

Introduction générale

1. — « (...) *Il n'eut pas fait cent pas. Que par son compagnon il fut mis en éclats, Sans qu'il eût lieu de se plaindre. Ne nous associons qu'avec que nos égaux, Ou bien il nous faudra craindre* ». La morale de la fable du pot de terre et du pot de fer est bien difficile aujourd'hui à respecter. Les phénomènes de puissance économique sont inhérents à notre société de marché et, à moins de vivre en autarcie, il est difficile de ne pas contracter avec plus fort que soit. D'ailleurs, les manifestations de concentration tendent à s'amplifier et tous les points convergent vers une raréfaction des petits commerces indépendants. La domination économique devient alors une source d'inquiétudes, de réflexions et d'interrogations tant pour les acteurs économiques que pour les commentateurs, qu'ils soient économistes ou juristes. Si Maurice Hauriou présenta le contrat comme la tentative « *la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un cadre de prévision*¹. » Quatre-vingt dix ans plus tard, ce n'est plus tant la question de la volonté humaine sur les faits qui soulève difficulté et contentieux, mais la question de la volonté humaine sur celle de son cocontractant, juridiquement autonome aux yeux des textes mais en totale situation de dépendance économique.

2. — Dans bien des cas, la dépendance économique est une suite logique des manifestations de dissymétrie de puissance économique. Cette dépendance entre les agents économiques crée un véritable lien de subordination entre les parties, qui se retrouvent liées par « *un contrat de commandement*² ». La nature de cette relation peut être davantage comprise en reprenant une division tripartite classique permettant une analyse des rapports d'intérêts. Dans le premier type, étranger à notre hypothèse, chaque partie cherche à obtenir un avantage en échange de sa prestation, entend limiter le rapport à ce pur échange et ne doit tenir compte de son contractant que dans la mesure où la bonne foi l'exige. A cette catégorie, s'oppose celle où les parties se trouvent dans une communauté d'intérêts. Dans ce cas précis, les parties poursuivent un intérêt économique commun qui est partie intégrante du contenu du contrat et

¹ M. Hauriou, *Principe de droit public* Paris Sirey 1916

² Expression de R. Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* RTD civ 1907, 245 ; *Traité des obligations en général*, T. II (1923), n°917 ter .

que l'échange de prestations permet d'atteindre. Le prototype en est le contrat de société. Au milieu se trouve un mode de relation d'intérêts se caractérisant par la soumission des intérêts de l'un à ceux de l'autre. C'est dans le cadre de cette situation que nous entendons délivrer notre propos. Dans ce type de contrat, l'intérêt économique de l'un accède au rang de but contractuel, que l'échange de prestations permettra d'atteindre. Le contractant peut rechercher lui aussi un avantage économique, mais celui-ci ne restera qu'un mobile. Il doit préserver ou promouvoir l'intérêt de son contractant en priorité, le sien n'étant satisfait que de façon indirecte.

3. — Le déséquilibre contractuel procède alors directement du déséquilibre économique, à tel point que cette situation peut nuire à la viabilité économique du petit contractant. Ce dernier, qui a pourtant consenti à des investissements très onéreux pour remplir ses obligations contractuelles et assurer la pérennité du contrat se retrouve alors écrasé sous le poids des sujétions imposées par la partie dominante ou par les circonstances extérieures au contrat qu'il ne maîtrise pas. Or, la protection du contractant en position d'infériorité n'était pas le souci des pères du Code civil, à une époque où les sujets de droit étaient tous égaux. Face à cette situation, la question se pose alors de savoir si le droit se doit d'intervenir pour protéger la partie faible. Doit-il s'adapter à ces nouveaux phénomènes de puissance économique et remédier aux situations dites « injustes » dans ces hypothèses précisément de dépendance économique ? La réponse est affirmative, et sur ce point, notre opinion converge avec celle de M. Nourissat³ « *Le civiliste ne peut rester indifférent à la situation de déséquilibre économique manifeste qui marque certains contrats et aux abus qui l'accompagnent parfois.* » C'est parce que l'agent économique, bien que juridiquement autonome, se retrouve lié par un contrat de commandement, qu'il doit bénéficier d'une certaine protection. Ce sont précisément ces circonstances de fait qui légitiment une intervention du droit, au nom de la morale.

4. — La morale n'est en effet pas étranger à notre droit mais pour autant, le sens de la morale et du droit ne doivent pas prêter à l'amalgame. Il est ainsi intéressant de reprendre une analyse de M. Abdelkader⁴ : « *Le fondement moral est un substratum sur lequel repose le fondement juridique. Mais il ne se confond pas avec lui. Ainsi, si les règles du droit et celles de la morale*

³ C. Nourissat, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?* Chron D 2000 p 369

⁴ M. Abdelkader, *Contribution à l'étude critique de la notion de lésion*, th 1986

doivent rester parallèles dans le cadre technique du droit envisagé in abstracto, elles ne s'excluent pas pour autant génériquement, les institutions juridiques ayant toutes un substratum moral. C'est dans ce sens que l'on peut parler de différence entre la morale et le droit. » C'est là l'idée essentielle qui gouverne notre propos. Pour lutter contre les effets iniques du contrat, nous ne devons pas nous arrêter au seul aspect moral de la question, il faut en plus et surtout arriver à construire des notions techniques qui soient propres à rendre compte du fondement juridique. Le droit, possédant sa rationalité technique, ne se confond pas avec la morale. En partant de ce principe, notre objectif est donc de déterminer de quelle manière notre droit doit s'adapter afin d'appréhender ces nouveaux phénomènes de puissance économique car, contrairement à ce qu'affirme M. Athias, il n'y a pas en cette hypothèse, « *un mythe de l'adaptation du droit aux faits*⁵ ». Les phénomènes de puissance économique justifient dans une certaine mesure une adaptation du droit civil.

5. — Nous aurions pu avancer l'idée que le droit de concurrence appréhende déjà ces phénomènes et que l'adaptation du droit civil ne se justifie alors pas. Il nous faut combattre cette idée. Certes, certains déséquilibres contractuels sont tels qu'ils influent sur le marché. Indirectement, le droit de la concurrence va permettre la régulation du contrat pour protéger le marché. Mais l'objectif de ce droit est de réguler le marché, et non pas de réguler le contrat et en ce sens, assurer une certaine protection du distributeur en situation de dépendance économique. La loi NRE offre certes un nouveau moyen pour assurer la protection de la partie faible, via l'article L 442-6 I.2° b) C com ; elle institue une nouvelle pratique restrictive, permettant la sanction de l'abus de dépendance économique, en dehors de toute affectation du marché. Néanmoins, c'est bien insuffisant. Si le droit de la concurrence peut parfois se joindre au secours de du droit civil, ce serait une erreur de perspective de voir dans le droit des pratiques anticoncurrentielles un instrument au service de la justice contractuelle qui irrigue le droit commun. Que le droit de la concurrence permette, par ricochet, d'assurer la justice commutative est indiscutable. Mais sa vocation première, issue de la pensée libérale qui l'anime, reste de « *guider les efforts individuels*⁶ ». C'est donc sur le terrain du droit civil, que la jurisprudence se doit d'agir. Sur le constat que la fameuse formule de Fouillée « *Qui dit contractuel, dit juste* », n'est plus d'actualité, elle s'est déjà engagée dans une voie destinée à réduire l'impact des inégalités économiques sur le plan juridique.

⁵ C. Athias *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* D 1977 p 251

⁶ F. A. Hayek, *La route de la servitude*, 2^{ème} éd PUF, 1993

6. — Dans cet esprit, elle se heurte néanmoins à une difficulté d'importance : Notre droit de tradition romano-germanique nous impose de fonder nos solutions à partir de concepts bicentennaires, créés et pensés à une époque où l'égalitarisme des sujets dans l'échange était, non seulement la règle, mais la réalité. Il convient alors de déterminer le concept le plus adéquat, pour aboutir à une solution de justice souhaitée. Contrairement à M Collinet⁷, nous ne tenons pas les concepts d'équivalence et de commutativité (art 1104), cause (art 1131), bonne foi (art 1134 al 3), ou encore équité (art 1135) comme équivalent pour sanctionner les injustices contractuelles. M. Atias affirme « *En définitive, parler d'adaptation du droit au fait, c'est se condamner à ne rien expliquer, à ne rien justifier.* » Nous souhaitons démontrer le contraire en recherchant l'outil le plus approprié pour restaurer la justice commutative, dans les contrats de dépendance économique. Il est possible de s'attaquer directement au déséquilibre économique par le mécanisme de la lésion et de ses dérivées (1^{ère} partie). Nous démontrerons les limites de cette méthode qui nous conduira à nous intéresser davantage aux comportements des parties au contrat, via l'étude des concepts d'abus de droit (2^{ème} partie) et d'abus de dépendance économique (3^{ème} partie).

⁷ P. Collinet, *Répétitions écrites de Pandectes*, Cours DES, 1936-1937, Faculté de droit de Paris, p 61

Partie I : Les limites du recours à la théorie de la lésion et ses dérivés

7. — Nous allons aborder dans cette première étape, l'ensemble des techniques juridiques qui ont été utilisées – voire détournées de leur finalité première – pour rétablir le déséquilibre contractuel constaté entre les parties connaissant une dissymétrie de puissance économique. Il s'agit des techniques destinées à rétablir ce que les auteurs⁸ appellent « l'équivalence concrète », l'égalité dans le contenu du contrat. Il existe deux sortes d'équivalence, l'équivalence concrète et l'équivalence abstraite. L'équivalence abstraite exprime un état de la structure du contrat, c'est à dire un contrat, comprenant un objet, une cause et un accord de volonté. Ce critère d'équivalence est aisément rempli. Étant inscrite dans la structure légale du contrat, l'équivalence abstraite a un caractère obligatoire, il faut que chaque contrat ait un accord entre deux volontés, deux objets et une cause liant ces deux objets. A partir du moment où la cause existe et qu'elle permet de faire le lien entre les objets, la condition d'équivalence abstraite est remplie. Contrairement à l'équivalence abstraite, l'équivalence concrète s'attache non plus à la forme du contrat mais à son contenu. Dans l'équivalence concrète, on veut que l'obligation reçue soit effectivement de valeur égale à l'obligation fournie.

8. — Alors que l'équivalence abstraite doit être, en tout état de cause, respectée car elle constitue une qualité intrinsèque de la structure du contrat, l'équivalence concrète peut ne pas être exigée par le droit. C'est ce qui est le cas pour notre droit français. La formule de Fouillée reflète la pensée de l'époque selon laquelle les parties sont les mieux à même d'apprécier ce qui est bon pour eux. Le droit ne doit donc pas remédier, du moins, qu'à titre exceptionnel, au déséquilibre contractuel. Toute la difficulté tient donc à trouver la « subtile formule » qui permet d'aboutir à une solution dite « juste » dans notre hypothèse de déséquilibre économique, sans pour autant qu'elle altère des concepts, créés dans un contexte où justement la recherche de l'équivalence concrète n'était pas admise. Autrement dit, il s'agit de

⁸ V. par exemple, M. Abderlkader, op cit

déterminer dans quelle mesure il est possible de rétablir le déséquilibre contractuel procédant du déséquilibre économique existant entre les cocontractants.

9. — Le recours le plus significatif pour aboutir à l'équivalence concrète est sans nul doute celui qui fait appel à la théorie de la lésion. C'est le seul instrument juridique prévu par le droit napoléonien dont la finalité même est d'assurer l'équivalence concrète. La lésion est la stricte définition de l'inéquivalence concrète, c'est un écart entre une valeur (la valeur économique) et un prix (la valeur juridique) inscrit dans le contrat. Il est possible de trouver plusieurs dérivés de la théorie de la lésion, ce qui nous conduit à établir une distinction toute théorique entre les dérivés « classiques » (Titre I), et ceux plus « originaux » qui restent à l'état de proposition doctrinale (Titre II).

