.239 et s. ; *RTD Com.*, 1998, p.115.
- « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chron., p. 266 et s.

CANIVET (G.), CHAMPALAUNE (C.), « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.227.

CARBONNIER (J.), « La religion, fondement du droit ? », in. *Droit et religion, Arch. Phil. Droit* 1993, n°38, p.17.

CHANTEPIE (G.), « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et copr.*, 2016, n°10, dossier 6.

CHAZAL (J.-P.),

- « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, Chr., p.260.
- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.279.

COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », *1804-2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.517.

CONTE (Ph.), « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives (Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008) », *Dr. pénal* 2008, Ét. 3.

COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p.95.

CUZACQ (N.), « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.* 2017. 473.

DANIS-FATÔME (A.), VINEY (G.), « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017. 1610.

DARY (M.), LEUNG (H.), « Médiation de la consommation : contrainte ou opportunité pour les professionnels ? », *RLDA*, fév. 2016. p. 48.

DE JUGLART (M.), « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD Civ.* 1945, p.1.

DELPECH (X.), « La loyauté et la transparence, les deux piliers d'un droit des plateformes », *AJ con.*, 2020. 301.

DE NAUROIS (L.), « L'obligation de réparer le dommage causé injustement (responsabilité délictuelle du fait personnel). Essai de confrontation des théories juridique et morale », *Mélanges offert à J. Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p.545.

DEPINCÉ (M.), « Influence du marché et logique économique », in. Colloque "L'effectivité du droit de la consommation", *RLDA*, 2015, n°105, p. 59-61.

DERVIEUX (V.-O.), « "Name and Shame" : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? », *Gaz. Pal.* 2016, n°9, p.29.

DOBKINE (M.), « L'ordre répressif administratif », *D.* 1993, chron. 157.

DREVEAU (C.), « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.* 2011. 249.

DUBOIS (C.), LEROUX-CAMPELLO (M.), « L'obsolescence programmée a des petits frères ! », *D.* 2020, p.1412.

DUPONT (N.),

- « Durabilité des produits et disponibilité des pièces détachées : où en est-on ? », *JCP E* 2016. 1004.
- « Peut-on en finir avec l'obsolescence programmée ? », *CCC* n°10, oct. 2014, ét. 10.

FARJAT (G.),

- « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », *in. Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam, G. Martin (dir.), LGDJ, coll. Droit et société, Recherche et travaux, 1998, p.151.
- « Réflexions sur les codes de conduite privés », *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec Droit, 1982, p. 47.

FENOUILLET (D.),

- « Informations sur les caractéristiques essentielles du contrat de crédit à la consommation », *RDC* 2021. 68.
- « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant, deux pas en arrière ! », *RDC* 2005. 718.
- « La négociation collective des normes », *in. Colloque « La négociation en droit de la consommation »*, S. Bernheim-Desvaux (dir.), Centre Jean Bodin, Université d'Angers, 4 nov. 2021, *RLDA*, n°180, 1^{er} avril 2022.
- « Les préalables à l'effectivité spontanée du droit de la consommation », *in. colloque "L'effectivité du droit de la consommation"*, 26 mars 2015, Université d'Angers, S. Bernheim-Desvaux, C. Blanchard (dir.), *RLDA*, 01/06/2015, 105, p.51.
- « Les valeurs morales », *in. Le nouveau discours contractuel*, G. Chantepie et N. Dissaux (dir.), *RDC* 2016. 589.
- « Une nouvelle directive pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales », *RDC* 2005. 1059.

FERRIER (D.), « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.373.

FRANCK (J.), « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.409.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes natures de l'ordre public économique », *Arch. Philo. Droit*, t. 58, 2015, p.105.

GAZZANIGA (J.-L.), « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », *in. Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1998, p.3.

GHESTIN (J.), « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.415.

GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014, p.267.

GINER (M.), **SANZ (A.)**, « Enquêtes simples de concurrence : des enquêtes pas si simples », *JCP E*, 2014. 1029.

GULPHE (P.), « L'évolution du délit de refus de vente », *Dix ans de conférence d'agrégation, Études offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p.423.

HERVIEU (M.), « Ordre public économique de direction, ordre public de protection : l'avenir de la distinction », *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p.317.

IVAINER (T.), « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », *JCP G* 1972. I. 2495.

JAKOULOFF (K.), « Pratiques commerciales trompeuses et agressives : de la restriction à l'assouplissement, résumé d'une jurisprudence incertaine », *D.* 2013. 2835.

JAMIN (C.),

- « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux » *in. Repenser le contrat*, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2009.

- « Plaidoyer pour un solidarisme contractuel », *Mélanges offerts à J. Ghestin : Le contrat du début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 441.

- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002. 901.

JESTAZ (P.), « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990. 625.

JOUFFROY (P.), « La mode, une logique d'obsolescence des biens de consommation – Les implications économiques d'un phénomène sociologique », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.559.

KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron. 59.

LAGARDE (X.), « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.* 2016. 2174.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Intérêt et usure : des concepts confrontés à des objectifs contradictoires », *RDBF*, 2013, Dossier 45.

LEBLOND (N.), « L'obligation d'information de l'assureur vie : une obligation générale et non négociable », *RCA* 2008, ét. 11.

LELABOURIER-FLEURY LE GROS (G.), « La notion de créance alimentaire dans les procédures de surendettement des particuliers », *Dr. Fam.* 2009, ét. n°22.

LEPAGE (A.), « Les paradoxes du formalisme informatif », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.597 et s.

LEQUETTE (Y.),

- « Bilan des solidarismes contractuels », *Études de droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p.247.

- « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015. 616.

LIPOVETSKY (G.),

- « Mort de la morale ou résurrection des valeurs : quelle éthique aujourd'hui ? » *in. Métamorphoses de la culture libérale*, préf. S. Charle, Liber, 2002.
- « L'âme de l'entreprise : mythe ou réalité ? » *in. Métamorphoses de la culture libérale*, préf. S. Charle, Liber, 2002.

LIPSKIER (M.), « Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des « class actions » en droit français ? », *JCP E* 2005. 675.

LOIR (R.),

- « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *JCP E* 2016. 1402.
- « Pitié pour le code de la consommation ! », *D.* 2022. 1760.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Un, deux, trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », *Mélanges en l'honneur du professeur C. Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p.359.

MARAUD (O.), « La loi Climat et le Droit de la consommation », *CCC* 2022, n°4, Ét. n°5.

MARTIN (A.-C.), « Le délit d'obsolescence programmée », *D.* 2015. 1944.

MARTIN (R.), « Le consommateur abusif », *D.* 1987, Chron. 150.

MAZEAUD (D.),

- « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.697 et s.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, JurisClasseur, 1999, p.603.

MAZEAUD (D.), GENICON (T.), « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012. 276.

MESTRE (J.), « Équité et bonne foi, même combat », *RTD civ.* 1990. 652.

MOHAMED SALAH (M.-M.), « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur », *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, 1999, p.261.

MOLFESSIS (N.),

- « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p.927.
- « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014. 947.

MOREAU (M.), MOREAU (J.), POINDRON (O.), « Qui craint (encore) le grand méchant taux effectif global ? », *AJ contrat* 2020, p.462.

MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », *Études offertes à A. Jauffret*, Fac. dr. et sc. po. Aix-Marseille, 1974, p. 522.

NIORT (J.-F.), « Le code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », *RTD civ.* 2005. 257.

OPPÉTIT (B.), « L'endettement et le droit », *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p.295.

OUTIN-ADAM (A.), « La loyauté dans le droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 05/12/2000, n°340, p.36.

PAISANT (G.),

- « Le « non-professionnel » en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau Code de la consommation) », *LPA*, 14 avril 2016, n°75, p.9.
- « Libre propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum*, Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p.767 et s.

PELLIER (J.-D.), « Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation », *AJ con.*, 2020, p. 469.

PENNEAU (A.), « Sécurité des personnes : réglementation ou normalisation ? Quelles évolutions, quelles limites ? », *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso Ed., 2008, p.763 et s.

PÉRÈS (C.), « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC* 2008. 1083.

PIATTI (M.-C.), « L'appellation d'origine, essai de qualification », *RTD com.* 1999. 557.

PIAZZON (T.), « Le droit de la consommation et la fondamentalisation du droit », *RDA*, n°11, oct. 2015, p. 84.

PICOD (Y.),

- « Bonne foi et droit de la consommation », *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Dalloz-LexisNexis, 2011, p. 121.
- « L'influence de la bonne foi sur le droit de la consommation », *RDBF* 2011, n°5, dossier 28.

PIEDELIEVRE (S.),

- « Droit de la consommation et droit civil », *Gaz. Pal.*, 30 mars 2021, p.31.
- « Droit du surendettement dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle » *JCP G* 2016. 1329
- « Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification ; Contribution à l'analyse critique de la "codification-complication" », *RTD com.* 2005. 219.

PIZZIO (J.-P.),

- « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle – Bilan et perspectives », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.877.
- « Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile », *RTD civ.* 1976. 66.

POILLOT (É.), « Plateformes en ligne : portée de l'obligation de loyauté », *D.* 2016. 2056.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.925.

RACINE (J.-B.), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *RJE* 1996, n°4, p.409.

RAIMOND (S.), « Brèves réflexions sur la qualification de professionnel à partir de la jurisprudence récente en droit de la consommation », *LPA*, 10 déc. 2015, p.6 et s.

RAYMOND (G.), « Chocolat ou "cocholat" ? », *CCC* 2001, repère 1.

RIERA-THIBAUT (K.), **COVILLARD (A.)**, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? » *Gaz pal.*, 14 fév. 2013, n°45, p.6.

RIPERT (G.),

- « Ébauche d'un droit civil professionnel », *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Librairie Dalloz, Paris, 1939, p.616 et s.
- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1934, t.II, p.347.
- « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.* 1936 bis, Chron. 57.

ROCHFELD (J.),

- « De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », in. J.-S. Berge et I Omarjee (dir.), *Approche critique du vocabulaire européen : la confiance*, Chronique de droit européen et comparé, n°XXI, *LPA*, 16 févr. 2009, n°33, p.7.
- « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *Études offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 835.

ROCHFELD (J.), **ZOLYNSKI (C.)**, « La "loyauté" des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *D. IP/IT* 2016, p. 520.

RODA (J. C.), « Réflexion sur les objectifs du droit de la concurrence », *D.* 2018. 1504.

ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Arch. Phil. du Droit*, 1957, p.1.

ROUHETTE (G.), « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p.247.

SAVATIER (R.), *L'ordre public économique*, D. 1965, Chron., p.37.

SINAY-CYTERMANN (A.), « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G.* 1994. I. 3804.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705.
- « L'infraction de vente liée à la dérive... Observations sur les malfaçons du droit de la consommation », *JCP G* 2009. 84.

SUPIOT (A.), « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 2019. 822.

TEMPLE (H.),

- « Class action et économie de marché », *JCP G.* 2005. act. 284.
- « Le droit de la consommation est-il contre l'entreprise ? », *Market Management*, 2005/2 (Vol. 5), p. 29-41.
- « Le droit de la consommation est-il subversif ? », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.1067.

TRÉBULLE (F. G.), « Pour une production durable : vers la fin de l'obsolescence programmée et l'économie de la fonctionnalité », *Environnement*, mai 2013, repère 5.

USUNIER (L.), « L'action de groupe au milieu du gué », *RTD civ.* 2021. 370.

VIGNEAU (V.),

- « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », *Gaz. Pal.*, 2002, doct. 1279.
- « Les conditions de recevabilité de la procédure de surendettement ou le droit au surendettement », *CCC* 2003. Chron. 7.

VILLEY (M.), « Morale et droit (sur un texte de Grotius) », in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, p.107.

WILHEM (P.), PRIOUX (D.), « Retour sur le contentieux de la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés », *CCC*, 2012, ét. 4.

ZOLYNSKI (C.),

- « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *RCA 2013*, n°5, dossier 31.
- « Loyauté des plateformes - De la réglementation à l'inter-régulation », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, Mai 2017, dossier 16.