Titre I : L'utilisation de concepts classiques pour aboutir à l'équivalence concrète

10. — Ayant à l'esprit le principe de l'autonomie de la volonté, les rédacteurs du Code civil n'ont légitimement pas permis que le recours à la théorie de la lésion fut aisé. Les hypothèses légales sont plutôt rares et si certes, le législateur est intervenu par la suite pour allonger quelque peu la liste, son contenu reste anecdotique. Voulant rester fidèle en apparence à ce principe, les juridictions ont évité d'imposer de manière directe l'équivalence concrète (§1). Elles ont plutôt opté, avec moins de réussite que de succès – pour ne pas dire d'échec – pour des concepts permettant d'aboutir indirectement à l'équivalence concrète (§2).

§1. L'inopportunité des moyens directs pour sanctionner la lésion

11. — Il s'agit de s'intéresser plus précisément à la théorie de la lésion : à son fondement (A), puis à ses limites (B).

A. Le fondement de la lésion : le rétablissement de l'équivalence concrète

12. — Il résulte de la lettre de l'article 1104 C civ, que dans les contrats commutatifs, les équivalences sont appréciées de façon subjective et non objective, c'est à dire en fonction de l'appréciation faite par les parties des prestations réciproques prévues dans le contrat. Ainsi dans ce contrat à type de contrats onéreux, « *chacune des parties estime qu'elle reçoit toujours l'équivalent de ce qu'elle donne, par le simple fait qu'elle accomplit l'acte en tant qu'affaire*⁹ », puisque « *l'avantage que chacune des parties retire du contrat est susceptible d'être évalué par elles au moment de la conclusion de l'acte*¹⁰ ». C'est l'application directe du principe de l'autonomie de la volonté, tout ce qui est contractuel est juste, parce que les parties l'ont décidé ainsi. De fait, l'équivalence subjective posée par le Code est indifférente à l'équivalence objective. Dans cet esprit, Cambacérès, Portalis et Tronchet avaient raison de dire que la lésion dénature le concept de contrat commutatif. La théorie de l'équivalence subjective s'oppose, de principe, au recours à la théorie de la lésion et nous pouvons même aller jusqu'à dire que la simple onérosité, qui est établie dès lors qu'il n'y a pas intention libérale, devient le signe même de la commutativité, c'est-à-dire de l'équivalence.

13. — Sans aller jusque-là, on s'accorde à reconnaître que l'inéquivalence objective doit être raisonnable pour être tolérable, seule l'inéquivalence raisonnable se traduit par une équivalence subjective. On analyse ainsi la brèche prévue par les rédacteurs du Code civil qui admettent l'existence d'une inéquivalence concrète, qui ne peut résulter que d'une grande disproportion entre les prestations. Bigot-Préameneu déclarait que « *l'équité étant la base de tous les contrats, la loi a dû venir au secours de celui envers lequel le contrat devenait injuste en le soumettant à une lésion énorme*¹¹. » De fait, il n'y a pas à proprement parler de « *prix lésionnaire*¹² », comme il a été avancé à titre de critère d'abus de droit, concept sur lequel nous reviendrons¹³, mais il y a « des prix lésionnaires », situés au-dessus d'un seuil qui marque la grande disproportion. Exception à la règle de l'équivalence subjective, la théorie de la lésion connaît d'inévitables limites.

⁹ Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, th 1931

¹⁰ H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, t II 1966

¹¹ Bigot-Préameneu, *Loché*, t 12

¹² M.-A. Frison-Roche, *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1996, n°1 p 3

¹³ Cf § 112

B. Le recours limité à la théorie de la lésion

14. — Le caractère exceptionnel du recours à la théorie de la lésion est clairement indiqué par l'article 1118 C civ qui dispose : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section* ». Nous avons précédemment mis en avant la raison pour laquelle les rédacteurs du Code civil avaient très étroitement encadré son application, au nom du principe de l'autonomie de la volonté. Aujourd'hui, c'est davantage l'argument tiré de la sécurité juridique qui réfrène les ardeurs de ceux qui verraient bien le recours à la théorie de la lésion être généralisé. L'argumentation contemporaine des adversaires de la lésion donne, en effet, à l'idée de sécurité, une place de premier plan, par souci de réalisme. Tout contrat contient ce que M. Carbonnier appelle « *une dose licite de lésion*¹⁴ ». Exiger l'égalité parfaite sous peine de rescision du contrat conduirait à la ruine de la sécurité contractuelle. Le recours à l'idée de sécurité permet alors de se contenter de la simple équivalence abstraite – l'existence d'une cause dans le contrat, au même titre qu'un objet et un accord de volonté – et de sacrifier l'équivalence concrète, l'égalité dans le contenu du contrat. En contrepoint, il n'est *a fortiori* pas admis l'existence d'un principe de proportionnalité lors de la formation du contrat¹⁵.

15. — L'arrêt du 10 septembre 1997 de la Cour d'appel de Nancy¹⁶ illustre bien cette idée. Dans une espèce, où un bailleur voulait faire annuler le bail emphytéotique qu'il avait conclu avec un tiers. La Cour d'appel rappelle que le bail emphytéotique ne peut être rescindé pour lésion, sur le fondement de l'article 1118 C civ, dans la mesure où, d'une part, le bailleur ne fait pas partie des personnes protégées par ce mécanisme, n'étant notamment ni mineur ni incapable, et où d'autre part, ce contrat ne fait pas partie des conventions sujettes à rescision pour lésion. Le fait que la redevance payée par le preneur soit très faible, en l'espèce un franc symbolique par an, était donc inopérant, d'autant plus que la faiblesse de la redevance est l'une des caractéristiques du bail emphytéotique.

¹⁴ J. Carbonnier, *Flexible du droit*, LGDJ, 1969

¹⁵ V. à ce propos D. Mazeaud, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, PA 30 sept 1998 n°117

¹⁶ Nancy, 10 sept 1997 *Wehrung / Moissinat*, numéro juris-data 1997-056262

16. — Le recours à la théorie de la lésion, prévu par le Code civil, relève donc purement du domaine de l'opportunité ; il ne peut être admis que dans des conditions très particulières. Le législateur a choisi de l'autoriser dans le cas de la vente d'immeuble au profit du vendeur ou encore du partage. Dans le cadre des relations de dépendance économique qui nous occupe, l'équilibre contractuel peut devenir une fin en soi pour certains auteurs¹⁷. Néanmoins, combattre de front une idée-force du Code civil nous paraît trop délicat. Il nous faut donc écarter le recours à la théorie de la lésion pour rétablir l'équilibre contractuel souhaité. La doctrine, comme les juridictions, à de rares exceptions près – la réduction des honoraires de mandataires¹⁸ – ont suivi cette voie, puisqu'elles n'ont pas agi *contra legem*, en imposant ouvertement des exceptions à l'article 1118 C civ. On utilise donc des moyens détournés permettant d'assurer l'équivalence concrète, ce qui s'avère néanmoins dans la majorité des cas, assez inopportun.

§2. L'inopportunité des moyens indirects pour sanctionner la lésion

17. — Sans exiger du contrat d'être parfaitement équilibré dans son contenu, le droit peut cependant de façon indirecte assurer la réalisation de cet équilibre. Il en est ainsi toutes les fois que le juge, soit par la réduction de l'obligation excessive, soit encore par l'annulation du contrat ramenant les parties contractantes à leur point de départ, évite à l'une d'elles le préjudice résultant de la disproportion des obligations réciproques. Nous avons affirmé préalablement que le fondement de la lésion était de rétablir directement l'équivalence concrète. Dans le silence du Code civil, cette question a prêté à discussion, ainsi deux écoles se sont opposées délivrant une conception dite « objective » de la lésion et une conception dite « subjective ». Les partisans de la première voyaient dans le noyau matériel de la lésion la consécration de la théorie objective de la lésion, les autres interprétaient ce silence dans le sens d'une présomption de vice du consentement. La première école fait appel à la théorie de la cause objective (B) pour sanctionner la lésion, la seconde aura recours à la théorie des vices du consentement (A). La jurisprudence fait de façon contestable application de ces deux concepts pour rééquilibrer le contrat dans les situations de dépendance et de puissance

¹⁷ V. C. Fin-Linger, *L'équilibre contractuel*, thèse 2001

¹⁸ cf § 32

économique. Nous aborderons ensuite, le cas spécifique du recours à la cause « efficiente » comme mécanisme de sanction de la lésion (C) qui se trouve être également très discutable.

A. L'inopportunité du recours à la théorie des vices du consentement

18. — La conception subjective de la lésion a montré ses limites, de par son fondement (1), elle pose le problème de l'altération des notions de vices du consentement (2). Ses limites sont également liées à la nature même de la théorie des vices du consentement (3).

1. Les limites relatives au fondement même de la conception subjective

19. — La théorie subjective est celle qui se propose de rechercher le fondement de la lésion dans l'état de la personne qui en est victime. Sans doute ne méconnaît-elle pas le fait que la lésion est immédiatement perçue comme un dommage résultant d'une disproportion entre la prestation que fournit le lésé et celle qu'il reçoit de son cocontractant. Elle considère cependant comme trop superficielle l'analyse qui se limite à ce seul aspect matériel. Ainsi, ses partisans¹⁹ considèrent que la lésion ne s'explique que par l'existence d'un consentement vicié. La théorie des vices du consentement contribuerait alors directement à la réalisation de l'équivalence concrète. C'est parce que la volonté a été viciée, que l'équivalence concrète n'est pas atteinte et qu'ainsi peut être écarté le principe de l'équivalence subjective. Les partisans n'envisagent pas d'autres hypothèses parce qu'ils partent du principe que les parties sont à même d'apprécier ce qui est le mieux pour elles. Mais la conception subjective de la notion de lésion pose plusieurs difficultés, d'ordre théorique et pratique.

20. — L'écueil principal de la conception subjective de la lésion est qu'elle méconnaît avant tout la nature même de la lésion qui est un fait matériel de disproportion, une différence entre la valeur économique et le prix. Or la conception subjective de la lésion souhaite faire de la volonté le critère d'équivalence alors que la lésion procède avant tout d'une disproportion

¹⁹ V. par exemple J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, t 1, La notion d'équivalence en matière contractuelle*, th 1920

entre le *quantum* des prestations. C'est ce passage du qualitatif au quantitatif qui paraît difficile. La caractéristique de la lésion est de ne pas être la cause directe du vice du consentement. Alors que l'erreur, le dol et la violence agissent directement sur la volonté et constituent la cause directe du vice, la lésion n'est que la forme passive de celui-ci, parce qu'elle ne représente que le dommage consécutif au vice du consentement. C'est pourquoi on ne peut la saisir qu'à travers le concept de résultat. En tant que résultat quantifiable, la lésion exige la mesure de ce résultat, du déséquilibre anormal des prestations. En somme, comme l'affirme M Lalou²⁰, si la lésion « *se présente théoriquement comme un vice de consentement, pratiquement, elle n'a pas ce caractère, puisqu'elle consiste dans le défaut d'équivalence des prestations. Si ce défaut d'équivalence atteint la disproportion exigée par la loi, la rescision est encourue, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des circonstances dans lesquelles le vendeur a donné son consentement.* ». Il est ainsi inéluctable que dans la pratique, le critère quantitatif reprenne le dessus sur le critère qualitatif. L'écart entre la valeur et le prix fera présumer le caractère vicié du consentement, car il est plus aisé de démontrer un écart de valeur que de se livrer à une introspection du contractant lésé. Dans son application, le fondement de la conception subjective est ainsi altéré. Nous retrouverons ce même problème dans la théorie de la lésion qualifiée²¹ ou encore du vice-lésion²². Mais à cette difficulté, s'ajoute celle de l'altération des notions de vice du consentement.

2. L'altération des notions de vice du consentement

21. — La conception subjective utilise des concepts juridiques, l'erreur, le dol, la violence pour les identifier à la lésion. Or le but fondamental de la théorie des vices du consentement reste la protection de la volonté des contractants. Utiliser cette théorie à une autre fin condamne nécessairement ses auteurs à étendre les domaines des vices. La jurisprudence a ainsi élargi le champ d'application des vices du consentement, en acceptant le dol incident, en déterminant le caractère substantiel de l'erreur à partir du constat du déséquilibre objectif ou encore en admettant la contrainte morale. Cette dernière extension mérite notre attention, dans notre hypothèse de déséquilibre contractuel procédant d'une dissymétrie de puissance

²⁰ Laloue, note sous Paris 25 avril 1928 D. S. 1928

²¹ cf § 43

²² cf § 23

économique. Dans un arrêt du 19 février 1988, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence²³ a considéré que l'état de nécessité et de dépendance économique constitue le vice de violence morale. Mais c'est surtout l'affaire *Audi NSU* qui demeure célèbre. Selon la Cour d'appel de Paris, le concessionnaire a subi comme une nécessité, « *pour échapper au mal considérable que représentait pour lui la fermeture immédiate de son entreprise* », la nouvelle convention que lui imposait, « *en abusant de sa force économique* », le concédant²⁴. Cette décision a été cassée par la Haute Juridiction. Nous aurions pu penser que la contrainte économique ne pouvait constituer le vice de violence, mais en réalité, les termes de l'arrêt de la Cour de cassation n'écartaient pas l'hypothèse : « (...) *en déduisant de ces seules énonciations l'existence des éléments caractérisant le vice de violence sans préciser en quoi les agissements (du concédant) étaient illégitimes, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* ». La Cour de cassation n'exclut pas, par principe, que la contrainte économique puisse constituer le vice de violence, elle reproche simplement aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé, en l'espèce, l'illégitimité de la contrainte économique.

22. — En contemplation de ces décisions, l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2000²⁵ est un prolongement de la jurisprudence rapportée, et cette décision est sans doute la plus nette quant à la nature juridique de la contrainte économique : « *La transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et (...) la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* ». L'espèce était particulière car il s'agissait de faire annuler une transaction, domaine dans lequel le Code civil rappelle expressément, à l'article 2052, que la lésion ne peut atteindre l'accord passé. Le requérant avait signé cette transaction à la suite d'un sinistre mais il s'avéra que le montant offert par l'assureur était inférieur au préjudice réel. La Cour de cassation a contourné l'article 2052 C civ, alors même qu'on ne pouvait établir que le consentement de la victime était à proprement « vicié » par la contrainte économique, au sens où l'entend le Code civil. Néanmoins, il semble que la Cour de cassation soit revenue quelque peu sur son appréciation extensive du vice de violence, puisque dans un arrêt du 3 avril 2002²⁶, la Haute-Cour rappelle que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal, menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son

²³ Aix-en-Provence, 19 févr 1988, RTD civ 1989, p 535, obs J. Mestre

²⁴ Paris, 27 sept 1977, D 1978 p 690, note H. Souleau ; Gaz Pal 1978, 1, p 110, note J. Guyénot ; RTD com 1978, p 595, obs J. Hémar.

²⁵ Cass civ 1^{ère} 30 mai 2000, *Deparis c. Assurances Mutuelles de France « Groupe Azur »*, JCP 2000, II 10461, note G. Loiseau, D 2000, Jur, p 879 et s., note J.-P. Chazal.

²⁶ Cass civ 1^{ère}, 3 avr. 2002, *société Larousse-Bordas c/ Sobotka-Kannas*, numéro juris-data 2002-013787

consentement. En l'espèce, il s'agissait de la cession de droits sur un dictionnaire par une employée, ultérieurement licenciée, à sa propre société Larousse. La Cour de cassation a retenu que la Cour d'appel n'avait pas constaté que lors de la cession, la demanderesse était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait exploité auprès d'elle cette circonstance pour la convaincre de procéder à la cession.

23. — Le problème de l'altération des concepts de vices de consentement est depuis bien longtemps compris des partisans de la théorie subjective de la lésion. Certains ont proposé un palliatif. Partant du principe que l'atteinte à la volonté revêt plusieurs aspects et ne se limite pas aux vices bien connus du consentement, les partisans de la conception subjective ont alors envisagé la lésion comme un vice propre du consentement. Ce dernier avait tous les caractères de l'état de nécessité : Une situation de contrainte extra-humaine par rapport à son contractant pouvait vicier le consentement du lésé. Ce vice fut baptisé de « *vice-lésion* », selon l'expression de Baudry-Lacantinerie²⁷ : « *un vice spécial du consentement inhérent à la constitution même du contrat et contemporain de sa formation, de même que l'erreur, la violence ou le dol* ». Mais le recours à ce vice-lésion ne résout pas la difficulté, et reflète à nouveau la faiblesse du raisonnement de la conception subjective de la lésion que nous avons développée précédemment²⁸. Elle omet le caractère fondamental de la lésion, à savoir la disproportion entre une valeur et un prix. Enfin, cette voie jurisprudentielle pose des problèmes liés à sa nature, et donc du moment de son appréciation et des conséquences de sa sanction.

3. Les limites liées à la nature même de la théorie des vices du consentement

24. — Le vice de consentement est un vice de formation. Ainsi son existence s'apprécie au moment de la conclusion du contrat, ce qui pose le problème de la preuve. Nous pouvons, pour illustrer notre propos, reprendre l'exemple de la contrainte économique assimilée à un vice de violence. Cette contrainte est bien difficile à démontrer. Ainsi selon M. Nourissat²⁹ « *La contrainte, et singulièrement l'éventuelle contrainte économique paraît (...) diffuse,*

²⁷ Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t 3 1925

²⁸ Cf § 20

²⁹ C. Nourissat, article précité

subtile ou versatile. Les circonstances économiques postérieures défavorables, sont-elles des éléments d'appréciation recevables ? Que déduire de la déconfiture ultérieure de l'entreprise en position de faiblesse, d'un déréférencement, (...) d'une rupture des relations commerciales? (...) » . La contrainte économique est toujours traitée comme un élément de fait, et un élément de fait parmi d'autres³⁰. C'est en situation de faiblesse que l'agent économique a adhéré au contrat litigieux, mais il n'empêche que son consentement reste éclairé. Il n'est pas à proprement « extorqué par violence » du moins, si cela était néanmoins le cas, cela ne peut résulter seulement que de la contrainte économique. Corrélativement, le problème de l'utilisation de la théorie des vices du consentement tient également au fait qu'elle entraîne la nullité du contrat et donc son anéantissement rétroactif. Le résultat est bien différent de l'hypothèse d'une résiliation d'un contrat à exécution successive, sanction offerte si on applique la théorie de l'abus dans la fixation du prix par exemple.

25. — La théorie des vices du consentement est le premier exemple que nous citons, révélateur de cette tendance de la jurisprudence française qui consiste, dans le domaine des inégalités de puissance économique à favoriser, sans le dire officiellement, la partie économiquement faible pour rétablir l'équivalence concrète. Elle fait preuve de ce que les auteurs appellent « l'équité subjective³¹ ». L'équité subjective pose deux séries de problèmes. D'abord, des problèmes de principe, puisqu'il permet au juge de discriminer de son propre chef, sans contrôle possible de la Cour de cassation. Ensuite et dans la lignée de la première critique, l'équité subjective pose un problème technique qui est celui de la cohérence du droit et de l'efficacité de la protection conférée. Le juge aura tendance à altérer les notions classiques du droit sans en indiquer la véritable raison. L'arrêt du 30 mai 2000³², en ce qui concerne la violence économique, est tout à fait révélateur. Nous allons démontrer, de même, les limites de la conception objective de la lésion qui fait appel à la théorie de la cause objective pour rétablir le déséquilibre économique.

³⁰ En ce sens, cf Paris 21 févr 1989, RTD Civ 1989, p 536 obs J. Mestre

³¹ V. par exemple J.-P. Chazal, op cit

³² Cass civ 1^{ère} 30 mai 2000, précité

B. Les limites du recours à la théorie de la cause objective

26. — Nous ferons dans un premier temps une présentation de la théorie (1), pour en déterminer les limites (2), et constater enfin son application dans la jurisprudence (3).

1. Présentation de la théorie

27. — Selon l'opinion générale, la conception objective est celle qui détermine la nature juridique de la lésion en se fondant sur le seul déséquilibre matériel entre les prestations réciproques du contrat. Dans cette conception, la lésion attaque la substance du contrat. Elle est un vice objectif du contrat en ce sens que la disproportion entre les prestations réciproques du contrat constitue par elle-même le vice qui atteint le contrat. Telle est la conception qui l'a finalement emportée devant la Cour de cassation : « *la lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance*³³ ». Mais, comme le souligne M. Abdelkader³⁴ dans sa thèse : « *les tenants de la conception objective ne se contentent pas d'arguments sur la nature intrinsèquement objective de la lésion. Ils ressentent la nécessité de passer de la constatation toute matérielle de la notion à sa traduction juridique. La notion de cause leur paraît alors la plus appropriée pour rendre compte du fondement juridique de la lésion.* ».

28. — La cause qui fonde la lésion est celle qui est associée à la valeur d'échange. Considérée comme l'élément économique du contrat qui définit l'obligation en quantité, elle est conçue de façon matérielle ou objective. C'est pourquoi, elle ne peut avoir de lien qu'avec l'objet et demeure radicalement extérieure à la volonté, celle-ci ayant trait non à la quantité mais à la qualité de l'obligation. Exprimant une quantité, la cause connaît deux sortes d'atteintes, celle de ne pas exister et celle d'être insuffisante. La condition d'existence est liée à la condition d'équivalence abstraite, dont nous avons précédemment donné la définition³⁵.

³³ Req, 28 déc 1932 ; D 1933, 1 p 87 Rapport P. Dumas

³⁴ M. Abdelkader op cit

³⁵ cf § 7

Sans cause, la structure du contrat est atteinte, le droit sanctionne cette absence par la nullité absolue. En ce sens, telle est la lecture que nous faisons de l'article 1131 C civ. Ainsi la cause objective résulte d'un « *principe de justice élémentaire que dans le commerce juridique à titre onéreux, il n'est pas admissible que l'on reçoive sans rien donner*³⁶ ». Mais corrélativement, il suffit que la contre-prestation existe réellement pour qu'elle soit considérée comme équivalente à la prestation fournie, abstraction faite de leur proportion concrète respective.

29. — A côté de cette condition d'existence de la cause, la théorie objective de la lésion impose une condition de suffisance, appréciée de façon quantitative et non qualitative. La lésion apparaît alors comme une application particulière de la théorie de la cause « insuffisante », elle fournit l'explication de la nature juridique de la lésion : « *La lésion n'est qu'une révélation de la cause insuffisante, dans des cas où, exceptionnellement, cette insuffisance peut être fixée avec précision*³⁷ ». Tel est le fondement juridique capable de justifier la dénonciation du contrat lésionnaire par le lésé. Il reste à définir la notion de cause insuffisante et là, est toute la limite du raisonnement des tenants de la conception objective de la lésion.