VI. Colloques, séminaires et conférences

Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergence ?, Cycle de conférences organisé par la Cour de cassation le 3 juillet 2006, *RLC*, 2006, p.134 et s.

BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir.), *Droit et morale, Aspects contemporains*, colloque du 4 juin 2010, Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2011.

BLOCH (P.), GUEVEL (D.), PROD'HOMME (N.) (dir.), *La loyauté en droits de la concurrence et de la consommation*, colloque de l'Institut de recherche en droit des affaires à Paris, 29 mars 2011, *LPA*, 24 nov. 2011, p.29.

BERNHEIM- DESVAUX (S.), BLANCHARD (C.) (dir.), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, *RLDA* n° 105, juin 2015.

FENOUILLET (D.), GENICON (T.) (dir.), *Les sanctions en droit de la consommation*, Cycle de séminaires organisé par le Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas, 2022.

MAINGUY (D.), DEPINCÉ (M.) (dir.), *40 ans de droit de la consommation*, colloque du 28 sept. 2012, Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2013.

MARAUD (O.), « La loi Climat et le Droit de la consommation », compte-rendu du webinaire organisé sur ce sujet par la Chaire Droit de la consommation, hébergée par la Fondation CY Cergy Paris Université, du 13 décembre 2021, *CCC* 2022, n°4, ét. n°5.

MISTRETTA (P.), PAPILLON (S.), KUREK (C.) (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Colloque du 6 juin 2019, Université Lyon 2-Jean Moulin, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2020.

REVET (T.) (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, colloque du 7 oct. 1994 organisé par le Laboratoire de Génétique Juridique de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Économiques de l'Université d'Avignon, Dalloz, 1996.

VII. Ouvrages collectifs

L'endettement, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Argentines, t. XLVI, 1995, LGDJ, 1997.

La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, Litec, 1994.

La protection des consommateurs, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIV, Dalloz, 1973

LARDEUX (G.) (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012.

LE GAC-PECH (S.) (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, coll. Contrats et Patrimoine, Larcier, 2016.

VIII. Enquêtes publiques

Banque de France, *Le surendettement des ménages – enquête typologique*, 2020, disponible sur le site www.particuliers.banque-france.fr.

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, éd. La Documentation Française, 2014.

IX. Notes et observations de jurisprudence (par décisions classées par ordre chronologique par tribunaux, cours et formations)

- **Cour de cassation, Assemblée plénière :**

Cass. AP, 13 juill. 1962 : *D.* 1963. 277, note J. Calais-Auloy ; *JCP* 1963. II. 13105, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1963. 572, note G. Cornu ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°282, p.725

Cass. AP, 9 mai 1984, Arrêts *Derguini* et *Lemaire* : *Bull civ.* n°2 et 3 ; *D.* 1984.525, concl. J. Cabannes, note F. Chabas ; *JCP G* 1984. II. 20256, note P. Jourdain ; *RTD civ.* 1984. 508, obs. J. Huet ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°196

Cass. AP, 14 avril 2006, n°02-11.168 : *Bull. ass. plén.*, n°5 ; *JCP G* 2006. II. 10087, note P. Grosser ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. P. Jourdain ; *D.* 2006. 1577, note P. Jourdain ; *Ibid.* 1933, obs. Ph. Brun ; *JCP E* 2006. 2224, n°11, obs. Legros ; *Gaz. Pal.* 2006. 2496, concl. R. de Gouttes ; *Defrénois* 2006. 1212, obs. É. Savaux ; *CCC* 2006. comm. 152, obs. L. Leveneur.

- **Cour de cassation, Chambres réunies :**

Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, *Jand'heur* : *DP* 1930. 1. 57, concl. proc. gén. Matter, note G. Ripert ; *S.* 1930. 1. 121, note P. Esmein ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°202.

- **Cour de cassation, chambre civile :**

Cass. civ. 25 mai 1870 : *DP* 70. 1. 257 ; *S.* 70. 1. 341 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°146.

Cass. civ., 17 fév. 1874 : *D.* 74, I, 193 ; *S.* 74, I, 249.

Cass. civ., 6 mars 1876, *D.* 76. 1. 195, note Giboulot ; *S.* 76. 1. 161. ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°165, p.172.

Cass. civ. 16 juin 1896, *Teffaine* : *DP* 1897. 1. 433, cond. L. Sarrut, note R. Saleilles ; *S.* 1897. 1. 17, note A. Esmein.

- **Cour de cassation, Première chambre civile :**

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1960 : *Bull. Civ.* I, n°371, p.305 ; *D.* 1960. Somm. 25.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 1961 : *Bull civ.* I, n°289, p.230.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981 : *JCP* 1982, II, 19713, note Vasseur ; *RTD com.* 1981. 809, obs. R. Cabrillac et B. Teyssié ; *RTD civ.* 1982. 429, obs. P. Rémy.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1982 : *Bull. civ.* I, n°175.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1982 : *D.* 1983. 384, 3^{ème} esp., note C. Larroumet.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1985, *Bull. civ.*, I, n°1, p.1.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 1986, n° 84-15801 : *Bull. Civ.* I, n°90 ; *RTD civ.* 1987. 86, obs. J. Mestre.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674 : *Bull. civ.* I, n° 134 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1987, panor. Cass., p.170 ; *D.* 1988, 1, note P. Delebecque ; *D.* 1987 Somm. 455, obs. Aubert ; *JCP G* 1987, II, 20893, note G. Paisant ; *D.* 1988, Chron. 253, n°5, chron. G. Paisant ; *RTD civ.* 1987. 537, obs. J. Mestre.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989 : *Bull. civ. I*, n°140.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 1990, *Bull. Civ.*, I, n°212, p.73.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991 : *D.* 1991. J. 449, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1991. 526, obs. J. Mestre.

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 janv. 1992, n°90-18.121 : *JCP G* 1992, I, 3591, n°5 obs. M. Fabre-Magnan.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992 : *D.* 1992, somm. p.401 ; *JCP*, I, 1993, n°3655, note G. Paisant ; *D.* 1993, Jur. p.87, note G. Nicolau ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1992, panor. Cass., p.240

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, *CCC* 1992, n°195, obs. G. Raymond.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1992 : *JCP G* 1993, n°22007, note G. Paisant.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1993 : *JCP* 1993, n°22007, note G. Paisant ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1993, panor. Cass, p.137.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1993, n°91-10.873 : *Bull. civ. I* n° 95 ; *JCP G* 1993.I.3684, n° 6, obs. G. Virassamy.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1993, n°90-11.737 : *Bull. civ. I* n° 116.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993 : *D.* 1994. 212, note A. Bénabent

Cass. civ. 1^{ère}, 2 fév. 1994 : *Bull. Civ.* I, n°48, p.37 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1994, panor. Cass., p. 107.

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 1994, n°92-13.828 : *CCC* 1994, n°152, obs. G. Raymond ; *RJDA* 1994, n°723.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 1994 : *Bull. civ. I*, n° 130 ; *Deffrénois* 1994, at. 35945, n°166, obs. D. Mazeaud.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995 : *D.* 1995, Jur. p.327, note Paisant ; *D.* 1995, somm. comm., p.310, obs. J.-P. Pizzio ; *JCP G*, 1995, IV, 745 ; *JCP G* 1995, I, 3983, n°28, obs. G. Viney ; *CCC* 1995, comm. 84, note L. Leveneur ; *RTD. civ.* 1995.360, obs J. Mestre ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1995, panor. Cass., p.83.

Cass. civ. 1^{ère}, 21 fév. 1995 : *JCP G* 1995. II. 22502, note G. Paisant.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1995, n°94-10.478 : *Bull. civ. I*, n°466, p.324 ; *JCP* 96, IV, 356 ; *RTD civ.* 1996. 611, obs. J. Mestre.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1996 : *D.* 1996, I. R., p.47 ; *D.* 1996, jur. p.228, note G. Paisant ; *JCP G* 1996, I, 3929, obs. F. Labarthe.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 1996 : *D.* 1996, jur. p.228, note G. Paisant ; *JCP G* 1996, IV, 673 ; *CCC* 1996, n°46, obs. G. Raymond.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, n°94-10.908 : *Bull. I*, n°78, p.51 ; *JCP G* 1996, IV, 798 ; *D.* 1996, somm. 265, obs. L. Aynès

- Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 1997** : *Bull. civ. I*, n° 368 ; *JCP G* 1998. II. 10148, note S. Piedelièvre.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1998**, n°96-16.439 : *Bull. Civ. I*, n°198, p.136 ; *JCP G* 99, I, 147, n°16, obs. G. Viney.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998**, n° 96-17.829 : *Bull. civ. I*, n° 290 ; *RTD civ.* 1999. 383 ; *D.* 2000, somm. comm. p. 45, obs. J.-P. Pizzio.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1998**, n°96-13.924 : *Bull. Civ. 1^{ère}*, n°339, p.235 ; *Gaz. Pal., Rec.* 1999, panor. Cass., p.39.
- Cass. civ 1^{ère}, 15 déc. 1998**, n°96-19.898 : *Bull. Civ. I*, n°366.
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000**, n°97-20.750 : *CCC* 2000, n° 117, obs. G. Raymond.
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000**, n° 98-12.713 : *CCC* 2000, comm. 116, obs G. Raymond ; *D. Aff.* 2000, AJ.275, obs. C. Rondey.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000** : *Bull. civ.* 2000, I, n°131 ; *D.* 2002.928, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2000, comm. no 140, obs. L. Leveneur ; *Deffrénois* 2000.1110, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; *LPA*, 5 déc. 2000, 14, note B. Fromion-Hébrard.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002**, n°00-22.199 : *Bull. civ. I*, n° 195 ; *D.* 2003.549, note O. Gout ; *RTD civ.* 2003. 85, ob. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2003. 356, obs. B. Bouloc.
- Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003**, n°00-13.342, n° 00-19.001 : *Bull. civ. I*, n°19 ; *D.* 2003. 2600, note H. Claret.
- Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003**, n°05-18.104: *Bull. civ. I*, n° 19.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003**, n° 01-17.673 : *CCC* 2004, n° 4, p. 43, note G. Raymond.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004**, *RDC* 2004. 679, obs. D. Fenouillet.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004** : *Bull. civ. I*, n° 303 ; *D. aff.* 2005, AJ, p. 75, obs. C. Rondey ; *RTD civ.* 2005. 389, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 2005.1145, note A. Constantin ; *RDC* 2005. 323, note D. Fenouillet ; *Dr. et patrim.* 2005, n° 135, p. 85, note P. Chauvel ; *JCP G* 2005.II.10160, note N. Rzepecki ; *LPA*, 7 sept. 2005, n° 178, p. 16, note É. Bazin.
- Cass. civ 1^{ère}, 15 mars 2005**, n° 02-13.285 : *CCC* 2005, n°100 note G. Raymond.
- Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005**, n°02-14628 : *RCA* 2006, n°54.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007**, n°06-15.873 : *JCP G* 2008. 10033, note C. Sauvat.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008**, n°07-15.000 : *CCC* 2009, comm. 29, note G. Raymond.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008**, n° 04-19.033, inédit.
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 2010**, n°09-11.161, *Bull.*: *CCE* 2011, n°5, obs. P. Stoffel-Munck ; *D.* 2011. Chron. C. cass. 629, obs. C. Creton ; *D.* 2010. Actu. 2765, obs. X. Delpech ; *JCP E* 2010, n°2135, note N. Dupont ; *CCC* 2011, n°9, obs. M. Malaurie-Vignal ; *LPA* 21 mars 2011, note E. Ay ; *Gaz. Pal.* 2011. 246, note G. Poissonnier ; *ibid.* 311, note L. Schurr ; *RJDA* 2011, n°354.
- Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2012**, n°11-12.515 *CCC* 2012, comm. 186, comm. G. Raymond.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-18.544 : *Bull. civ. I*, n°74 ; *D.* 2013.1460, note J. Lasserre Capdeville et G. Piette ; *JCP E* 2013, n°1268, note D. Legeais ; *CCC* 2013, n°169, note G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2013. 1628, note M. Mignot.