2. Les limites du recours à la théorie de la cause insuffisante

30. — Les partisans de cette conception reconnaissent que le *quantum* de l'obligation ne peut être minutieusement adéquat à la valeur objective de la cause qui peut être rigoureusement exprimée. « *Admettre le contraire, c'est méconnaître une des expériences les plus banales de l'économie politique, relative au jeu du marché qui fait que, en raison de la loi de l'offre et de la demande, le prix ne coïncide pratiquement jamais, à court terme, avec la valeur*³⁸ ». En conséquence, un contrat qui contient une disproportion entre les prestations réciproques, dépassant la limite des atteintes tolérables au principe d'équivalence, devra être corrigé ou annulé sur la base de la cause insuffisante. Ce sont uniquement ces atteintes intolérables qui seront sanctionnées car on reconnaît que le *quantum* de l'obligation ne peut être

³⁶ *ibid*

³⁷ Louis-Lucas (P) *Lésion et contrat*, Sirey 1926

³⁸ M. Abdelkader, *op cit*

« *minutieusement adéquat à la valeur objective de la cause qui peut être rigoureusement exprimée*³⁹ ».

31. — Pour définir la notion de l'intolérable, on est alors obligé d'introduire des éléments d'ordre qualitatif, comme le besoin et la rareté pour définir la valeur d'échange. La théorie de la cause insuffisante va ainsi justifier l'exigence d'un principe de proportionnalité entre la rémunération et la prestation fournie. Il s'agit alors de tenir compte de l'équivalence concrète et donc d'inclure des éléments subjectifs dans l'appréciation de la cause objective. Aujourd'hui, les partisans de cette théorie classique l'admettent mais limitent la portée de ce défaut : « *Si l'examen de proportionnalité connaît une part indéniable de subjectivité, il n'en suppose pas moins une méthode objective par les critères retenus*⁴⁰ ». Il n'empêche, que du point de vue de la logique, c'est assez contestable.

32. — Les juridictions ont admis implicitement qu'il était difficile d'utiliser la théorie de la cause insuffisante pour sanctionner le déséquilibre économique. Elles préfèrent d'ailleurs rendre leur décision sur le fondement de l'erreur sur la substance quand la prestation promise est de nature corporelle. Néanmoins, ce fondement ne peut être utilisé pour les choses incorporelles, car l'erreur sur la substance s'entend de celle qui porte sur la matière même dont la chose est composée, et plus généralement de celle qui a trait aux qualités substantielles (authenticité, origine, utilisation) en considération desquelles les parties ont contracté. Ainsi, si un temps, les juridictions ont réduit les honoraires excessifs d'avocat sur le motif de la cause insuffisante⁴¹, puis abandonnée cette idée pour les raisons invoquées, aujourd'hui, elles ne font pas plus référence à une erreur sur la substance. L'arrêt rendu par la Cour de cassation, du 24 septembre 2002⁴² a produit un arrêt sans fondement dans l'hypothèse de réduction des honoraires d'un mandataire dans le cadre d'une cession d'actions, solution qui n'est pas exempt de reproches. Mis à part cette hypothèse, les juridictions vont plutôt chercher à invoquer l'absence de cause et ainsi établir la rupture d'équivalence abstraite, qui est de facto sanctionnée par le droit. Mais, dans une perspective d'équivalence concrète, c'est à dire de

³⁹ *ibid*

⁴⁰ C. Nourissat, article précité

⁴¹ V. Par ex Paris 3 avril 1873, DP 73.2.99

⁴² Com, 24 sept 2002 *Lemontey c/ Renard-Payen* : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les modalités de calcul de la rémunération de la société Transcom étaient conformes aux stipulations contractuelles : que c'est sans inverser la charge de la preuve qu'elle a énoncé qu'il appartenait à M. Dubois de démontrer en quoi la rémunération convenue, acceptée par lui, serait abusive et procurerait un avantage excessif à la société Transcom ; qu'elle a estimé souverainement que cette preuve n'était pas établie...* »

rééquilibrage du contrat, le but est de lutter contre la disproportion et non l'absence de cause. Toute la difficulté tient donc à faire assimiler la cause insuffisante à l'absence de cause.

3. L'assimilation de la cause insuffisante à l'absence de cause

33. — Dans notre hypothèse de situation de puissance économique, l'exemple des contrats de franchise est révélateur. Les franchisés souhaitent démontrer l'absence de savoir-faire au soutien d'une action en annulation du contrat de franchise. Mais cette démarche est illogique lorsqu'il s'agit de faire assimiler à une absence de cause, la simple insuffisance de cause, c'est en dire en l'espèce, la carence du savoir-faire transmis. En effet, sur le terrain de la cause abstraite, fondement sur lequel se place le requérant, la cause existe, même si elle est, sur un plan quantitatif, insuffisante, au sens de l'article 1131 C civ. Sous-entendre à la fois que si la cause existe, la condition posée par l'article 1131 C civ est remplie, et que si la cause est insuffisante, elle produit une rupture d'équivalence abstraite, c'est exprimer tout et son contraire. Bien entendu, il convient de distinguer cette situation des hypothèses où il y a une véritable absence de cause, en raison du caractère dérisoire du savoir-faire et non pas simplement insuffisant. L'annulation du contrat sur ce fondement est alors justifiée. Ainsi, dans un arrêt du 27 novembre 2001⁴³, la Cour d'appel de Montpellier a constaté, à juste titre, que le seul fait de placer la marchandise offerte à la vente en piles, en tas ou sur des palettes, même s'il s'agissait de bouteilles de vin, ne pouvait être considéré comme un savoir-faire spécifique et original issu d'une expérience particulière, et différent d'une simple technique de vente qu'un commerçant pouvait trouver seul.

34. — Mais s'il est des hypothèses où le caractère dérisoire de la cause est logiquement assimilé à une absence de cause, il est d'autres situations où la jurisprudence admet de façon contestable l'absence d'un savoir-faire. Nous en revenons donc à la situation où insidieusement, les juges assimilent la cause insuffisante à l'absence de cause pour sanctionner la lésion à la demande des requérants. Cette situation est particulièrement manifeste quand les franchisés n'engagent l'action que bien des années plus tard, après la

⁴³Montpellier, 27 Nov 2001, *SARL EDV Développement entrepôt du vin/ SARL Trilogi* n° juris datata 2001-176699

conclusion du contrat de franchise. Ainsi dans un arrêt du 14 avril 1995⁴⁴, la Cour d'appel de Paris constate que « *considérant que l'action en nullité a été intentée quatre années après la signature du contrat de franchise ; qu'elle se prescrivait par cinq ans selon l'article 1304 C civ*⁴⁵, *que la société Phonepermanence est la dernière qui puisse reprocher aux intimés d'avoir par trop attendu pour réaliser qu'ils avaient été grugés et qu'elle ne leur apportait pratiquement rien en contrepartie de son engagement rémunérateur pour elle seule qu'ils avaient souscrit, que la société Phonepermanence ne peut davantage reprocher aux intimés de n'avoir pas usé de la faculté de résiliation sans indemnité que leur ouvrait jusqu'au 1^{er} janvier 1988 l'article 6 du contrat de franchise, qu'un aussi court délai (tout de même cinq mois) ne pouvait permettre au franchisé de se rendre compte d'une absence de contrepartie de son engagement qui ne pouvait se révéler qu'à l'usage* ». On peut contester cette solution, car si vraiment la cause était dérisoire, au point d'être considérée comme absente, les requérants n'auraient pas attendu quatre ans. On ne demande pas en principe au savoir-faire du franchiseur de s'avérer efficace et contribuer à l'enrichissement du franchisé, on lui demande simplement d'exister, au moment de la conclusion du contrat. En réalité dans l'espèce présentée, la cause n'était pas absente mais insuffisante, et la Cour a permis de sanctionner la lésion pour des raisons d'opportunité. La solution au fond peut s'expliquer par le fait que le caractère lésionnaire du contrat semblait résulter de l'existence d'une dépendance économique entre le franchiseur et son franchisé. Néanmoins, au-delà de la question de l'opportunité ou non de la solution rendue, nous pouvons considérer que la Cour d'appel n'a pas valablement justifié sa solution.

35. — Cette espèce précitée est également révélatrice d'une difficulté d'ordre pratique, celle de la preuve, que nous avons précédemment relevée dans l'hypothèse de l'assimilation de la contrainte économique au vice de violence⁴⁶. A nouveau se pose le problème de l'importance à donner aux conséquences néfastes du contrat pour la partie économiquement faible dans l'appréciation de la cause, qui doit se faire théoriquement au jour de la conclusion du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 17 juillet 1996⁴⁷, la Cour de cassation rappelle que « *l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite* ». La Cour d'appel, qui

⁴⁴ Paris, vendredi 14 Avril 1995, *sté phonepermanence / Lebreton*, n°juris-data1995-021571

⁴⁵ « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par un loi particulière, cette action dure cinq ans.* » En contrepoint, la référence à l'article 1304 C civ al 1 est contestable car l'absence de cause devrait selon nous être sanctionnée par la nullité absolue et non la nullité relative.

⁴⁶ Cf § 24

⁴⁷ Cass, civ 3ème, Saizou / SCI 120 avenue du général Leclerc, juris data n° 1996-003223

s'était fondée sur des faits postérieurs, avait ainsi violé l'article 1131 du C civ. Dans cette espèce, le bailleur souhaitait faire partir son locataire commerçant contre une indemnité. Mais son montant, évalué à partir du coût du déménagement et de la perte de clientèle, s'avéra vingt fois supérieur au préjudice réellement subi par le commerçant qui avait pu se réinstaller non loin dans la zone d'achalandage. L'intransigeance de la Cour de cassation tenait au fait que les parties n'étaient, ni en situation de dissymétrie de puissance économique, ni *a fortiori* en situation de dépendance économique. Il s'agissait d'un simple accord de résiliation de bail. Les motifs qui avaient guidé la solution des juges de la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt précité du 4 avril 1995⁴⁸, ne pouvaient permettre d'aboutir à une solution différente dans l'hypothèse du contrat de bail. Corrélativement, le recours à la théorie de la cause pose le problème de la sanction. En principe la sanction est la nullité du contrat et non sa résolution, à moins qu'elle n'ait disparu pendant la période d'exécution du contrat. Inévitablement, se pose donc le problème des restitutions.

36. — Nous en revenons donc à ce que nous avons dit précédemment⁴⁹, le juge a recours à l'équité subjective, sans le dire, il utilise des concepts détournés de leur finalité pour arriver au but recherché. « *L'existence de la cause comme condition de la naissance de l'obligation est un système de protection individuelle dans une pensée d'équité*⁵⁰ ». Si on s'en tenait à une stricte appréciation de la cause abstraite, il suffirait de s'appuyer sur l'article 1131 C Civ, et non sur un principe d'équité pour justifier l'annulation du contrat. Néanmoins l'assimilation de l'inéquivalence concrète à une absence de cause peut se voir justifier selon les auteurs par le fait que « *dans les actes à titre onéreux, qui sont par définition des actes intéressés, l'obligation perd toute raison d'être en l'absence de contrepartie sérieuse*⁵¹ ». Nous n'adhérons cependant pas à cette thèse, car l'utilisation de la théorie de la cause quand la prestation n'est pas « sérieuse », à défaut d'être « dérisoire », ne permet pas d'expliquer pourquoi il est fait échec aux dispositions de l'article 1118 C civ, remettant ainsi en cause le caractère exceptionnel de la lésion. L'utilisation de la cause objective devrait selon nous se cantonner aux hypothèses où la prestation est vraiment dérisoire et pas simplement disproportionnée. Dans les autres situations, quand par exemple le dommage résulte d'une

⁴⁸ Cf § 34

⁴⁹ Cf § 25

⁵⁰ J. Maury, *Eyclcl. Dalloz, Rép. Dr. civ*, V° Cause, n°5 ; rappr; *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. 1, La notion d'équivalence en matière contractuelle, th Toulouse, 1920.

⁵¹ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Le contrat : la formation*, LGDJ

situation de dépendance économique, il convient de recourir à d'autres concepts juridiques pour valider les solutions d'équité.

37. — En contrepoint, l'utilisation de la théorie de la cause objective pour remédier indirectement à l'inéquivalence concrète ne pourra être que de faible utilité. Hormis le cas particulier du contrat de transmission de savoir-faire, domaine de l'incorporel, la prestation est très rarement dérisoire au point de voir le contrat être annulé sur le terrain de la cause objective. Il faut donc bien envisager d'autres moyens pour protéger la partie économiquement faible. La jurisprudence a bien senti cette limite puisqu'elle a eu recours, de façon encore plus contestable, à la théorie de la cause efficiente pour imposer l'équivalence concrète des prestations.

C. Les limites du recours à la théorie de la cause efficiente

38. — La théorie de la cause efficiente a été proposée initialement par M. Reigné⁵². Il définit la cause efficiente comme « *le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres, l'absence de cause se traduisant par l'impossibilité pour les parties d'atteindre ce but contractuel* ». Cette théorie est intéressante dans la perspective du traitement des ensembles contractuels. Néanmoins, nous la trouvons contestable sur le plan des principes, et dangereuse pour la sécurité juridique, car aisément détournée de sa finalité, comme nous le montre l'arrêt *DPM* de la Cour de cassation du 3 juillet 1996⁵³. Dans cet arrêt, un couple avait loué, en vue de la création d'un vidéoclub, deux cents vidéocassettes pour une durée de huit mois et moyennant le versement d'une somme de 40.000 francs. Ayant demandé en justice le paiement de cette somme, la société propriétaire des cassettes, fut déboutée et le contrat annulé pour défaut de cause. La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir estimé que : « *La cause mobile déterminant de l'engagement des époux, était la diffusion certaines des cassettes auprès de leur clientèle* », que cette exploitation « *était vouée à l'échec dans une agglomération de 1314 habitants* », et que « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties étaient impossibles* ». Le

⁵² Ph Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat*, th 1993

⁵³ Cass civ 1^{ère}, 3 juill 1996, *Société nouvelle DPM c. Mme Piller et Maître Bernard*, Bull civ I n°286 ; D 1997 jur p 500 et s, note Ph Reigné, RJDA 1996 n°1431, JCP 1997, I, 4015 obs F. Labarthe, RTD civ 1996 p 903, obs J. Mestre

pourvoi faisait valoir à juste titre, d'une part, que la cause de l'engagement des époux était la mise à leur disposition de cassettes vidéo, et d'autre part, que les mobiles déterminants ne peuvent constituer la cause du contrat car les motifs propres aux époux n'étaient pas entrés dans le champ contractuel. On peut en effet discuter sur la technique déployée par la Haute-Juridiction et l'opportunité même de sa solution.

39. — Il est tout d'abord remarquable que la Cour de cassation, appliquant la théorie de la cause efficiente, retienne que les mobiles sont entrés d'autorité dans le champ contractuel alors même qu'il n'y avait aucun accord spécifique entre les parties à ce sujet. M. Reigné⁵⁴ d'ailleurs n'avait pas manqué d'appuyer sur la nécessité d'un accord sur ce point entre les cocontractants. Mais au-delà de cette critique, c'est le fondement même de la théorie de la cause efficiente que nous contestons. Selon nous, le raisonnement est difficile à asseoir. En retenant que la cause du contrat était « *la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce* », la Cour de cassation utilise le mobile, élément subjectif par excellence, pour prononcer l'absence de cause. Or comme nous l'avons vu précédemment, cette question relève exclusivement de l'appréciation objective, puisque nous nous situons sur le terrain de l'équivalence abstraite qui impose au contrat, d'avoir une cause, quelle qu'elle soit. Par le biais de l'équivalence abstraite, la Cour de cassation veut rétablir une certaine équivalence concrète, qui est d'autant plus contestable, qu'elle est évaluée uniquement à partir des motifs ! De cette constatation, nous tirons notre second argument en défaveur de la solution rendue par l'arrêt.

40. — Selon nous, intégrer les mobiles propres aux parties dans le cadre de l'équivalence concrète revient à méconnaître le caractère spéculatif du contrat commutatif. Dans un contrat à titre onéreux, le mobile ne peut être que la recherche d'un profit, mais pour autant, il n'est pas permis de penser que les parties aient envisagé une rentabilité garantie. Lors de la conclusion du contrat commutatif, chaque partie doit accepter une dose d'aléa, même si celui ne constitue pas un élément juridique du contrat, comme dans les contrats aléatoires⁵⁵. La solution rendue est donc particulièrement dangereuse pour la sécurité juridique. En cela, nous rejoignons bon nombre d'auteurs. Ainsi, à propos de l'arrêt *Chronopost*⁵⁶ du 22 octobre 1993,

⁵⁴ Ph. Reigné, op cit

⁵⁵ Pour davantage de développements, cf § 115

⁵⁶ Cass com 22 oct 1996, *SA Bancheureau c/ Sté Chronopost* : Bull civ IV p 220 n°258, CCC 1997, n°24, comm L. Leveneur ; D 1997 jur p 121 et s, note A. Sériaux, RTD civ 1997 p 418 et s, obs J. Mestre, JCP 1997 éd G I 4002, n°1 obs M. Fabre-Magnan.

qui avait suivi l'arrêt *DPM*, Monsieur Sériaux indique : « *Introduire au sein de cet équilibre, comme le fait la Cour de cassation les enjeux économiques personnels à chaque utilisateur, revient en réalité à disqualifier l'opération en une assurance tous risques, même ceux dont on ignore tout, qu'il n'est ni juste, ni même simplement utile de faire supporter à Chronopost. Voudrait-on faire de ce service le garant de la réussite économique tous azimuts de sa clientèle*⁵⁷ ? ». On pourra également citer le Doyen Carbonnier : « *le danger qui guette cette conception de la cause-contrepartie, c'est qu'on en vienne à exiger que la contrepartie soit une équivalence, qu'elle ait une valeur égale à la prestation dont elle est le contrepoids, alors que la lésion, défaut d'équivalence, n'autorise pas, en théorie générale, l'annulation des conventions*⁵⁸ ».

41. — La théorie de la cause efficiente n'a pas été utilisée dans notre hypothèse de dépendance économique entre agents cocontractants. Il nous a paru néanmoins intéressant de la traiter car nous trouvons que ses percepts trouvent un écho chez une partie de la doctrine, dans l'appréciation qu'elle émet de la notion d'abus de droit. Nous reviendrons sur ce point largement⁵⁹, mais avant cela, il convient de s'intéresser aux propositions doctrinales émises sur le terrain du rétablissement de l'équivalence concrète.

Titre II : L'utilisation de recours originaux pour établir l'équivalence concrète

42. — Quelques auteurs ont eu une approche particulière de la lésion qu'il nous a paru intéressant de relater puis de commenter, qu'il s'agisse du recours à la théorie de la lésion qualifiée (§1) ou encore de la prise en compte de la lésion comme dommage, générateur de responsabilité (§2)

⁵⁷ A. Sériaux, D 1997 p 122

⁵⁸ J. Carbonnier, *Les obligations*, Thémis, droit privé, PUF 1998

⁵⁹ Cf § 115

§1. Le recours à la théorie de la lésion qualifiée

43. — Face aux difficultés posées par le recours à une conception objective ou subjective de la lésion, une partie de la doctrine⁶⁰ a récemment plaidé pour que le droit français prenne exemple sur le droit allemand qui dans son § 138 BGB dispose : « *Est nul tout acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs*⁶¹. *Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne, en exploitant le besoin, l'inexpérience, le défaut de capacité de jugement, ou les importantes faiblesses de la volonté d'autrui, se fait promettre ou accorder à elle-même ou à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux qui sont par rapport à cette prestation dans une disproportion flagrante*⁶². » La question de l'adoption par les juridictions françaises « d'une théorie de la lésion qualifiée » a été soulevée depuis bien longtemps en droit français. Dès 1920, une proposition de loi, connue sous le nom de proposition de loi Guipal et Dupin, a été déposée pour consacrer l'admission générale de la lésion aussi bien en matière immobilière que mobilière⁶³. Ce texte qui devait compléter l'article 1118 C civ disposait que « *la lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résulte est énorme et a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé* »⁶⁴. Cette proposition a été soutenue par la grande majorité de la doctrine, ainsi Ripert écrivait : « *l'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat mais la preuve qu'il existe une autre cause de nullité : l'exploitation de l'un des contractants par l'autre*⁶⁵ ». Cette théorie de la lésion qualifiée, appelée également théorie de l'exploitation, subordonne en principe la nullité de l'acte pour cause de lésion à plusieurs conditions qu'il convient de reprendre (A), avant de pouvoir faire une appréciation sur son bien fondé (B)

⁶⁰ V par ex F.-X. Licari *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Litec, 2002, J-P Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th 1996

⁶¹ la bonne mœurs étant l'atteinte à l'autonomie décisionnelle

⁶² D'autres droits ont recours également au mécanisme de la lésion qualifiée : le Québec, les Pays-Bas et en Suisse : le Code des obligations dispose à l'article 21 : « *en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience* ».

⁶³ cf. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1921, p 216 s

⁶⁴ Proposition Guipal et Dupin, déposée sur le bureau de la Chambre des députés le 20 juin 1920

⁶⁵G. Ripert *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°46

A. Les conditions du recours à la théorie de la lésion qualifiée

44. — Les conditions sont la démonstration d'un état de nécessité (1), une condition d'exploitation de cet état de nécessité (2) et une disproportion manifeste des prestations (3).

1. La condition préalable : l'état de nécessité

45. — La jurisprudence allemande s'est intéressée au lésé sous l'angle de l'état de nécessité, entre autres, mais nous n'aborderons pas les autres cas, puisqu'ils sont relativement éloignés de notre hypothèse de travail, à savoir le déséquilibre économique entre les cocontractants. La jurisprudence allemande définit le besoin comme « *un pressant état de nécessité compromettant les moyens d'existence économique* ». La victime de la lésion n'a pas besoin d'établir qu'elle a manqué totalement de ressources. Il suffit qu'elle apporte la preuve d'une gêne financière, d'un impérieux besoin de crédit ou d'embaras pécuniaire momentané. Tel qu'elle est envisagée, la situation constitutive d'un état de nécessité est très fuyante. Et c'est l'un des premiers inconvénients de cette théorie qui impose pourtant cette condition préalable. Ce handicap de départ ne doit pas être sous-estimé. Le caractère vague de ce critère va permettre à la jurisprudence allemande de l'écarter peu à peu de son syllogisme, au profit de l'élément objectif de la lésion, né de la constatation d'une disproportion entre la valeur et le prix, comme nous allons le démontrer par la suite⁶⁶. Mais il convient préalablement d'envisager l'élément subjectif de cette théorie.

2. La question de l'exploitation de la situation de faiblesse du lésé

46. — La disproportion entre les prestations n'est pas considérée comme la cause de la nullité du contrat, mais seulement comme la preuve qu'il existe un autre vice : l'exploitation du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience. Ce n'est pas la disproportion qui caractérise en soi la lésion, mais la volonté d'exploitation des circonstances par le lésant. La conséquence

⁶⁶ Cf § 48

théorique de cette approche est une subjectivisation du fondement de la lésion. La théorie de l'exploitation se rattache à la conception subjective de la lésion dans la mesure où elle nécessite une interprétation subjective de la volonté du lésant : la volonté de tirer profit du besoin de la partie lésée. Cette volonté d'exploiter existe non seulement lorsque le bénéficiaire de l'acte a voulu exploiter la situation de faiblesse de son contractant, mais aussi lorsque, dans l'ignorance de l'exploitation, il a profité des circonstances qui lui étaient trop favorable. Il est coupable d'exploitation même s'il n'a fait qu'accepter une offre ou même s'il n'a pas voulu connaître ou n'a pas connu par négligence grave la contrainte à laquelle était soumis l'autre du fait des circonstances. Le contrat est annulé non pas parce qu'il a été conclu à la suite d'une pression exercée sur le consentement du lésé, mais parce qu'à l'occasion de la conclusion de ce contrat, l'exploitation par le bénéficiaire de l'acte du besoin lui a permis de le déséquilibrer à son profit. Néanmoins, l'élément subjectif s'accompagne d'un élément objectif.