Cass. civ 1^{ère}, 5 fév. 2014, n°12-25.748, P : *JCP G* 2014, n°427, note C. Aubert de Vincelles ; *CCC* 2014, n°145, obs. G. Raymond ; *D.* 2014. Pan. 1300, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* Chron. C. cass. 1718, obs. I. Darret-Courgeon ; *JCP E* 2014, n°1146, note X. Dupont ; *RJDA* 2014, n°733 ; *LPA* 28 févr. 2014, note Legrand ; *CCE* 2014, n°27, obs. G. Loiseau ; *RLDA* juill.-août 2014. 37, note Forti ; *RDC* 2015. 41, obs. J. Huet.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2014, n°12-27.927 : *CCC* 2014, n°144, note G. Raymond.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 2014, n°13-17.215 : *RJDA* 2015, n°211 ; *Gaz. Pal.* 2015, 500, obs. S. Piédelièvre ; *Banque et Dr.* 1-2/2015, 39, obs. T. Bonneau.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2016, n°14-11.437, P : *D.* 2016. Actu. 2565 ; *AJ contrat* 2017. 81, obs. V. Legrand ; *JCP E* 2017, n°1040 ; *CCC* 2017, n°44, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RJDA* 2017, n°290 ; *CCE* 2017. ét. 8, É. Bazin.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 fév. 2017, n°16-13.096 : *CCC* 2017, n°95, note L. Leveneur.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n°15-13.248 P : *D.* 2017. Actu. 813, obs. T. de Ravel d'Esclapon ; *D.* 2018. Pan. 585, obs. É. Poillot ; *AJ contrat* 2017. 231, obs. V. Legrand ; *Dalloz IP/IT* 2017. 405, obs. A. Lecourt ; *CCC* 2017, n°138, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2017, n°1359, note S. Le Gac-Pech ; *CCE* 2017, n°53, obs. G. Loiseau ; *RJDA* 2017, n°508.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 avril 2017, n°14-21.298 : *D. IP/IT* 2017. 482, note A. Lecourt ; *RDC* 2018. 363, chron. J. Huet.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°16-13.669 : *D.* 2018. Pan. 2453, obs. Y. Picod ; *Dalloz IP/IT* 2017. 410, obs. A. Lecourt ; *JCPG* 2017, n°596 ; *CCC* 2017, n°160, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RJDA* 2017, n°507 ; *RLDI* oct. 2017. 29, note Charrier.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 févr. 2018, n° 16-25.744 : *D.* 2019. 607, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-16.197 : *JCP G* 2018, 710, note G. Paisant ; *RDC* 2018. 583, note J. Julien. ; *RDC* 2018. 575, note C. Pelletier ; *Gaz. Pal.* 11 sept. 2018, n° 330b0, p. 39, S. Piédelièvre ; *D.* 2019, p. 615, N. Sauphanor-Brouillaud.

Cass. civ 1^{ère}, 12 sept. 2018, n°17-17.319 : *D.* 2019. 115, note C. Durez ; *D.* 2019. 607, Pan., H. Aubry ; *AJ contrat.* 2018. 485, obs. V. Legrand ; *Dalloz IP/IT* 2019. 125, obs. J. Groffe ; *RDC* 2019. 114, note J. Julien ; *JCP E* 2018, n°1502 ; *CCC* 2018, n°196, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *RJDA* 2019, n°143 ; *D. actu.* 1er oct. 2018, obs. J.-D. Pellier.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2018, n° 17-21.625 : *AJ contrat* 2019. 84, obs. J. Lasserre Capdeville ; *AJDI.* 2019. 548, obs. J. Moreau ; *RDI* 2019. 324, obs. J. Salvandy ; *RJDA* 2019, n°225 ; *Banque et Dr.* 3-4/2019. 42, obs. S. Gjidara-Decaix.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2019, n°17-22.581.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2019, n°17-28.819 : *D.* 2020. 624, Pan., obs. É. Poillot ; *RTD com.* 2019. 470, obs. B. Bouloc.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2019, n°17-13.307 : *JCP G* 2019, n°1173, obs. P. Stoffel-Munck ; *D.* 2020. Pan. 962, obs. F. Jault-Seseke.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2019, n° 18-11.751.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2019, n° 18-18.090.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2019, n°18-22.525, P : *CCC* 2020. 32 comm. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2020. 63, note G. Paisant ; *D.* 2019. Actu. 2294 ; *JCP E* 2019, n°1572.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 déc. 2019, n° 18-21.164, *Bull. civ. I* ; *AJ contrat.* 2020. 97, obs. V. Legrand ; *CCC* 2020, n°36, obs. L. Leveneur ; *RLDC* 2020/181, n°6782, obs. N. Balat ; *RJDA* 2020, n°181.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2020, n° 18-24.287 : *D.* 2020. 1440 ; *ibid.* 1434, note J.-P. Sudre ; *ibid.* 1441, note J.-D. Pellier ; *ibid.* 2021. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *ibid.* 594, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2021. 223, obs. J. Moreau ; *RDI* 2020. 448, obs. H. Heugas-Darraspen ; *AJ contrat.* 2020. 387, obs. F. Guéranger ; *RTD civ.* 2020. 605, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020. 693, obs. D. Legeais.

Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, n°18-26.761 : *RTD civ.* 2020. 869, obs. H. Barbier ; *D. Actu.*, 6 nov. 2020, obs. J.-D. Pellier.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2020, n°18-25.686 : *CCC* 2021. 32, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *D. Actu.*, 13 janvier 2021, note J.-D. Pellier.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°18-24.297 : *JCP G* 2021. 297, note G. Paisant ; *CCC.* 2021, n°48, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *RTD com.* 2021. 170, obs. D. Legeais ; *D. Actu.*, 26 janv. 2021, note J.-D. Peiller.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n°19-20.367.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 sept. 2021, n° 19-25.316 : *D.* 2021. 1716 ; *RTD com.* 2021. 894, note D. Legeais ; *JCP G* 2021. 1168, comm. S. Pellet.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 19-20.640 : *JCP E* 2022. 1252, comm. E. Valette, J. Grasso.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2022, n°21-10.487 : *CCC* 2022, n°5, comm. 89, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *LEDC* 2022, n°5, p.3, comm. O. Robin-Sadard.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022, n° 21-12.968 : *D.* 2022. 1516 ; *LEDC* oct. 2022, p.6, note M. Latina ; *JCP G* 2022, act. 1019, obs. J. Lasserre-Capdeville.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022, n°21-11.455 : *D.* 2022. 1516 ; *LEDC* oct. 2022, p.4, note O. Robin-Sabard.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 août 2022, n°21-11.097, P. : *D.* 2022. 1556 ; *LEDC* oct. 2022, p.1, note C.-M. Péglion-Zika ; *CCC* 2022, n°10, comm. 160, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP G* 2022. Act. 1203, comm. N. Sauphanor-Brouillaud.

- **Cour de cassation, Deuxième chambre civile :**

Cass. civ. 1^{ère}, 2 nov. 1954 : *Gaz. Pal.* 1955. 1. 74.

Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2006, n°05-10.366 et 05-12.338 : *Bull. Civ. II*, n°63 ; *D.* 2008. Pan. 127, obs. H. Groutel ; *RDC* 2007. 223, note J. Rochfeld ; *RDI* 2006. 173, note L. Grynbaum ; *JCP G*, 2006. I. 135, no 10, note L. Mayaux ; *RGDA* 2006. 481, note J. Kullmann.

Cass. civ. 2^{ème}, 4 fév. 2010, n° 08-21.367 : *RGDA* 2010, 411, obs. J. Bigot

Cass. civ. 2^{ème}, 25 fév. 2010, n°09-11.352 : *Bull. civ. II*, n°43 ; *D.*2010, p.708 ; *RDC* 2010. 814, note Y.-M. Laithier.

Cass. civ. 2^{ème}, 5 déc. 2011, n° 10-24.430 : *RGDA* 2012. 766, note J. Kullmann.

Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 2016, n°15-12767, n°15-12768, n°15-18690, n°15-18691 : *JCP G*, 2016. 811, note L. Mayaux ; *RGDA* 2016. 438, note J. Kullmann ; *D.* 2016. 1797, note L. Perdrix ; *JCP N* 2016, n° 1265, note P. Pailler ; *RCA* 2016, n° 288 ; *Ibidem*, Étude 11, note Ph. Pierre ; *JCP E* 2016, n° 1447, n° 2, note P.-G. Marly.

Cass. civ. 2^{ème}, 9 juin 2016, n°15-20.218 : *JCP G* 2016. 916, note D. Noguéro ; *RGDA* 2016. 438, note J. Kullmann.

Cass. civ. 2^{ème}, 8 sept. 2016, n°15-23.331 : *RGDA* 2016. 487, note A. Péliissier.

Cass. civ. 2^{ème}, 17 nov. 2016, n°15-20.958 : *RGDA* 2017. 55, note L. Mayaux ; *RCA* 2017, n° 59, note Ph. Pierre.

Cass. civ. 2^{ème}, 12 janv. 2017, n°16-10.003 : *RCA* 2017, n°120, note H. Groutel.

Cass. civ. 2^{ème}, 5 oct. 2017, n°16-19.565 : *RGDA* nov. 2017, p.572, note L. Mayaux.

Cass. civ. 2^{ème}, 27 avril 2017, n°17-40.027 : *RCA* 2017, n° 205 ; *RGDA* 2017. 367, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2017. 72, note X. Leducq.

Cass. civ. 2^{ème}, 7 fév. 2019, n°17-27.223, P. : *LEDA*, avril 2019, p. 6, obs. P.-G. Marly ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2019, p. 30, note Z. Jacquemin ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *CCC* 2019, n° 93, note S. Bernheim-Desvaux ; *RDC* 2019. 33, note R. Libchaber ; *RGDA*, avril 2019, p. 33, comm. note L. Mayaux ; *D.* 2019. 309.

Cass. civ. 2^{ème}, 28 mars 2019, n°18-15.612 : *D.* 2019.695 ; *RDC* 2019. 33, note R. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *RCA* 2019, n°174, note H. Groutel.

Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-14.743 : *D.* 2019. 1281 ; *RGDA* juill. 2019. 35, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.* 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet.

Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n°18-17.907 : *Gaz. Pal.*, 30 juill. 2019, p. 64, note M. Gayet ; *D.* 2019. 1281 ; *RGDA* juill. 2019. 35, note L. Mayaux ; *D. actu.* 8 juill. 2019, note R. Bigot, A. Cayol ; *RCA* 2019, n°257, note H. Groutel.

Cass. civ. 2^{ème}, 4 juil. 2019, n°18-14.990 : *RGDA* août-sept. 2019. 39, note L. Mayaux.

Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2019, n°18-23.705 : *Banque et droit*, 2020, n°189, p.61, Chron. P.-G. Marly.

Cass. civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n°18-24.102 : *RCA* 2020, n°162, obs. H. Groutel.

Cass. civ. 2^{ème}, 16 déc. 2021, n° 19-23.907, P.

- **Cour de cassation, Troisième chambre civile :**

Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n°69-12.180.

Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 1974 : *Bull. Civ.* III, n°330, p.251 ; *D.* 1974. IR. 252 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 58.

Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 1982 : *Bull. Civ.*, III, n°5, p.4.

Cass. civ. 3^{ème}, 21 fév. 2001 : *D.* 2001. 2702, note D. Mazeaud ; *somm. com.*, p.3236, obs. L. Aynès ; *JCP G* 2001. I. 330, n°10, obs. Constantin ; *Deffrénois*, 2001. 703, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2001. 353, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005 : *Bull. civ.* III, n°137 ; *CCC* 2005, n°186, note L. Leveneur ; *RDC* 2005.1025, obs. P. Stoffel-Munck.

Cass. civ. 3^{ème}, 16 sept. 2014, n° 13-20.002 : *D.* 2014. 2390 comm. H. Skrzyptiak ; *RDC* 2015. 331, note N. Sauphanor-Brouillaud.

Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n° 14-29.347 : *Gaz. Pal.* 22 mars 2016, p. 20, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2016. 639, note C.-M. Péglion-Zika ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. Mekki ; *ibid.* 539, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2016. 623, obs. F. Cohet ; *RDI* 2016. 290, obs. B. Boubli ; *AJCACD.* 2016. 200, obs. S. Carval ; *JCP E* 2016, n° 1300, note N. Picod.

Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 2016, n° 15-22.844 : *RDC* 2017. 69, J.-B. Seube.

Cass. civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, n° 18-18.469 : *AJ contrat* 2019. 546, obs. Y. Picod ; *D.* 2019. 2331, note S. Tisseyre.

Cass. civ 3^{ème}, 7 nov. 2019, n°18-23.259 : *AJ contrat* 2020. 37, obs. Y. Picod ; *D. actu.* 26 nov. 2019, obs. D. Pelet ; *D.* 2020. 55, note S. Tisseyre ; *JCP E* 2020, n°1002, note R. Loir ; *RDI* 2019. 617, obs. B. Boubli ; *RJDA* 2020, n°50 ; *LPA* 3 févr. 2020, note N. Dupont.

Cass. civ. 3^{ème}, 19 janv. 2022, n° 21-11.095 : *CCC*, mars 2022, n° 3, n°54, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2022. 928, note J.-D. Pellier ; *LEDC*, mars 2022, p.5, note H. Kassoul.

Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2022, n° 21-15.420.

- **Cour de cassation, chambre commerciale :**

Cass. com. 27 nov 1972, *Bull. Civ.* IV, n°308, p.287.

Cass. com., 25 juin 1980 : *JCP G* 1980. IV. 338 ; *RTD civ.* 1981. 165, obs. G. Durry.

Cass. com., 15 juin 1989 : *D.* 1960. 97, note R. Rodière.

Cass. com. 4 fév. 1992 : *Bull. Civ.* IV, n°61 ; *Gaz.Pal.*, Rec. 1992, Panor. Cass, p. 212 ; *D.* 1992, Inf. Rap., p.90.

Cass. com. 26 avril 1994 : *JCP G* 1994, II, 22356, note L. Leveneur.

Cass. com. 10 mai 1994, n° 92-22075 : *CCC*, 1994, n°155, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995, somm. 89, obs. D. Mazeaud.

Cass. com. 3 mai 1995, *D.* 1997.124, note F. Eudier

Cass. com. 27 fév. 1996, n°94-11.241 : *Bull. Civ. IV*, n°65, p. 50 ; *Defrénois* 1996. 1205, note Dagorne-Labbé.

Cass. com., 17 juin 1997, n°95-14.105 : *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D. Aff.* 1997.929 ; *Defrénois*, 1997, art. 36703, p. 1424 et s. n° 158, obs. L. Aynès ; *Dr. sociétés*, oct. 1997.8 et s. obs. T. Bonneau ; *RTD com.* 1997. 662, obs. M. Cabrillac ; *D.* 1998.208 et s. note J. Casey ; *RD bancaire et bourse*, 1997.221 et s. obs. M. Contamine-Raynaud ; *JCP G* 1997. éd.E.II.1007, note D. Legeais ; *LPA*, 27 mai 1998. 33, note S. Piédelièvre ; *RTD civ.* 1998. 100, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1998.I.103, n° 8, obs. Ph. Simler.

Cass. com., 12 mars 2002 : *RJDA* 2002, n°796.

Cass. com., 8 oct. 2002, n°99-18.619 : *JCP G* 2003, II, 10017, note Y. Picod ; I, 124, n°6, obs. P. Simler ; I, 134, n°3, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; *JCP E* 2002, 1730, note D. Legeais ; *CCC* 2003, 20, note L. Leveneur ; *RCA.* 2002, 363 ; *RTD civ.* 2003. 125, obs. P. Crocq.

Cass. com., 28 juin 2005, n°13-10.582, *RJDA* 2/15 n°133.

Cass. com., 10 juill. 2007, *Les Maréchaux*, n°06-14.768, P. : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°164 ; *JCP G* 2007. II. 10154, note D. Houtcieff ; *JCP E* 2007. 2394, note D. Mainguy ; *Defrénois* 2007. 1454, obs. E. Savaux ; *CCC* 2007, n°294, note Leveneur ; *D.* 2007. 2839, note P. Stoffel-Munck ; *Ibidem.* 2844, note P.-Y. Gautier ; *Ibid.*, Chron. C. cass. 2769, obs. R. Salomon ; *ibid.* Pan. 2972, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RLDC* 2008/46, n°2840, note P. Delebecque ; *RDC* 2007. 1107, obs. Aynès, et 1110, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2007. 773, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2007. 786, obs. Le Cannu et Dondero.

Cass. com. 22 juin 2010, n°09-67.814 : *Bull. civ. IV*, n° 112 ; *RDC* 2011. 137, comm. D. Fenouillet ; *D.* 2010.1985, note Houtcieff ; *Ibidem*, actu. 1620 ; *RTD civ.* 2010. 493, obs. P. Crocq.

Cass. com. 13 juill. 2010, n°09-15.304 et 09-66.970, *Bull.*: *CCC* 2010, n°253, obs. M. Malaurie-Vignal ; *CCE* 2010, n°98, obs. M. Chagny ; *D.* 2010. Actu. 1934 ; *D.* 2011. 974, chron. N. Sauphanor-Brouillaud ; *Gaz. Pal.* 2010. 2821, note X. Huertas ; *ibid.* 2971, obs. L. Frossard ; *RJDA* 2011, n°90.

Cass. com. 22 mars 2011, n° 09-14.883 : *RGDA* 2011, 813, note J. Kullmann.

Cass. com. 24 mars 2021, n° 19-14.307 et 19-14.404 : *D. Actu*, 8 avr. 2021, note J.-D. Pellier ; *Gaz. Pal.* 2021, n°16, p.33, note C. Berlaud.

Cass. com. 5 avril 2011, n° 09-14.358 : *Bull. Civ. IV*, n°55 ; *D.* 2012. Pan. 1578, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2011, n°1395, note P. Bouteiller ; *CCC* 2011, obs. G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2011. 1485, note A. Denizot ; *RDC 2011.* 906, obs. D. Houtcieff.

Cass. com., 5 avril 2011, n°10-16.426 : *CCC* 2011, comm. 204, 1^{ère} esp., comm. G. Raymond.

Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-14.359 : *Bull. civ.* 2011, IV, n° 156 ; *D.* 2011, p. 2533.

Cass. com., 29 nov. 2011, n°10-27.402 : *Bull. civ. IV*, n° 195 ; *RDC* 2012. 485., obs. D. Fenouillet ; *D.* 2011. 2989, 2012. 840, spéc. 842, obs. N. Sauphanor-Brouillaud, et 2760, spéc. 2768, obs. Y. Picod ; *RTD eur.* 2012. 503, obs. S. Adalid, et 507, obs. N. Rias ; *Propr. ind.* 3/2012, n° 28, obs. J. Larrieu.

Cass. com. 10 janv. 2012 : *Bull. Civ. IV*, n° 2 ; *D.* 2012. Pan. 1577, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2012. 177, obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2012. 457, obs. S. Piedelièvre.

Cass. com. 10 juil. 2012, n° 11-16.355 : *D.* 2012, AJ, 2020 ; *Gaz. Pal.* 2012. 2862, obs. C. Albiges ; *RJDA* 2013, n°258 ; *LEDB* sept. 2012, p. 6, obs. M. Mignot.

Cass. com. 16 oct. 2012 : *Bull. Civ. IV*, n°184 ; *JCP G* 2012, n°1405, note A. Dumery ; *JCP E* 2013, n°1304, obs N. Mathey ; *CCC* 2013, n°16, obs. G. Raymond ; *RDC* 2013. 1002, obs. A.-S. Barthez

Cass. com., 4 déc. 2012, n°11-27.729 : *Bull. civ. IV*, n° 221 ; *D.* 2012. 2956, obs. C. Manara, et 2013. 2487, spéc. 2497, obs. P. Tréfigny ; *CCC* 2013, n°3, p.31, note G. Raymond ; *CCE* 2013. Comm. 14, comm. G. Loiseau.

Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n°12-20.278, P IV, n°143 : *D.* 2014. 127, obs. V. Avena-Robardet ; *Ibidem*, note M. Julienne et L. Andreu ; *D.* 2016. 1610, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2014. 207, note J.-D. Pellier ; *RTD com.* 2013. 791, obs. D. Legeais.

Cass. com., 11 mars 2014, n°12-29.434 : *CCC* 2014, n°173, obs. G. Raymond ; *RJDA* 2014, n°372.

Cass. com. 4 nov. 2014, n°13-23.130 : *JCP E* 2014, n°1645, note D. Legeais ; *CCC* 2015, n°43, obs. G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 2014. 3837, obs. C. Albiges.

Cass. com. 27 janv. 2015, n°13-24.778 : *Rev. Sociétés* 2015. 443, note Juillet ; *RJDA* 2015, n°386.

Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907, P. : *JCP G* 2015, 603, note M. Behar-Touchais ; *JCP E* 2015, 1207, note S. Le Gac-Pech ; *RTD com.* 2015. 486, note M. Chagny ; *CCC* 2015, n°5, 115, obs. N. Mathey

Cass. com. 12 janv. 2016, n°14-15.203 : *D.* 2016. 196.

Cass. com., 22 mars 2016, n°14-14.218 : *BICC* 2016, n°848 ; *D.* 2016.704 ; *ibid.* 1037, chron. S. Tréard, F. Arbellot, A.-C. Le Bras et T. Gauthier ; *RTD civ.* 2016. 343, note H. Barbier ; *RTD com.* 2016. 317, note B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 2016.76, note J.-M. Moulin ; *ibid.* 2016.23, note D. Houtcieff ; *RDC* 2016. 481, note L. Sautonie-Laguionie ; *Dr. Sociétés* 2016, comm. 120, par R. Mortier ; *CCC* 2016.42, note L. Leveneur.

Cass. com., 25 janv. 2017, n°15-23.547 : *D.* 2017. 481, note F. Buy.

Cass. com. 1^{er} mars 2017, n°15-15.448 : *JCP E* 2017, n°1219, comm. S. Moracchini-Zeidenberg ; *D.* 2017. Chron. C. cass. 1080, obs. A.-C. Le Bras ; *ibid.* Pan. 2453, obs. Y. Picod ; *D.* 2018. 583, chron. É. Poillot ; *AJ contrat* 2017. 181, obs. V. Legrand ; *CCC* 2017, n°112, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *ibid.*, n°123, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RJDA* 2017, n°379 ; *RLDA* juill.-août 2017. 13, note N. Fournier de Crouy ; *Dr. pénal* 2017, n°62, obs. J.-H. Robert ; *Propr. ind.* 2017, n°39, obs. J. Larrieu.

Cass. com., 4 mai 2017, n°15-20.911, *inédit*.

Cass. com. 28 fév. 2018, n°16-24.841 : *RTD civ.* 2018. 457, note P. Crocq ; *RDI* 2018, 335, obs. Heufas-Darraspen ; *JCP E* 2018, n°1197, note D. Legeais ; *D.* 2018. Actu. 508 ; *AJ contrat.* 2018, 192, obs. G. Mégret.

Cass. com. 20 févr. 2019, n°17-13.215 : *RJDA* 2019, n°530.

Cass. com. 7 mai 2019, n°17-19.968, Inédit.

Cass. com. 20 nov. 2019, n°18-12.823 : *AJ contrat.* 2020. 35, obs. F. buy ; *JCP G*, n°1-2, janv. 2020, 17, note N. Dissaux ; *D.* 2019. 2292 ; *ibid.* 2020. 789, obs. N. Ferrier ; *RTD civ.* 2020. 109, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2020. 322, obs. M. Chagny ; *RDC* 2020. 39, obs. M. Behar-Touchais.

Cass. com. 24 mars 2021, n° 19-14.307 et 19-14.404 : *D. Actu*, 8 avr. 2021, note J.-D. Pellier ; *Gaz. Pal.* 2021, n°16, p.33, note C. Berlaud

Cass. com. 5 mai 2021, n°19-21.468 : *JCP G.* 2021. 714, comm. P. Simler ; *LEDB* juill. 2021, n° 200d1, p. 1, obs. M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2021, n° 422i6, p. 22, note M. Mignot ; *LEDC* juin 2021, n° 200d8, p. 4, obs. N. Leblond ; *RTD civ.* 2021. 639, obs. H. Barbier ; *Ibidem.* 687, obs. C. Gijssbers ; *D. actu.* 17 mai 2021, obs. J.-D. Pellier ; *D.* 2021. 1418, note F. Dournaux ; *Rev. prat. rec.* 2021. 19, chron. O. Salati.

Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782 : *CCC* 2022, n°3, comm. 40, comm. L. Leveneur ; *JCP G* 2022, n°494, p.788, comm. M. Behar-Touchais ; *D.* 2022. 539, note S. Tisseyre ; *RTD civ.* 2022. 124, note H. Barbier ; *D. Actu*, 1^{er} févr. 2022, obs. C. Hélaine.

Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-10.897, *CCC* 2022, n°4, comm. 61, comm. N. Mathey.

Cass. com. 21 avril 2022, n° 20-23.300 : *D. Actu*, 18 mai 2022, note C. Hélaine.

Cass. com., 6 juil. 2022, n° 20-17.355 : *D.* 2022. 1308 ; *JCP G*, Act., 881 ; *JCP E*, Act., 639.

• **Cour de cassation, chambre criminelle :**

Cass. crim., 22 mai 1925 : *S.* 1926, I, 142.

Cass. crim., 24 février 1944 : *Gaz. Pal.* 1944, I, 226.

Cass. crim. 12 nov. 1963 : *JCP G* 1964, II, 13868, note J. Vivez.

Cass. crim. 1^{er} déc. 1964 : *Gaz. Pal.* 1965, p.139, note J.-C. Fourgoux.

Cass. crim. 12 avril 1976, *D.* 1977, J., p. 239, note J.-C. Fourgoux.

Cass. crim., 4 déc. 1978 : *Bull. crim.* 1978, n°342 ; *D.* 1979, inf. Rap. P.180, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. crim., 8 mai 1979 : *Bull. crim.* 1979, n°167 ; *RTD com.* 1980. 401, obs. P. Bouzat.

Cass. crim. 13 janv. 1981, *RTD com.* 1981. 367, obs. P. Bouzat.

Cass. crim. 20 mai 1985, n°84-91.606, *Bull. Crim.* 1985, n°190.

Cass. crim. 5 nov. 1985, *D.* 1986, som., com. p. 402, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. crim. 11 oct. 1989, *Bull. crim.* n°355 ; *D.* 1994, som. com. p. 159, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. crim. 17 mars 1993, *Bull. crim.* n° 123.

Cass. crim. 4 nov. 1993 : *RJDA* 1/1994, n°103.

Cass. crim. 30 janv. 1995 : *CCC* 1995, n° 119, note G. Raymond

Cass. crim., 5 avril 1995 : *JCP G* 1995, IV, 1695.

Cass. crim., 20 déc. 1995 : *CCC* 1996, comm. 73, note G. Raymond.

Cass. crim., 10 avril 1997 : *Bull. crim.*, n°138 ; *CCC* 1997, comm 161, note G. Raymond ; *JCP E* 1997, II, 1008, note J-H Robert

Cass. crim., 12 nov. 1997, n°96-84.396 : *JurisData* n°1997-005080 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 24, obs. J.-H. Robert.

Cass. crim., 21 oct. 1998, n°97-80.981 : *Bull. Crim.* n°273 ; *JCP G* 1999, II, 10163, note Freund ; *RTD com.* 1999.526, n°12, obs. B. Bouloc ; *CCC* 1999, comm. 33, note G. Raymond ; *JCP E* 2000, p.990, note Garaud.

Cass. crim., 15 juin 1999, n°98-82.613 : *JurisData* n°1999-003270.

Cass. crim., 23 janv. 2001 : *Bull. crim.* 2001, n°19 ; *Dr. pén.* 2001, comm 89, obs. J-H Robert.

Cass. crim., 4 mars 2003 : *Dr. pén.* 2003, comm. 75, obs. J.-H Robert .

Cass. crim. 21 janv. 2003 : *Bull. crim.*, n°15.

Cass. crim., 6 avril 2004 : *Bull. crim.* 2004, n°86 ; *CCC* 2004, comm. 118, note G. Raymond.

Cass. crim., 20 sept. 2011, n°11-81.326 : *Dr. pén.* 2011, 156, comm. J-H Robert ; *D.* 2012, p.840, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud.

Cass. crim. 11 juill. 2017, n°16-84.902 P : *RTD com.* 2017. 1024, obs. B. Bouloc ; *CCC* 2017. 212, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2017, note. S. Piédelièvre ; *Dr. pénal* 2018, n°5, chron. É. Bazin ; *Dr. pénal* 2017, n°10, p.34, note J.-H. Robert ; *D.* 2017. 1526.

Cass. crim., 28 nov. 2017, n°16-84.435 : *Dr. pénal* 2018, comm. 35, note J.-H. Robert.

Cass. crim. 27 mars 2018, n° 17-81.984 : *RTD com.* 2018. 508, note B. Bouloc.

Cass. crim., 28 janv. 2020, n°19-80496 : *RDC* 2020. 66, note V. Malabat ; *ibidem*, p. 73, note J. Julien.

Cass. crim., 7 avr. 2021, n° 20-80.668 : *JCP G* 2021. 464, obs. J.-M. Brigand ; *Droit pénal*, juin 2021, 111, comm. J.-H. Robert ; *RTD com.* 2021. 668, note B. Bouloc.

- **Cour de cassation, chambre des requêtes :**

Cass. req., 5 déc; 1838, S. 38, I, 951.

Cass. req. 20 nov. 1905, S. 1906. 1. 124

Cass. req., 6 fév. 1934, S. 1935. 1. 296.

- **Cour Européenne des Droits de l'Homme :**

CEDH, 2 oct. 2001, *Pichon et Sajous c/ France* : *JCP E* 2002, 1045, note Raynaud.

- **Cour de Justice des Communautés Européennes :**

CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 et C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA* : *JCP E* 2001, p. 1281, note Carballo, Fidalgo et G. Paisant ; *RTD civ.* 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages.

CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis* : *JCP G* 2003, II, 10082, note G. Paisant ; *D.* 2003, p. 486, note C. Nourissat ; *RTD com.* 2003. 410, obs. M. Luby, *Gaz. Pal.* 2003, p. 1711, note Ph. Flores et G. Biardeaud.

CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08 : *RDC* 2009.1467, note C. Aubert de Vincelles ; *RTD civ.* 2009. 684, obs. P. Rémy-Corlay ; *LPA* 2009, n° 244, p. 8, chron. contrats spéc. G. Pignarre et S. Pimont ; *JCP G* 2009, n° 25, 27, obs. F. Picod ; *D.* 2009, J., p. 2312, note G. Poissonnier ; *ibidem.* 2010. 790, obs. É. Poillot ; *JCP G* 2009, n° 42, 336, note G. Paisant ; *Procédures* 2009, comm. 275, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2009, comm. 334, obs. V. Michel et M. Meister, pt 33 ; *RJDA* 2009, n°899 ; *RLDA* juill. 2009. 52, obs. Anadon. V. aussi : CJUE, 30 mai 2013 : *D.* 2014. Pan. 1301, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD eur.* 2013. 559, obs. C. Aubert de Vincelles ; *Europe* 2013, n°321, obs. A. Bouveresse.

CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261/07 et C-299-07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Maznes Belgium NV* : *D.* 2009. AJ 1273, obs. E. Petit ; *CCC* 2009, comm. 183, note G. Raymond ; *RTD com.* 2009. 607, obs. B. Bouloc ; *JCP G* 2009, n°39, p. 39, obs. M. Chagny ; *Gaz. Pal.* 2010. 423, obs. S. Piedelièvre ; *RDC* 2009. 1458, note C. Aubert de Vincelles ; *RJDA* 2009, n°786 ; *Europe* 2009, n°251, obs. Michel.

CJCE, 25 nov. 2010, aff. N°C-47/09.

- **Cour de Justice de l'Union Européenne :**

CJUE, 3 sept. 2009, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüge*, aff. C-489/07 : *D.* 2009. 2161, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2010. 790, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP G* 2009. 459, note G. Paisant ; *JCP E*, n°50, p.21, note G. Rousset ; *CCE* 2010, n°64, obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2010. 643, note C. Aubert de Vincelles ; *Ibid.* 113, note S. Pimont ; *Europe*, 2010. comm. 436, obs. L. Idot.

CJUE 14 janv. 2010, aff. C-304/08, *Zentrale für Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandels-gesellschaft* : *RTD eur.* 2010. 715, obs. C. Aubert de Vincelles ; *D.* 2010. Pan. 791, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *CCC* 2010, n°84, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2010, n°1044 ; *Gaz. Pal.* 2010. 1043, obs. Pezé ; *RJDA* 2010, n°300 ; *Dr. et pr.* 2010. 115, note K. de la Asuncion Planes ; *RLDA* avr. 2010. 37, note J.-C. Grall et E. Camilleri ; *RDC* 2010. 1290, note C. Aubert de Vincelles ; *Europe* 2010, n°120, obs. M. Meister

CJUE, 14 mars 2013, *Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya*, n° C-415/11, spéc. n°68 : *D.* 2014. 1297, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP E* 2014. 1331, note S. Moracchini-Zeidenberg ; *Europe* 2013, comm. 228, V. Michel ; *RTD eur.* 2013. 559, obs. C. Aubert de Vincelles.

CJUE, 30 mai 2013, *Dirk Freferik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito c/ Jahani BV*, Aff. n°C-488/11.

CJUE, 19 sept. 2013, n° C-435/11 : *D.* 2013. 2165, et 2812, spéc. 2824, obs. Y. Auguet ; *CCC* 2013. 281, comm. G. Raymond ; *JCP E*, 2013, n°1675, obs. S. Mioracchini-Zeidenberg ; *RLDA* 2013, n°4869, obs. V. Nicod.