3. L'élément objectif : la disproportion manifeste

47. — La lésion est avant tout un fait matériel de disproportion. Dans tous les cas, il est inévitable d'indiquer, sous quelque forme que ce soit, l'écart jugé maximum que le contrat ne doit pas dépasser. Les Codes étrangers qui appliquent la théorie de la lésion évoquent la « *disproportion évidente*⁶⁷ » ou « *sérieuse*⁶⁸ » voire la disproportion « *supérieure à la moitié de la valeur*⁶⁹ ». Mais comme nous l'avons démontré précédemment⁷⁰, le point faible de toute théorie fondée sur une conception subjective de la lésion, c'est de nier sa nature même, à savoir un écart entre une valeur et un prix. La lésion s'apprécie, avant toute chose, de façon objective, et toutes les conditions supplémentaires que peuvent imposer les partisans de la conception subjective de la lésion pour cantonner son application se trouvent au fil du temps anéanties.

⁶⁷ Exigence posée par le Code fédéral suisse, en son article 21.

⁶⁸ Projet de révision du code civil québécois, 1975

⁶⁹ Art 1448 al 2 et 3 C civil italien

⁷⁰ CF § 20 et 23

B. Appréciation du recours à la théorie de la lésion qualifiée

48. — Dans la théorie de l'exploitation, comme dans la théorie des vices du consentement, on cherche à confiner la disproportion dans un rôle passif et secondaire d'indice, à considérer celle-ci comme un moyen de preuve. Mais on constate que toutes les fois que l'on veut réduire l'importance de la disproportion, c'est cette disproportion qui finit en pratique par l'emporter. D'ailleurs, plus la preuve de l'élément subjectif est difficile, plus on s'appuie sur la disproportion pour établir cette preuve, et plus l'existence d'une lésion énorme conduit le juge à présumer l'élément subjectif. C'est ce qui s'est passé dans la jurisprudence allemande. Cette transformation s'est faite en trois stades : Le premier stade est celui où la Haute Juridiction exigeait non seulement une disproportion choquante mais aussi l'exploitation du besoin. Le deuxième stade a consisté à exiger, en plus de la preuve de la disproportion, la preuve de l'état d'esprit du lésant. La condition préalable a donc été abandonnée. Enfin le Reichsgericht est passé au troisième stade, celui où il a déduit la preuve de l'état d'esprit du lésant de la trop grande disproportion. Il est alors permis de déduire l'exploitation du besoin de la « disproportion énorme » et le contrat sera alors annulé. Ce constat, les partisans de la lésion qualifiée eux-même l'admettent : « *La lésion devrait être admise dans les conventions où existent entre les parties une disproportion de force évidente, de sorte que la disproportion des prestations suffit à révéler qu'il y a eu exploitation*⁷¹ ». Mais pourquoi alors s'embarrasser d'un détour, est parler de lésion qualifiée, pour introduire la notion d'exploitation, si l'on admet le principe que la seule disproportion doit justifier la sanction de la lésion ? Cette situation n'est pas heureuse, car elle aboutit à prôner l'équilibre contractuel, sans justification, ni règle, au mépris du besoin de sécurité juridique. De ces difficultés, la jurisprudence allemande en a pris particulièrement conscience. Dépourvue de règles strictes pour encadrer le recours à la théorie de la lésion, on observe chez nos voisins germaniques une raréfaction de son utilisation, pour éviter ainsi de porter atteinte à la sécurité juridique. Nous pouvons légitimement tirer de l'expérience allemande que la mise en place d'une théorie de la lésion qualifiée en droit français aboutirait au même résultat.

⁷¹ G. Ripert op cit

49. — Le deuxième grief principal que nous pouvons émettre contre le recours à la théorie de la lésion est que cette théorie est avant tout un vice de formation. Ses partisans se sont pourtant pas encombrés du fait que la lésion devait procéder de ce déséquilibre originel. Ainsi, M. Chazal affirme dans sa thèse⁷² « *ce serait faire preuve d'un juridisme excessif que de ne prendre en compte, au moyen de la lésion, que le seul déséquilibre existant au jour de la formation* ». Nous choisissons de dénoncer cette utilisation de la théorie de la lésion au niveau de l'exécution du contrat, en vertu d'un juridisme que nous ne trouvons pas « excessif », pour les mêmes raisons qui nous avaient poussés à dénoncer l'extension du champ des vices du consentement et de la théorie de la cause objective. En outre, il convient de noter que la sanction de la lésion, à savoir la rescision, n'est pas opportune dans le domaine économique qui nous occupe. Certes, il apparaît que l'adaptation du contrat est dorénavant préférée à la rescision. Néanmoins, plutôt que d'arriver par des détours hasardeux à imposer la révision du contrat, nous pensons encore une fois qu'il est possible de trouver d'autres moyens équipollents au niveau du résultat, et dont les fondements ne seraient pas altérés.

50. — Comme nous allons pu le voir, la recherche de l'équivalence concrète comporte nécessairement le risque de tomber dans l'excès inverse et de s'afficher sous les jours de Saint Thomas d'Aquin. Pour cet auteur, le droit dans le cadre de la justice commutative et distributive, devenant le gardien de l'équivalence concrète, devait être chargé d'intervenir contre le moindre écart survenu entre la valeur de la chose et le prix conventionnel. Nous nous sommes élevés contre ce mode de pensée, à contre-courant des exigences du commerce. Il est néanmoins intéressant d'étudier des moyens encore plus radicaux pour tenir compte du déséquilibre contractuel. Il s'agit de considérer la lésion comme un dommage matériel.

§2. La prise en compte de la lésion comme dommage matériel

51. — La prise en compte de la lésion comme dommage matériel a été envisagée dans un premier temps sous un fondement délictuel, et seulement très récemment, comme prétexte à l'instauration d'une responsabilité objective fondée sur le risque économique⁷³. Ces deux théories partent du postulat que la lésion constitue un dommage matériel que l'une des parties

⁷² J.-P. Chazal, op cit

⁷³ V. C. Del Cont *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, th 1997

subit à l'occasion de la conclusion du contrat. Mais alors que la théorie subjective de la lésion voit dans ce dommage l'indice matériel d'une atteinte à la volonté de la personne lésée, et la théorie objective de la cause, la constatation que la commutativité n'a pas été respectée, ce qui intéresse les deux thèses, c'est moins l'état psychologique de la victime ou le degré d'inégalité économique du contrat, que la recherche d'un auteur responsable du dommage. En d'autres termes, il s'agit de repousser l'explication qui fonde la lésion sur la violation de l'une ou l'autre condition essentielle de validité du contrat, en déplaçant la question du terrain contractuel au terrain délictuel ou quasi-délictuel. La lésion est envisagée comme une source extra-contractuelle de responsabilité, et non plus comme une atteinte à la formation du contrat. Il s'agit d'envisager ces deux théories tour à tour. (A et B)

A. La mise en jeu de la responsabilité fondée sur la faute

52. — C'est l'article 1382 C civil, se substituant à l'article 1118, qui constitue, pour la thèse délictuelle, le cadre général de l'analyse de la notion de lésion. Mais le fondateur de cette théorie, M. Démontès, envisage la lésion, en tant que dommage causé par un fait illicite du contractant, l'obligeant à le réparer sous la forme spécifique de la rescision du contrat ou du versement d'un supplément de prix. Ainsi selon l'auteur, la lésion « *s'analyse d'une manière ultime, en une faute du cocontractant avantage⁷⁴* », faute dont il est dû réparation. Dans la recherche de l'acte fautif générateur de l'avantage contractuel que le droit considère comme illicite en le qualifiant de lésion, il convient d'écarter l'identification de la lésion-faute avec l'un des vices juridiques du consentement pour éviter de réduire la théorie délictuelle à une variante de la thèse subjective. A la différence de la thèse subjective qui ne retient la faute du contractant (dans l'hypothèse du dol et de la violence) que comme moyen d'établir l'existence d'une atteinte au consentement de la personne lésée, laquelle atteinte fonde seule la lésion, la thèse délictuelle fonde exclusivement la lésion sur le comportement du bénéficiaire de la lésion.

53. — La lésion devient « *un acte illicite d'un contractant qui profite des circonstances extérieures pour réduire l'autre partie à sa merci⁷⁵* ». Cette exploitation peut ne pas être

⁷⁴ E. Demontès, *Du fondement juridique de la lésion dans les contrats*, 1925

⁷⁵ *ibid*

intentionnelle et l'acte peut être accompli aussi bien en connaissance de cause que dans l'ignorance qu'il va léser le cocontractant. *« Si la lésion n'est pas un vice juridique du consentement, elle atteint tout de même ce qui fait l'essence de la volonté : la liberté. La lésion établit que l'un des contractants sait maître du contrat, que le cocontractant est devenu un moyen pour l'autre pour tirer un profit injuste. Dans ce cas, l'exploitation même inconsciente est réprimée. Il y a là un véritable devoir de conduite. La lésion est une atteinte à la liberté humaine...⁷⁶ »*. et l'auteur de conclure que *« la lésion dépasse la volonté individuelle du cocontractant envisagée dans le fait contingent d'un contrat ; elle s'attaque à la personne même, car le vouloir et l'être sont deux aspects de la même chose pour un homme en pleine possession de ses facultés et majeur ; elle porte atteinte à ces droits de la personnalité dont on commence à reconnaître la valeur juridique, et au premier rang desquels se place le droit à être libre dans la détermination, quelle qu'elle soit, par laquelle on manifeste sa personnalité⁷⁷ »*. Ce n'est pas un vice du consentement, mais une atteinte à l'intégrité de la personnalité du lésé, une atteinte à la liberté humaine. Le dommage est la manifestation de cette atteinte et doit être réparé par le contractant qui l'a commis en vertu du principe de responsabilité.

54. — La théorie de M. Démontès est intéressante car elle se focalise davantage sur les contractants, que sur le déséquilibre économique en lui-même, à l'inverse de la théorie de la lésion qualifiée. Mais on a reproché⁷⁸ à cette théorie de considérer que la conclusion du contrat est en soit un acte fautif. En effet, selon M. Démontès, l'ignorance de la situation du lésé n'exclut pas la faute du contractant, l'absence d'intention de nuire étant inopérante sur la qualification de la faute. Pour notre part, nous pensons effectivement que la conclusion du contrat peut être en soi un acte fautif à condition que les circonstances extérieures le justifient. En effet, l'existence d'un lien de dépendance économique entre les contractants est selon nous source d'obligations supplémentaires. Ces obligations naissent préalablement à la conclusion du contrat et doivent influencer sur le comportement de la partie économiquement forte au niveau de la rédaction du contenu du contrat. C'est le principe à partir duquel nous établirons la théorie de l'abus de dépendance⁷⁹.

⁷⁶ ibi

⁷⁷ ibid

⁷⁸ M. Abdelkader, op cit

⁷⁹ Cf § 143 et s.

55. — En réalité, la véritable difficulté soulevée par cette théorie tient aux conséquences pratiques engendrées par ce raisonnement centré uniquement sur la responsabilité. Ne se préoccupant que du dommage, M. Démontès n'envisage que l'hypothèse de la rupture du contrat ou de l'exécution complète de ce dernier, seul moment où la réalité du dommage peut être vraiment appréciée. Il élabore ainsi sa théorie dans une optique de sanction, alors que nous souhaiterions envisager des moyens de prévention pour empêcher le déséquilibre économique de s'instaurer au détriment de la partie économiquement faible.

56. — En outre, il nous semble que l'application de cette théorie va poser des difficultés quant à l'évaluation des dommages. Puisque la faute réside dans la conclusion du contrat, seuls les dommages résultant d'événements antérieurs à sa signature devraient être pris en compte, à moins que les dommages postérieurs découlent naturellement de la conclusion du contrat. Le lien de causalité entre la faute et les dommages imprévisibles⁸⁰, résultant de l'exécution du contrat, seraient en effet trop indirect pour être pris en compte. De cette constatation, nous pouvons tirer la conclusion que cette théorie délictuelle ne permet pas d'appréhender totalement les phénomènes de dépendance économique. Notamment, elle ne contraint pas la partie dominante à adapter le contrat face aux évolutions imprévisibles susceptibles de surgir dans les hypothèses de contrats à exécution successive, comme ceux de distribution. La faute ne peut couvrir l'inaction de l'intégrateur par exemple, face aux difficultés rencontrées par l'intégré, comme c'est le cas, dans l'espèce de l'arrêt du 15 janvier 2002 de la Cour de cassation, qui sera étudié plus précisément lorsqu'il conviendra d'envisager l'étude de l'abus de droit⁸¹. Dans cette perspective, la proposition de Mme Del Cont⁸² de créer un nouveau cas de responsabilité objective est intéressante, néanmoins elle présente également beaucoup d'inconvénients.

⁸⁰ Le caractère imprévisible n'a pas le sens qu'on lui donne à travers l'article 1150 C civ : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts 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* ». Ce vocable ne fait pas référence à ce que les parties n'ont pas envisagées, mais à l'improbabilité, entendue comme cause étrangère. C'est par exemple, l'évolution du contexte du contrat, qui accentue la position de faiblesse du partenaire, pourtant déjà mis en difficulté dès l'origine du contrat.

⁸¹ Cf § 95

⁸² C. Del Cont, op cit

B. La mise en jeu de la responsabilité fondée sur le risque

57. — Il convient de dresser les grandes lignes de cette théorie fondée sur le risque économique (1), avant d'en donner une appréciation (2).

1. Présentation de la théorie

58. — Mme Del Cont part du constat que les sujets juridiques indépendants, tels que les distributeurs intégrés « *assument seuls les risques et périls d'une activité sur laquelle ils n'ont en raison des stipulations contractuelles aucun pouvoir substantiel* ». Elle regrette en effet que, contrairement à certaines législations nord-américaines et notamment à la législation canadienne, notre droit ne connaît pas la notion d'entrepreneur dépendant, c'est à dire une « *personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière*⁸³... » Ainsi, puisque le droit français ne reconnaît pas une dualité de propriétaire, les agents économiques dominés demeurent des sujets de droit « classique », autonomes et responsables de leur activité économique et commerciale. Logiquement, l'affirmation de cette autonomie de responsabilité conduit à nier la réalité des rapports de subordination économique, qui se développent dans le cadre contractuel. Mme Del Cont voudrait voir admise l'opinion inverse pour établir ensuite un cas de responsabilité objective fondée sur le risque économique.

59. — « *Appliquée aux rapports de dépendance économique, la philosophie du risque fait passer l'accident de l'échange marchand du domaine de la « fatalité économique » à celui de la régulation juridique. Pensé juridiquement en terme de risque, le dommage causé ou subi par l'agent économique dépendant change de nature ; il acquiert le statut d'événement dommageable source d'indemnisation et de responsabilité.* » La logique du risque permet d'organiser, d'une part, le transfert de la charge des accidents de l'échange marchand des victimes vers le maître de l'activité dommageable et, d'autre part, le transfert de la charge de

⁸³ Code du Travail canadien, chap L 2 Définitions.

la réparation de ces dommages du propriétaire économique vers l'organisme de collectivisation du risque.

60. — La condition nécessaire et préalable à tout transfert de responsabilité est de toute évidence l'existence d'une situation de dépendance économique. La preuve de l'état de dépendance, qui incombe à la victime demandeur, ne soulève pas de difficultés à condition de ne pas retenir la définition donnée par la jurisprudence en droit de la concurrence⁸⁴. Toutefois, cette condition n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire de la maîtrise. La responsabilité fondée sur le risque n'est pas pour autant une responsabilité automatique ; seuls sont imputables au propriétaire économique les dommages trouvant leur cause dans la situation de dépendance. Il apparaît ainsi que l'établissement du lien causal entre le dommage subi par les victimes et l'exercice de l'activité en état de dépendance est la condition essentielle de l'engagement de la responsabilité du titulaire de la maîtrise. Tous les types de dommage, antérieur ou postérieur à la conclusion du contrat peuvent donner lieu en principe à réparation ; la théorie de Mme Del Cont présente donc un avantage par rapport à celle de M. Démontès⁸⁵. En outre, les erreurs commises dans la mise en œuvre des directives du propriétaire économique ou leur mauvaise exécution ne peuvent en aucune manière être regardées comme des faits totalement exonératoires selon la théorie objective. En effet, selon l'auteur « *D'une part, ils sont des actes effectués dans l'exercice de l'activité dépendante et pour sa réalisation ; d'autre part, l'erreur ou la faute du dominant ne sont pas des événements imprévisibles et irrésistibles, mais tout au contraire, des événements probables, des risques inhérents à l'exercice d'une activité par l'intermédiaire d'agents économiques dépendants.* ». Pour ces mêmes raisons, le dominé ne pourrait s'exonérer totalement dans ses rapports avec les victimes, de sa dette de responsabilité que dans l'hypothèse où le fait du dépendant est constitutif d'une faute grave, cause exclusive du dommage. Ainsi, cette théorie pose en définitive bien des difficultés.

⁸⁴ Cf § 128

⁸⁵ Cf § 56

2. Appréciation d'un principe de responsabilité objective

61. — Il est possible de critiquer, au premier abord, l'opportunité de l'édification d'un nouveau cas de responsabilité objective. A l'origine, c'est l'impuissance de la responsabilité pour faute à répondre aux besoins de l'indemnisation des accidents du travail qui suscita les premiers doutes sur la valeur, jusque là incontestée, de la théorie de la responsabilité fondée sur la faute. La théorie des risques a été ainsi créée dans un esprit de justice très fort, car elle touchait à l'intégrité de la personne morale. Or ici, nous sommes dans le domaine économique, l'aspect moral que revêt le principe d'une responsabilité objective est évidemment édulcoré. Tous les griefs formulés à l'occasion de l'instauration d'un principe de responsabilité fondé sur le risque pour les accidents corporels, plus de cent ans auparavant, prennent alors davantage de sens puisque la considération d'équité est tempérée. Nous pouvons citer Planiol⁸⁶ : « *Tout cas de responsabilité sans faute, s'il était réellement admis, serait une injustice sociale* », qu'il qualifie même de « monstrueuse ». Ses critiques sont d'autant plus incisives que les craintes de la fin du XIX^{ème} peuvent être renouvelées. Selon Planiol, la théorie du risque condamne l'homme à l'immobilisme « ... *car il n'est peut-être pas un seul de ses actes, même inoffensif en apparence, qui ne puisse être ensuite à l'origine d'un malheur* ». Ainsi, nous pouvons nous interroger sur le caractère opportun de ce nouveau cas de responsabilité objective.

62. — Dans les situations de contrat de dépendance, l'affaiblissement de l'agent économique, intégré à un réseau de distribution, est-il tel au point de légitimer l'affirmation, selon laquelle, l'activité contractuelle peut être réduite à une appréciation en terme de risque ? Certes le contrat de commandement est d'abord au service des intérêts d'une seule partie. Le contrat de concession par exemple, entre un constructeur automobile et son concessionnaire, est un moyen avant tout d'organiser la commercialisation d'un produit. Pouvons-nous tirer la conclusion de cette réalité commerciale, que l'activité contractuelle est exclusivement exercée dans l'intérêt pécuniaire de la partie économique forte ? L'affirmation aurait permis de fonder la prétention selon laquelle le contrat lésionnaire serait alors source de responsabilité, sans qu'il y ait besoin de faute, et pourvu qu'il y ait préjudice⁸⁷. Mais la lésion ne répond pas à la définition du risque créé : le contrat est signé *in fine* dans l'intérêt des deux, même si ses

⁸⁶ M. Planiol, *Etudes sur la responsabilité civile*, Rev. Crit. 1905 p 277 et 1906 p 80

⁸⁷ cf H.L.J. Mazeaud, op cit

contours sont dessinés en fonction d'un intérêt unique. Mieux, pour les contractants, le risque de gain ou de perte fait partie intégrante de l'activité contractuelle. Ainsi, de même qu'il n'y a pas de faute qui puisse fonder la responsabilité du contractant avantagé, il n'y a pas non plus de risque créé, susceptible de lui faire engager sa responsabilité sans faute.

63. — Un autre inconvénient de cette théorie tient au fait qu'elle ne peut être utilisée que dans l'hypothèse de rupture du contrat, comme la théorie de M. Démontès précédemment exposée. De même, elle pose le problème de l'évaluation du dommage, et des critères à prendre en compte. La détermination de la quote-part de responsabilité de la partie faible ne sera pas chose aisée. Cette théorie, non loin de lui permettre d'avoir une assurance contre le risque économique, l'entraînerait tout droit dans les abysses des tribunaux pour faire valoir ses droits face à son ancien cocontractant. Ainsi, non seulement dans ses principes, la théorie de Mme Del Cont est contestable, mais son application paraît difficile.

Conclusion de la première partie

63. — De ce constat, nous pouvons conclure avec M. Chazal « *ce n'est pas parce que deux parties contractantes présentent une disparité manifeste de puissance économique que la partie économique faible doit être nécessairement protégée (...)*⁸⁸ ». Mais contrairement à l'auteur, nous n'en tirons pas la conclusion que la théorie de la lésion qualifiée doit être instaurée en droit français. Il ne s'agit pas de consacrer un principe général d'équilibre du lien contractuel avec le risque d'ouvrir sur « *une révision générale et permanente des contrats, paroxysme de l'instabilité*⁸⁹ ». Le déséquilibre ne doit pas rendre le contrat suspect, en lui-même. Dans sa thèse consacrée à l'équilibre contractuel, Mme Fin-Langer propose de définir le principe d'équilibre contractuel comme « *l'idée directive selon laquelle l'équilibre doit être protégé tant sur le plan statique que dynamique quand le contrat atteint un déséquilibre tel qu'il lui fait perdre son utilité*⁹⁰ ». Nous avons pensé pouvoir démontrer le contraire. Il n'est pas souhaitable de consacrer un principe d'équilibre contractuel pour imposer le rétablissement de l'équivalence concrète en toutes occurrences. Il est dangereux de recourir à

⁸⁸ J.-P. Chazal, *Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix*, note sous Cass com 20 janv 1998, et Paris, 6 févr 1998, JCP éd E 1999, p 323

⁸⁹ N. Molfessis, art précité.