- CJUE 19 déc. 2013**, aff. C-281/12 : *D.* 2014. 1297, note N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD eur.* 2014. 730, obs. C. Aubert de Vincelles ; *RUE* 2015. 468, étude J. Lete.
- CJUE, 16 janv. 2014**, *Constructora Principado SA contre José Ignacio Menéndez Álvarez*, n° C-226/12, spéc. n°23 et 30 : *D.* 2014. 1297, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD eur.* 2014. 715, obs. C. Aubert de Vincelles.
- CJUE, 16 avril 2015**, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft*, aff. C-388/13 : *CCC* 2015, comm. 189, obs. G. RAYMOND ; *Dr. pénal* 2016, chr. 5, obs. É. Bazin ; *D.* 2016. Pan. 619, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *RJDA* 2015, no 535 ; *LPA* 24 juin 2015, note Petit ; *Dr. et pr.* 2015, Cah. dr. consom., n°7, p. 36, obs. C. Gavalda-Moulenat ; *Banque et Dr.* 7-8/2015. 46, obs. E. Jouffin.
- CJUE, 16 avr. 2015**, *Mediaprint Zeintungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, aff. n° C-540/08.
- CJUE, 4 juin 2015**, *Froukje Faber contre Autobedrijf Hazet Ochten BV*, aff. C-497/13.
- CJUE, 3 sept. 2015**, *Costea*, aff. C-110/14 : *D.* 2016. Pan. 621, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *CCC* 2016, n°21, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *JCP G.* 2015, n°1110, note G. Paisant ; *JCP E* 2015, n°1599, note S. Moracchini-Zeidenberg ; *Gaz. Pal.* 2015. 3240, obs. S. Piedelièvre.
- CJUE, 21 avril 2016**, *Radlinger et Radlingrovà*, aff. C-377/14 : *D.* 2016. 1744, obs. H. Aubry ; *CCC* 2017. Chron. 3, n°15, obs. C. Aubert de Vincelles.
- CJUE 7 sept. 2016**, n°C-310/15 : *JCP E* 2016, n°1538, note D. Bazin ; *JCP G* 2016, n°1221, note J. Huet ; *CCC* 2016, n°243, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2016. Actu. 1813 ; *AJ contrat* 2016. 484, note H. Aubry ; *RDC* 2017. 52, obs. J. Huet ; *AJ pénal.* 2016. 491, obs. E. Raschel ; *RJDA* 2017, n°49 ; *LPA* 10 oct. 2016, note V. Legrand ; *Gaz. Pal.* 13 déc. 2016, p. 27, obs. S. Piedelièvre ; *CCE* 2016, n°81, obs. G. Loiseau ; *ibid.*, ét. 19, note S. Piedelièvre ; *RLDA* déc. 2016. 12, note T. Titone et M. Dary ; *Europe* 2016, n°423, obs. Bouveresse.
- CJUE, 26 janv. 2017**, *Banco Primus*, n° C-421/14, spéc. n°59 : *D.* 2018.583, obs. H. Aubry, É. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *AJDI* 2017. 525, obs. M. Moreau, J. Moreau et O. Poindron.
- CJUE, 27 avril 2017**, *Bachman*, aff. N° C-535/16.
- CJUE, 17 mai 2018**, *Karel de Grote c/ Hogeschool Katholieke Antwerpen*, aff. N° C-147/16.
- CJUE, 27 mars 2019**, aff. n°C-681/17 : *RDC* 2021. 68, note J. Huet ; *JCP G* 2019. 378, obs. D. Berlin ; *Europe* 2019, comm. 215, obs. V. Bassani ; *CCE* 2019, n°5, p.26, comm. G. Loiseau.
- CJUE, 5 mars 2020**, aff. C-679/18, OPR-Finance : *D.* 2020. 537 ; *D. actu.* 22 avr. 2020, obs. J.-D. Pellier ; *Rev. prat. rec.* 2020. 29, chron. V. Valette-Ercole, et 35, chron. K. De La Asuncion Planes.
- CJUE 11 mars 2020**, *Lintner*, aff. C-511/17 : *D.* 2020. 1394, note G. Poissonnier ; *AJ contrat.* 2020. 292, obs. V. Legrand ; *D.* 2021. 594, obs. É. Poillot ; *Rev. prat. rec.* 2020. 35, chron. K. De La Asuncion Planes.
- CJUE, 28 janv. 2021**, *Demande (JO) de la Cour, B. A./C. Bank AG*, n° C-47/21.
- CJUE, 17 mai 2022** (4 arrêts), aff. C-869/19, *Unicaja Banco* ; aff. C-693/19, *SPV Project 1503* et C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza* ; C-600/19, *Ibercaja Banco* ; aff. C-725/19, *Impuls Leasing România* : *CCC* 2022. 126, comm. S. Bernheim-Desvaux ; *RDC* 2022, n°3, p.62, note J.-D. Pellier.

- **Cours d'appel :**

CA Paris, 17 sept. 1993 : *JCP E* 1994, I, 408, n°8, obs. P. Simler et P. Delebecque.

CA Metz, 22 avril 1994 : *JurisData* n°1994-045617 ; *CCC* 1995, comm. 78, obs. G. Raymond.

CA Paris, 8 juin 1995 : *JurisData* n°1995-022997 ; *CCC* 1996, comm. 52, note G. Raymond.

CA Caen, 12 janv. 1996 : *CCC* 1997, comm. 56.

CA Paris, 4 oct. 1996 : *D.* 1996. 243

CA Paris, 27 mai 1997 : *CCC* 1998, n°47, obs. G. Raymond.

CA Paris, 24 juin 1997 : *CCC* 1998, n°36, obs. G. Raymond.

CA Paris, 2 nov. 1998 : *CCC* 1999, n°104, obs. G. Raymond.

CA Douai, 23 fév. 1999 : *CCC* 1999, n°122, obs. G. Raymond.

CA Paris, 30 mai 2002, n°2001/01169 : *JurisData* n°2002-182604 ; *CCC* 2002, comm. 181, note G. Raymond.

CA Grenoble, ch. Corr., 30 avril 2007, *JurisData* n°2007-337059.

CA Paris, 1^{er} juin 2007 : *RJDA* 2007, n° 1280

CA Paris, 25 janv. 2008 : *RJDA* 2008, n° 575.

CA Reims, 22 mars 2010 : *Dr. sociétés* 2010, n° 176, obs. M.-L. Coquelet.

CA Aix-en-Provence, 23 mars 2011, n°2011/101, *JurisData* n° 2011-020929.

CA Nancy, 2^e ch. com., 14 déc. 2011, n° 10/02664

CA Paris, 13 avr. 2012, n° 09/18440 : *CCC* 2012, n°219, obs. G. Raymond.

CA Douai, 23 mars 2017, 1^{re} ch., 1^{re} sect., n° 16/00837.

- **Conseil Constitutionnel**

Cons. Const., 30 nov. 2018, QPC, n° 2018-749.

- **Tribunaux de Grande Instance :**

TGI Nanterre, 24 juin 2003 : *CCC* 2003, comm. 191, note G. Raymond

TGI Paris, 10 juin 2010, n° 08/11632 : *AJDI* 2011. 157, obs. M. Thioye.

X. Dictionnaires :

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr.

Le Petit Larousse illustré, Larousse, éd. 2020

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, 2003

CORNU (G.), **Association Henri Capitant**, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 14^{ème} éd., 2022.

CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Quadrige/PUF, 2004

LACOSTE (J.-Y.) (dir.), *Dictionnaire critique de théologie*, Quadrige/PUF, 2^{ème} éd. 2007.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd., 2010.

LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française*, www.littre.org.

REY-DEBOTTE (J.), REY (A.) (dir.), *Le Petit Robert*, éd. Le Robert, 2013.

Index

A

Abus de droit :

- *Abus et bonne foi*, 89, 328
- *Abus et respect d'autrui*, 89
- *Dans l'exercice d'un droit de rétractation*

Voir **Droits de rétractation**

Notion, 87-89

Action de groupe : Voir **Associations de consommateurs**

Amendes civiles : 374 et s. Voir aussi :

Pratiques commerciales déloyales,
Clauses abusives, Conformité (au contrat)

Associations de consommateurs :

- *Action de groupe*, 268-271
- *Cessation d'agissements illicites*, 236-237
- *Défense de l'intérêt collectif*, 262-265

Autonomie de la volonté :

- *Morale chrétienne*, 77-79
- *Morale kantienne*, 76-77
- *Morale libérale*, 79
- *Effacement de l'autonomie de la volonté*,
111 et s.
- *Finalité économique*, 74
- *Finalité morale*, 73
- *Formulation de la valeur*, 73
- *Manifestations juridiques*, 62 et s.

- *Nature axiologique*, 71 et s.

B

Bonne foi :

- *Bonne foi et abus* Voir **Abus**
- *Bonne foi et clauses abusives* Voir **Clauses abusives**
- *Bonne foi et respect d'autrui*, 86-87
- *Mauvaise foi et garantie de conformité*
Voir **Conformité**
- *Présentation de l'obligation*, 83 et s.

C

Clauses abusives :

- *En droit commun*, 441 et s.
- Déséquilibre significatif, 444-446
- Rapport de force, 442-444
- *En droit de la concurrence*, 433 et s.
- Déséquilibre significatif, 438-439
- Rapport de force, 435-437
- *En droit de la consommation*
 - Amende civile, 378-379
 - Déséquilibre significatif, 144 et s., 219 et s.
 - Équilibre économique, 221-222
 - Mauvaise foi du consommateur, 348 et s.
 - Renonciation du consommateur Voir **Renonciation**
- Sanction, 135 et s.

Codes de conduite :

- *Développement probable*, 463 et s.
- *Occurrences actuelles*, 352 et s.

Confiance du consommateur : 418 et s.

Conformité :

- *Au contrat*, 191-195
 - Mauvaise foi du professionnel (amende civile), 375 et s.
- *Aux normes et prescriptions*
 - Dénomination des produits, 196 et s.
 - Équilibre technique, 200 et s.
 - Sécurité, 202 et s.
 - Équilibre technique, 207 et s.

Consommateur :

- *Définition*, 154 et s.
- *Protection collective*, Voir **Équilibre consommériste**
- *Protection individuelle*, Voir **Équilibre individualiste**
- *Protection structurelle*, Voir **Équilibre consommériste**

Contrat de cautionnement :

- *Disproportion*
 - Équilibre économique, 228 et s.
 - Standardisation du contrat, 147 et s.
- *Mention manuscrite*
 - Assouplissement jurisprudentiel, 319 et s.
 - Conséquence de la subjectivation, 399
 - Équilibre technique, 186-188
 - Faute de la caution, 346 et s.
 - Fraude de la caution, 341 et s.
 - Standardisation du contrat, 141-142

Contrats conclus à distance ou hors

établissement :

- *Droit de rétractation* Voir **Droits de rétractation**
- *Protection du professionnel* Voir **Professionnel**

Contrats d'assurance-vie : Voir Droits de rétractation (Abus)

D

Délais de réflexion :

- *Équilibre technique*, 209 et s.
- *Rapports avec l'autonomie de la volonté*, 131 et s.
- *Renonciation du consommateur*, Voir **Renonciation**

DGCCRF : 265 et s.

Droits de rétractation :

- *Abus*
 - Absence initiale de sanction, 159 et s.
 - Achat de biens immobiliers, 163 et s.
 - Conséquences sur l'équilibre, 399
 - Contrat d'assurance-vie, 161 et s. (absence de sanction), 327 et s. (sanction)
 - Contrats à distance ou hors établissement, 335 et s.
 - Diffusion à l'avenir, 450 et s.
- *Équilibre technique*, 211 et s., 213 et s.
- *Faute civile du consommateur*, 344 et s.
- *Force obligatoire des conventions*, 150 et s.
- *Rapports avec l'autonomie de la volonté*, 128 et s.

- *Renonciation du consommateur, Voir*

Renonciation

E

Élément moral de l'infraction :

- *Objectivation Voir Falsifications, Publicité trompeuse, Tromperie, Usure*
- *Présentation, 165-168*
- *Subjectivation Voir Tromperie*

Équilibre consommériste :

- *Affaiblissement, 293 et s.*
- *Caractère impératif, 238 et s. Voir aussi Renonciation, Relevé d'office*
- *Caractère objectif, 234 et s.*
- *Coexistence avec l'équilibre individualiste, 183, 393, 448*
- *Discipline collective des professionnels, 253 et s.*
- *Équilibre économique, 219 et s., Voir aussi Clauses abusives, Usure, Contrat de cautionnement (disproportion)*
- *Équilibre technique, 185 et s. Voir Contrat de cautionnement (mention manuscrite), Tromperie, Publicité trompeuse, Obligations d'information, Droits de rétractation, Conformité, Délais de réflexion*
- *Finalité morale, 280 et s.*
- *Formulation de la valeur, 231*
- *Protection collective des consommateurs, 123, 130, 132, 258 et s.*
- *Protection structurelle des consommateurs, 254 et s.*
- *Terminologie, 181-182*

Équilibre individualiste :

- *Coexistence avec l'équilibre consommériste, 183, 393, 448*
- *Contenu, 394*
- *Discipline individuelle du professionnel, 401 et s.*
- *Finalité économique, 417 et s.*
- *Protection individuelle du consommateur, 404 et s.*
- *Subjectivité, 395 et s.*
- *Terminologie, 181, 394*

F

Falsification :

- *Équilibre technique, 189 et s.*
- *Objectivation de l'élément moral, 172-173*

Faute civile délictuelle :

- *Dans l'accomplissement du formalisme manuscrit, Voir Contrat de cautionnement*
- *Dans l'exercice d'un droit de rétractation, Voir Droits de rétractation*
- *Dans le Code civil, 96-98*

Faute dolosive : 94-95

Force obligatoire des conventions :

- *Déclin de la force obligatoire, Voir Droits de rétractation*
- *Force obligatoire et autonomie de la volonté, 63 et s.*
- *Force obligatoire et respect d'autrui, 80 et s.*

Fraude : Voir Contrat de cautionnement

(mention manuscrite)

I

In abstracto, in concreto : 117, 167, 194-195,
203-207, 295, 305 et s.

J

Justice sociale : Voir Équilibre consommériste

(finalité morale)

L

**Loteries publicitaires : Voir Pratiques
commerciales déloyales**

M

Médiation, 368 et s.

Morale chrétienne, 40 et s., 47 et s.

- Absence de lien avec l'autonomie de la volonté, Voir **Autonomie de la volonté**
- Lien avec le respect d'autrui, Voir **Respect d'autrui**

Morale kantienne, 40 et s., 44 et s., 49 et s.

- Absence de lien avec l'autonomie de la volonté Voir **Autonomie de la volonté**
- Lien avec le respect d'autrui Voir **Respect d'autrui**

Morale libérale, 51 et s.

- Lien avec l'autonomie de la volonté Voir **Autonomie de la volonté**
- Lien avec le respect d'autrui Voir **Respect d'autrui**

N

Néolibéralisme : 421 et s., 465-466

Non-professionnel : Voir Consommateur

- Définition, 411-412
- Subjectivation à venir, 454-455
- Subjectivation actuelle, 412 et s.

O

Obligation de mention du TEG :

- Comparaison avec la sanction de l'usure, 226-228
- Sanction, 380 et s.
- Standardisation, 139 et s.

Obligations d'information :

- En droit civil, 113 et s.
- En droit de la consommation
 - Équilibre technique, 186 et s.
 - Information et déloyauté
 - Aujourd'hui, 312
 - Demain Voir **Pratiques commerciales déloyales** (diffusion à venir)
 - Objectivité, 118 et s., 138 et s.
 - Prorogation du délai de rétractation Voir **Droits de rétractation** (abus)

Obsolescence programmée : Voir Tromperie

Ordre public économique :

- Définition, 272-274
- Direction, protection et droit de la consommation, 274 et s.
- Ordre public de protection collective, 278 et s.

- Régime Voir **Renonciation, Relevé d'office**

P

Plateformes comparatives en ligne : Voir Codes de conduite

Positivismes juridique : 29-31

Pratiques commerciales agressives : Voir Pratiques commerciales déloyales

Pratiques commerciales déloyales :

- Amende civile, 377 et s.
- Condition de déloyauté
 - Applications
 - Loteries publicitaires, 299 et s., 304 et s., 312-314
 - Pratiques commerciales agressives, 300 et s., 316 et s.
 - Pratiques commerciales trompeuses, 300 et s., 314 et s.
 - Subordination de vente ou de prestation de services, 298 et s., 304 et s., 311 et s.
 - Ventes ou prestations de services avec primes, 299 et s., 304 et s., 312 et s.
- Conséquences sur l'équilibre, 396-397
- Diffusion
 - À venir, 459 et s.
 - Passée, 296 et s.
- Relativisation de la discipline professionnelle, 402
- Objectifs de la directive, 18-19

Pratiques commerciales trompeuses : Voir

Pratiques commerciales déloyales
(application)

Professionnel :

- Définition, 154 et s.
- Discipline collective, Voir **Équilibre consommériste**
- Discipline individuelle, Voir **Équilibre individualiste**
- Professionnel partie faible, 408 et s., 453-454
- Professionnel victime, 406 et s.

Publicité trompeuse :

- Équilibre technique, 189 et s.
- Indifférence à la volonté individuelle, 125 et s.
- Objectivation de l'élément moral, 173 et s.

R

Refus de vente : 133 et s., 168-169

Relevé d'office : 248 et s.

Renonciation :

- Assouplissement, 365 et s.
- Encadrement, 240 et s.
 - Clauses abusives, 246
 - Délais de réflexion, 245
 - Droits de rétractation, 243
 - Interdépendance des contrats, 242
 - Violation du formalisme informatif, 246

Rescision pour lésion : 65-66

Respect d'autrui :

- *Effacement du respect d'autrui*, 150 et s.
- *Formulation et finalité morale*, 100-101
- *Manifestations juridiques*, 80 et s.
- *Respect d'autrui et morale libérale*, 102 et s.
- *Respect d'autrui et morales chrétienne et kantienne*, 104 et s.

Révision pour imprévision : 66-67, 81

S

Sanctions réputationnelles : 382 et s.

Sécurité des produits et services : *Voir*

Conformité (aux normes et prescriptions)

Subordination de vente ou de prestation de services : *Voir Pratiques commerciales déloyales* (application)

T

Tromperie :

- *Équilibre technique*, 189 et s.
- *Indifférence à la volonté individuelle*, 124 et s.
- *Objectivation de l'élément moral*, 171-172
- *Obsolescence programmée*, 361 et s.
- *Subjectivation de l'élément moral*
 - Conséquences, 398
 - Manifestations, 358 et s.

U

Usure :

- *Équilibre économique*, 223 et s.
- *Objectivation de l'élément moral*, 174
- *Standardisation du contrat*, 146

V

Valeurs :

- *Définition*, 23
- *Méthodologie d'identification*, 25-26, 30-31
- *Valeurs économiques*
 - Critère d'identification, 30
 - Valeur économique civiliste *Voir*
 - Autonomie de la volonté**
 - Valeur économique consumériste *Voir*
 - Équilibre individualiste**
 - *Valeurs et normes*, 24-25
 - *Valeurs morales*
 - Critère d'identification, 28
 - Valeur morale consumériste *Voir*
 - Équilibre consumériste**
 - Valeurs morales civilistes *Voir*
 - Autonomie de la volonté, Respect d'autrui**

Ventes ou prestations de services avec primes : *Voir Pratiques commerciales déloyales* (application)

Vices du consentement :

- *Lien avec l'autonomie de la volonté*, 69
- *Lien avec le respect d'autrui*
 - Dol, 92-93
 - Erreur (non), 90-91
 - Violence, 93-94

Table des matières

Introduction	15
Partie 1. L'axiologie originelle du droit de la consommation	35
Titre 1. L'occultation de l'axiologie civiliste classique	37
Chapitre 1. L'identification des valeurs civilistes classiques	39
Section 1. Des sources antagonistes	39
Sous-section 1. Autrui au cœur des morales chrétienne et kantienne	40
§1. Autrui, fin de l'acte moral	42
A. La vertu chrétienne de charité	42
B. L'impératif catégorique kantien	44
§2. La moralité, source de liberté	47
A. Une liberté conditionnée dans la morale chrétienne	47
B. Une liberté conditionnée dans la morale kantienne	49
Sous-section 2. La liberté individuelle au cœur de la morale libérale	51
§1. Des fondements distincts	52
A. Le sentiment de sympathie	52
B. Le bonheur individuel	54
1. Dans la philosophie de Locke	54
2. Dans la philosophie de Bentham	56
§2. Un subjectivisme identique	57
A. L'individu, moraliste souverain	57
B. Autrui, limite de l'acte moral	60
Section 2. Un contenu cohérent	61
Sous-section 1. L'autonomie de la volonté	62
§1. Les manifestations de l'autonomie de la volonté	62
A. Une volonté normative	63
1. Une volonté à la source de l'engagement contractuel	63
2. Une volonté préférée	65
a. Une volonté primant sur le juge	65
b. Une volonté primant sur la forme du contrat	68
B. Une volonté protégée	69
§2. L'identification de l'autonomie de la volonté	71
A. La définition de l'autonomie de la volonté	71

1.	Une valeur morale et économique	71
a.	Une adhésion juridique partielle	71
b.	Une adhésion axiologique entière	73
2.	Une valeur subjective	75
B.	La filiation de l'autonomie de la volonté	76
1.	Une insuffisante filiation avec les morales chrétienne et kantienne	76
a.	Une filiation purement terminologique avec la morale kantienne	76
b.	Une filiation lointaine avec la morale chrétienne	77
2.	Une puissante filiation avec la morale libérale	79
	Sous-section 2. Le respect d'autrui	80
§1.	Les manifestations de la valeur de respect d'autrui	80
A.	Le respect de la parole donnée	80
B.	La sanction des nuisances volontaires	83
1.	Une sanction au sein du contrat	83
a.	La bonne foi	83
b.	L'abus de droit	87
c.	Le dol et la violence	90
d.	La faute dolosive	94
2.	Une sanction au-delà du contrat	96
§2.	L'identification de la valeur de respect d'autrui	100
A.	La définition de la valeur de respect d'autrui	100
1.	Une valeur au contenu objectif	100
2.	Une valeur d'application subjective	101
B.	La filiation de la valeur de respect d'autrui	102
1.	Une filiation restreinte avec la morale libérale	102
2.	Une puissante filiation avec les morales chrétienne et kantienne	104
a.	Une filiation dans le contenu	104
b.	Une filiation dans l'application	106
	Conclusion du Chapitre 1.	109
	Chapitre 2. L'effacement des valeurs civilistes classiques	111
	Section 1. L'effacement de l'autonomie de la volonté	111
	Sous-section 1. L'indifférence à la volonté individuelle	112
§1.	L'indifférence à la volonté subjective de l'individu-consommateur	113
A.	Les obligations d'information	113
1.	La subjectivité de l'obligation d'information en droit commun	113
2.	L'objectivité de l'information en droit de la consommation	118
a.	Les manifestations de l'indifférence à la volonté individuelle	120
b.	L'objectivation de la volonté du consommateur	123
B.	Les délits de tromperie et de publicité trompeuse	124

C.	Les mécanismes de régulation temporelle de la formation du contrat _____	127
1.	Les droits de rétractation _____	128
2.	Les délais de réflexion _____	131
§2.	L'indifférence à la volonté subjective de l'individu professionnel _____	132
A.	L'automatisation de la volonté de contracter _____	133
B.	L'automatisation de la volonté quant au contenu du contrat _____	135
Sous-section 2.	La standardisation du contrat _____	138
§1.	Une standardisation formelle _____	138
A.	La standardisation par les mentions obligatoires _____	139
B.	La standardisation par les mentions manuscrites _____	141
C.	La standardisation par le recours aux modèles _____	142
§2.	Une standardisation matérielle _____	143
A.	Clauses abusives et standardisation matérielle _____	144
B.	Usure et standardisation matérielle _____	146
C.	Disproportion du cautionnement et standardisation matérielle _____	147
Section 2.	L'effacement de la valeur de respect d'autrui _____	150
Sous-section 1.	L'effacement du devoir de respect de la parole donnée _____	150
Sous-section 2.	L'effacement de la sanction des nuisances volontaires _____	154
§1.	Une définition objective des parties. _____	154
A.	Le rejet du critère subjectif de compétence _____	155
B.	L'admission du critère objectif du rapport avec l'activité professionnelle _____	156
§2.	Une appréhension objective du comportement des parties _____	159
A.	L'indifférence à la malveillance du consommateur _____	159
1.	Une absence de sanction dans les contrats d'assurance-vie _____	161
2.	Une absence de sanction en matière d'achat de biens immobiliers _____	163
B.	L'indifférence à l'intention du professionnel _____	165
1.	L'objectivation de l'élément moral de l'infraction _____	168
a.	La faute simple des délits de tromperie et de falsification _____	171
b.	La faute simple du délit de publicité trompeuse _____	173
c.	La faute simple du délit d'usure _____	174
2.	L'effacement de l'axiologie civiliste _____	175
Conclusion du Chapitre 2.	_____	177
	Conclusion du Titre 1. _____	179
	Titre 2. L'avènement de la valeur d'équilibre consommériste _____	181
Chapitre 1.	Le contenu de l'équilibre consommériste _____	185
Section 1.	L'équilibre technique _____	185
Sous-section 1.	L'équilibre technique par l'information _____	186
§1.	Les obligations d'information _____	186

§2. Le contrôle de la véracité des dires du professionnel _____	189
Sous-section 2. La standardisation du produit _____	191
§1. La standardisation de la dénomination du produit _____	196
A. Les manifestations _____	196
B. La recherche d'un équilibre technique _____	200
§2. La standardisation des caractéristiques du produit _____	202
A. Les manifestations _____	202
B. La recherche d'un équilibre technique _____	207
Sous-section 3. L'équilibre technique par l'introspection _____	209
§1. L'équilibre technique par la réflexion _____	209
A. L'octroi de délais de réflexion _____	209
B. L'octroi de droits de rétractation _____	211
§2. L'équilibre technique par l'expérimentation _____	213
A. L'expérimentation par le droit de rétractation _____	213
B. L'expérimentation renforcée par la prorogation du droit de rétractation _____	216
Section 2. L'équilibre économique _____	219
Sous-section 1. Le rééquilibrage juridique des contrats _____	219
Sous-section 2. Le rééquilibrage financier de certains contrats _____	223
§1. Délit d'usure et équilibre économique _____	223
§2. Disproportion du cautionnement et équilibre économique _____	228
Conclusion du Chapitre 1. _____	231
Chapitre 2. La réalisation de l'équilibre consommériste _____	233
Section 1. Les caractères de l'équilibre consommériste _____	233
Sous-section 1. Une valeur objective _____	234
Sous-section 2. Une valeur impérative _____	238
§1. L'impérativité pour le professionnel _____	238
§2. L'impérativité pour le consommateur _____	240
A. Le strict encadrement de la renonciation à la protection _____	240
1. Le fonctionnement de la renonciation _____	240
a. Le respect des conditions de la renonciation _____	242
b. L'irrespect des conditions de renonciation _____	245
2. Le sens de l'encadrement de la renonciation _____	247
B. La généralisation du relevé d'office _____	248
Section 2. Les finalités de l'équilibre consommériste _____	252
Sous-section 1. Les finalités substantielles de l'équilibre _____	252
§1. Des finalités complémentaires _____	252
A. Une finalité disciplinaire _____	253
B. Une finalité protectrice _____	254
1. Une protection contre l'infériorité structurelle du consommateur _____	254

2. Une protection collective des consommateurs _____	258
a. L'individu occulté dans la sanction _____	258
b. L'individu occulté dans la procédure _____	261
§2. L'instauration d'un ordre public économique de protection collective _____	272
A. L'inadéquation de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection _____	274
B. Le dépassement de la distinction par l'ordre public de protection collective _____	278
Sous-section 2. La finalité axiologique de l'équilibre _____	280
§1. Une finalité morale _____	280
A. Un perfectionnement direct des rapports interindividuels _____	280
B. Un perfectionnement indirect des individus _____	283
§2. L'absence de finalité économique _____	284
Conclusion du Chapitre 2. _____	286
Conclusion du Titre 2. _____	287
Conclusion de la Partie 1. _____	289
Partie 2. L'axiologie actuelle du droit de la consommation _____	291
Titre 1. L'affaiblissement de la valeur d'équilibre consumériste _____	293
Chapitre 1. La subjectivation abstraite du droit de la consommation _____	295
Section 1. La déloyauté des pratiques commerciales _____	295
Sous-section 1. L'essor de la condition de déloyauté _____	296
§1. La substitution de la condition de déloyauté aux prohibitions générales _____	298
§2. L'ajout de la condition de déloyauté aux pratiques commerciales trompeuses et agressives _____	300
Sous-section 2. La subjectivation opérée par la condition de déloyauté _____	303
§1. Une subjectivation de l'élément moral _____	304
§2. La subjectivation de l'élément matériel _____	310
A. Ventes subordonnées et altération substantielle du comportement économique _____	311
B. Pratiques commerciales trompeuses et altération substantielle du comportement économique _____	314
C. Pratiques commerciales agressives et altération substantielle du comportement économique _____	316
Section 2. L'assouplissement du formalisme manuscrit du contrat de cautionnement _____	319
Conclusion du Chapitre 1. _____	323
Chapitre 2. La subjectivation concrète du droit de la consommation _____	325
Section 1. La subjectivation concrète de la norme _____	325
Sous-section 1. L'indexation sur l'individu-consommateur _____	326
§1. La sanction du détournement de la protection _____	326

A.	La sanction de l'abus de droit _____	327
1.	Une sanction dans les contrats d'assurance-vie _____	327
a.	Une sanction législative et jurisprudentielle _____	327
b.	Un affaiblissement de l'équilibre consommériste _____	333
2.	Une sanction dans les contrats à distance et hors établissement _____	335
a.	La double sanction de l'abus de droit _____	336
b.	Un affaiblissement de l'équilibre consommériste _____	340
B.	La sanction de la fraude _____	341
§2.	La sanction des agissements nuisibles _____	344
A.	La sanction de la faute civile délictuelle _____	344
1.	Une sanction dans les contrats à distance et hors établissement _____	344
2.	Une sanction dans les contrats de cautionnement _____	346
B.	La sanction de la mauvaise foi _____	348
Sous-section 2.	L'indexation sur l'individu-professionnel _____	351
§1.	L'indexation sur la volonté du professionnel _____	352
A.	La détermination du contenu de la norme _____	352
B.	La détermination de la portée de la norme _____	356
§2.	L'indexation sur l'intention du professionnel _____	358
A.	La tromperie, une infraction intentionnelle _____	358
B.	L'obsolescence programmée, une infraction intentionnelle _____	361
Section 2.	La subjectivation concrète de la sanction _____	364
Sous-section 1.	L'indexation de la sanction sur la volonté individuelle _____	365
§1.	L'assouplissement des conditions de renonciation _____	365
§2.	La négociation de la sanction _____	368
Sous-section 2.	L'indexation de la sanction sur des circonstances particulières _____	373
§1.	Le prononcé de la sanction déterminé par des circonstances propres au professionnel _____	374
A.	La mauvaise foi dans la mise en œuvre de la garantie de conformité _____	375
B.	Le recours continu à certaines pratiques illicites _____	377
§2.	L'intensité de la sanction déterminée par des circonstances propres au consommateur _____	379
A.	Le préjudice individuel subi par le consommateur _____	380
B.	La perception du professionnel par les consommateurs _____	382
Conclusion du Chapitre 2 _____		386
Conclusion du Titre 1 _____		388
Titre 2. L'avènement de la valeur d'équilibre individualiste _____		391
Chapitre 1. L'identification de l'équilibre individualiste _____		393
Section 1. Le caractère subjectif de l'équilibre individualiste _____		395
Sous-section 1. Une définition subjective _____		396
Sous-section 2. Des conditions d'application subjectives _____		398

Section 2. Les finalités de l'équilibre individualiste _____	401
Sous-section 1. Les finalités substantielles _____	401
§1. Une discipline individuelle _____	401
§2. Une protection individuelle _____	404
A. Une protection de l'individu en situation de faiblesse _____	404
B. L'ouverture de la protection à certains professionnels _____	405
1. La protection expresse du professionnel _____	405
a. Le professionnel victime _____	406
b. Le professionnel, partie faible _____	408
2. La protection implicite du professionnel _____	411
Sous-section 2. La finalité axiologique _____	416
§1. Une valeur dotée d'une finalité économique _____	417
A. Une finalité d'intensification des échanges _____	418
1. La préservation de la confiance du consommateur _____	418
2. Une valeur néolibérale _____	421
B. Une finalité d'orientation des échanges _____	423
§2. Une valeur dénuée de finalité morale _____	425
Conclusion du Chapitre 1. _____	431
Chapitre 2. La diffusion de l'équilibre individualiste _____	433
Section 1. Une diffusion avérée hors du droit de la consommation _____	433
Sous-section 1. Une diffusion dans le droit de la concurrence _____	433
§1. L'appréhension subjective et concrète du déséquilibre significatif _____	435
A. D'une domination structurelle à une domination particulière _____	435
B. D'un déséquilibre juridique objectif à un déséquilibre économique particulier _____	438
§2. Un dispositif sous-tendu par la valeur d'équilibre individualiste _____	440
Sous-section 2. Une diffusion dans le droit commun _____	441
§1. Des conditions subjectives _____	442
A. La non-négociabilité d'une clause, indice de la domination effective d'une partie _____	442
B. Un déséquilibre effectif et circonstancié _____	444
§2. Un dispositif sous-tendu par la valeur d'équilibre individualiste _____	446
Section 2. Une diffusion potentielle au sein du droit de la consommation _____	448
Sous-section 1. Le recentrage des normes autour de l'individu-consommateur _____	449
§1. L'alignement de la norme sur le besoin concret de protection _____	450
A. L'absence de besoin de protection comme limite à l'application des normes _____	450
B. Le besoin de protection comme condition d'application des normes _____	453
§2. Le développement de moyens procéduraux centrés sur le préjudice individuel _____	456
Sous-section 2. La détermination des normes par le marché _____	459
§1. La diffusion de la condition de déloyauté _____	459
§2. La diffusion du recours à l'autorégulation _____	463

Conclusion du Chapitre 2.	467
Conclusion du Titre 2.	469
Conclusion de la Partie 2.	471
Conclusion générale	473
Bibliographie	477
Index	511
Table des matières	517

Les mutations du droit de la consommation – À la recherche des valeurs consumériste. Le droit de la consommation a profondément évolué depuis ses origines. L'analyse axiologique permet d'identifier ces mutations avec précision. Deux périodes peuvent être distinguées : l'une s'achève et l'autre débute avec la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

Originellement, la législation consumériste est sous-tendue par la valeur d'« équilibre consumériste ». Celle-ci postule qu'est bonne la situation dans laquelle le savoir et le pouvoir des consommateurs sont équilibrés avec ceux du professionnel. Ce rééquilibrage est objectif : il s'impose à toute relation consommateur-professionnel. Dans une optique de régulation sociale, l'équilibre consumériste vise ainsi à remédier à l'infériorité structurelle de la collectivité des consommateurs face aux professionnels.

Cette valeur ne semble aujourd'hui plus correspondre au droit de la consommation. Ce dernier est traversé par un phénomène de subjectivation, c'est-à-dire de subordination de la norme à un ou plusieurs éléments subjectifs et concrets, propres à un sujet, réel ou fictif (volonté, intention, agissements, etc.). Cela révèle l'avènement de l'« équilibre individualiste », nouvelle valeur aspirant au rééquilibrage d'un rapport concrètement déséquilibré : la protection ne remédie plus à un déséquilibre structurel mais circonstanciel. La finalité est économique : le consommateur doit être protégé, non plus en vertu d'une infériorité structurelle, mais en vertu de sa fonction économique. Sa confiance doit donc être préservée.

L'équilibre individualiste cohabite aujourd'hui avec l'équilibre consumériste traditionnel. La diffusion de cette nouvelle axiologie semble toutefois inexorable.

Descripteurs :

Valeurs en Droit – Axiologie – Droit de la consommation – Protection du consommateur – Équilibre – Pratiques commerciales déloyales – Droits de rétractation – Abus de droit – Autonomie de la volonté – Bonne foi – Élément moral de l'infraction – Clauses abusives.

Changes in Consumer Law – In search of consumerist values. Consumer law has deeply evolved since its origins. Axiological analysis allows us to identify these changes with precision. Two periods can be distinguished: one ends while the other begins with the European directive of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices.

Originally, consumer law was underpinned by the value of "consumerist balance". This postulates that the situation in which the knowledge and power of consumers are balanced with those of the professional is good. This rebalancing is objective: it is imposed on any consumer-professional relationship. Aiming to social regulation, the consumerist balance thus aims to remedy the structural inferiority of the community of consumers in relation to the professionals.

Today, this value no longer seems to fit the description of the consumer law. It is traversed by a phenomenon of subjectivization, that is to say, of subordination of the norm to one or more subjective and concrete elements, specific to a subject, real or fictitious (will, intention, actions, etc.). This reveals the birth of the "individualistic balance", a new value aspiring to the rebalancing of a concretely unbalanced relationship: the protection no longer remedies a structural but a circumstantial imbalance. The aim is economic: the consumer must be protected, not by virtue of a structural inferiority, but by virtue of his economic function. His confidence must therefore be preserved.

The individualistic equilibrium cohabits today with the traditional consumerist balance. However, the diffusion of this new axiology seems inexorable.

Keywords :

Values in Law – Axiology – Consumer Law – Right of withdrawal – Abuse of right – Autonomy of will – Consumer protection – Good faith – Intentional element of the infraction – Balance – Unfair business-to-consumer commercial practices – Unfair terms.