⁹⁰ L. Fin-Langer, op cit

la théorie de la lésion ou un de ses dérivés. A partir du moment où on introduit un *quantum*, comme critère d'équivalence ou même de dommage, il prend irrémédiablement le pas sur les autres éléments extérieurs, et relatifs à la situation d'espèce, ce qui fait courir le risque d'une insécurité contractuelle. M. Atias affirme que la Cour de cassation « (...) *s'adonnant à son impression première ou à un sentiment diffus de justice, voire d'équité, que ne guide aucun principe fondateur et régulateur, croit devoir faire la morale aux parties, ou à leurs conseils, au lieu de dire le droit en rendant la justice*⁹¹ ». Pour parer à cette situation, il nous semble qu'il faille rechercher les outils juridiques nécessaires à la protection des agents en situation de dépendance économique sur le terrain de l'abus. Il faut donc désormais passer par l'étude de la théorie de l'abus de droit (Partie II), puis par celle de l'abus de position de dépendance économique (Partie III)

⁹¹ C. Atias, *Une doctrine de combat pour un droit menacé*, in Mélanges Mouly, Litec 1998, t 1 p 13

Partie II : Les limites du recours à la théorie de l'abus de droit

64. — Selon M. Germain⁹², le contrôle de l'abus : « paraît plus objectif et plus limité, dans la mesure où il ne concerne que les cas manifestement extrêmes. Il restera à caractériser cet extrême : y a-t-il abus quand on ruine son partenaire ou y a-t-il abus quand la fixation est contraire à l'intérêt commun ? Où y a-t-il abus pour d'autres raisons ? ». La notion d'abus, et plus précisément d'abus « de droit », bien que bicentenaire, est encore aujourd'hui appréhendée difficilement, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence qui entretient à ce sujet une certaine confusion. Aujourd'hui les juges renouvellent régulièrement le concept d'abus de droit à travers leurs nombreuses décisions dans ce domaine. Cette technique justifie leur intervention au cours de l'exécution du contrat, attitude à laquelle ils sont davantage disposés aujourd'hui. Corrélativement, le flou entretenu autour de la notion d'abus de droit est paroxystique. M. Markovitch⁹³ évoque à juste titre « la diversité bariolée des présentations contradictoires données à la théorie de l'abus des droits dans la doctrine juridique française ». Il est difficile de déterminer aux premiers abords sous quelle acception la théorie de l'abus de droit peut être utilisée dans notre hypothèse de déséquilibre contractuel qui procéderait d'une disparité de puissance économique. Le contrôle de l'abus est-il encore en pratique réservé « aux cas manifestement extrêmes ? ». Notre démonstration nous amènera à penser le contraire, du moins à travers la jurisprudence sur la question plus précisément de l'abus dans la fixation du prix.

65. — La question du contrôle de l'abus dans la fixation du prix se pose depuis les fameux arrêts d'Assemblée Plénière du 1^{er} décembre 1995⁹⁴ qui ont été longuement commentés et attendus par la doctrine. La question de la fixation du prix nous a paru davantage illustrer les difficultés liées à la prise en compte du phénomène de puissance économique par le droit civil que celle de la rupture du contrat ou encore de celle liée à la période pré-contractuelle, puisqu'elle pose directement le problème de l'appréhension du phénomène de puissance

⁹² M. Germain RJC n° spécial *Colloque de La Baule*, nov 2002

⁹³ M. Markovitch, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Thèse Lyon, 1936.

⁹⁴ Cass Ass Plén 1^{er} décembre 1995 (4 arrêts), Bull civ, n°7, 8, 9 ; JCP 1996, II 22565, note J. Ghestin ; D 1996 jur 13, note Aynès ; RTDC 1996, 153, obs J. Mestre, PA 27 déc 1995, p 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; Gaz Pal 8 et 9 déc 1995, p 8, note P. de Fontbressin

économique au moment de la formation, puis de l'exécution du lien contractuel. L'arrêt du 15 janvier 2002⁹⁵ de la Cour de cassation permet d'actualiser les réflexions nombreuses à ce sujet, et surtout, l'arrêt prête à une dénonciation de cette technique détournée à des fins de rééquilibrage du contrat, alors qu'elles étaient censé prévenir l'excès (Titre 2). Un rappel des fondements de la théorie de l'abus de droit est un préalable nécessaire (Titre 1).

Titre I : Les principes du contrôle de l'abus dans la fixation du prix

66. — Le domaine contractuel est probablement le secteur dans lequel la théorie de l'abus de droit est la plus employée. Sa « vulgarisation » procède d'un souci d'éviter en principe l'excès de déséquilibre entre les parties, la théorie de l'abus dans la fixation du prix ne fait pas exception (§1), néanmoins, elle soulève de nombreux indéterminations (§2).

§1. Le choix du contrôle de l'abus dans la fixation du prix

67. — « *Attendu qu'il est constaté (...) que, durant le cours du contrat, le demandeur en cassation a majoré dans des proportions excessives le prix des voitures et châssis faisant l'objet de la convention ; Attendu que si une clause de l'acte du 19 novembre 1919 réservait au fabricant la faculté de relever les prix de ses marchandises, la Cour d'appel a pu, par interprétation de la volonté des parties, déterminer les limites raisonnables dans lesquelles l'exercice de cette faculté était enfermée (...)* ». Dans son arrêt du 19 octobre 1931⁹⁶, la Cour de cassation n'a pas fait autre chose que d'appliquer la théorie de l'abus de droit sur le terrain de la fixation du prix. « *Les ombres du passé sont parfois surprenantes*⁹⁷ ». Pourtant, il a fallu attendre soixante quatre ans pour que la Cour de cassation procède à nouveau à cette même lecture des textes du Code civil (B). Entre temps, elle s'était aventurée dangereusement sur le terrain du contrôle du contenu de la clause de prix (A).

⁹⁵ Cf § 95

⁹⁶ Cass civ 19 oct 1931, S 1932, 1, 102

⁹⁷ P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, th 2000

A. L'inefficacité du contrôle du contenu de la clause de prix

68. — La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'indétermination du prix a été très inconstante ; les techniques juridiques employées ont été diverses et variées. Toutefois, la finalité de sa jurisprudence est restée de façon constante la même : l'application d'un principe de justice contractuelle, la défense de la partie économiquement faible. « *Derrière ces constructions savantes et artificielles, la jurisprudence veut protéger les pompistes de marque, les cafetiers ou les limonadiers, parce qu'ils sont dans une situation de dépendance à l'égard des compagnies pétrolières ou des brasseurs. Pourquoi alors ne pas le dire directement et simplement ?*⁹⁸ ». On retrouve cette idée dans l'arrêt Baumgartner, lorsque la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si « *la convention s'opposait à ce que les prix de vente fussent librement débattus et acceptés par les parties*⁹⁹ ». A ce dessein, la Cour de cassation accepte plus facilement l'annulation des contrats de distribution comportant une clause d'exclusivité, ou plus encore, une clause de quotas obligeant le franchisé ou le concessionnaire à acheter une quantité déterminée de marchandises. L'arrêt du 30 juin 1992 fournit une bonne illustration ; pour déclarer valable le contrat de franchise, la Cour de cassation relève que « *le franchiseur ne jouit pas d'une position dominante, ni d'une totale liberté pour fixer ses prix en raison de la faible part occupée par ses produits sur le marché* ».

69. — Cette exigence d'un accord sur les éléments essentiels de la chose a été utilisée pour légitimer l'invalidation des contrats de bière d'abord¹⁰⁰, des contrats de fourniture ensuite, de tous les types de contrats de distribution et même, enfin, de la plupart des contrats onéreux. Le champ d'intervention du contrôle de l'indétermination, naissant au cœur des situations critiques, de dépendance économique, s'est peu à peu propagé, sans que les juges en établissent les limites. L'article 1129, a été « *instrumentalisé*¹⁰¹ », c'est à dire utilisé pour atteindre un but qui n'était pas le sein, la protection d'une partie contre l'arbitraire de l'autre.

⁹⁸ Com 22 janv 1991, *Baumgartner / ouest abri* Numéro Juris-Data 1991-000225 cf note sous Cass com 2 juill 1991 p 501

⁹⁹ Cass com 22 janvier 1991, précité

¹⁰⁰ Pour les arrêts fondateurs : Cass com 17 avr et 5 nov 197, cf M. Behar-Touchais et G. Virassamy, op cit

¹⁰¹ F.-X. Licari, op cit

Cette « instrumentalisation » a dégénéré en surprotection puisque que la notion de détermination de l'objet implique un examen au jour de la formation du contrat, sans avoir cure de son exécution postérieure. La notion de détermination du prix est donc inapte à appréhender de façon satisfaisante les phénomènes de dépendance économique.

70. — Face aux dérives provoquées, l'Assemblée plénière a changé progressivement sa jurisprudence pour se positionner sur le terrain de l'abus dans la fixation du prix. Opérant des distinctions critiquables¹⁰², entre les contrats, selon des concepts juridiques, obligation de donner ou obligation de faire, ou difficilement applicables, selon que les parties ont la liberté ou non de débattre librement des prix dans les contrats d'application, la Haute juridiction a finit par adopter une solution unique, saluée par tous, consistant à soumettre l'ensemble des contrats-cadres à un contrôle sur le terrain de l'abus. Dans les arrêts *Alcatel*¹⁰³, l'article 1129 C civ imposait toujours une exigence de détermination du prix dans le contrat-cadre. Simplement, la clause de référence au tarif du fournisseur était considérée comme rendant le prix déterminable, contrairement à ce qui était jugé auparavant. Les arrêts ne faisaient finalement qu'amorcer l'évolution considérable consacrée par les arrêts de l'Assemblée Plénière qui ont certes abandonné – inopportunément¹⁰⁴ – le recours à l'article 1129, mais surtout, le principe de l'annulation du contrat de distribution pour se tourner vers la responsabilité ou la résiliation en cas d'abus dans la fixation du prix.

B. Le contrôle de l'abus dans la fixation du prix

71. — Si la doctrine s'accorde à penser que la nouvelle jurisprudence concerne tous les contrats de longue-durée, même s'ils n'ont pas la structure d'un contrat-cadre, la Haute Assemblée, en visant expressément les conventions prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs, a fait référence aux contrats-cadres. C'est donc en tous cas, cette forme d'organisation des rapports contractuels d'affaires qui se trouve désormais protégée contre les risques d'annulation que les précautions rédactionnelles se révélaient impuissantes à éviter.

¹⁰² Pour un rappel chronologique de toutes les étapes de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'indétermination du prix, cf Behar-Touchais, Virassamy, op cit

¹⁰³ Cass civ 1^{ère} 29 nov 1994, Bull civ, I, n°348 p 251 ; JCP 1995 II 22371, note J. Ghestin ; D p 1995 p 122, note L. Aynès ; Def 1995 p 335, note P. Delebecque

¹⁰⁴ Cf F.-X. Licari op cit

En effet, la sanction applicable en cas d'abus dans la fixation du prix n'est pas l'annulation du contrat, mais simplement sa résiliation ou l'octroi d'une indemnisation. Le contentieux s'est donc déplacé de la formation du contrat à son exécution.

72. — Ainsi, plutôt que de se demander si les prix pouvaient être librement débattus et acceptés dans le cadre de la convention, la jurisprudence s'est engagée sur la voie d'un contrôle des clauses que le Professeur Mestre a appelé « *une clause de pouvoir* », c'est à dire une clause qui donne à un professionnel un pouvoir sur l'autre dans la gestion du contrat. C'est une clause qui n'est pas structurellement abusive, mais qui peut le devenir dans son exercice, ce qui justifie le contrôle de l'abus qui est instauré lors de la mise en œuvre du pouvoir du contractant¹⁰⁵. L'abus a la même finalité que le contrôle de la clause sur le prix, la protection de la partie économiquement faible. Mais à quel niveau faut-il rechercher l'excès ? Est-ce l'excès dans la manière ou dans le montant des prix imposés ? Pour certains, le contrôle par l'abus de droit permet un contrôle plus modéré : « *Le contrôle de l'abus qui est ainsi instauré, est d'ailleurs un instrument mesuré qui peut permettre un rééquilibrage qui ne soit pas excessif et qui tient compte du fait, comme certains auteurs l'ont écrit, que le déséquilibre est un pilier des contrats de distribution. Il ne s'agit donc pas de procéder à un rééquilibrage absolu, qui priverait le contrat de ses utilités, mais de sanctionner uniquement les abus*¹⁰⁶. » La chasse à « l'excès » devrait donc permettre d'éviter « l'excès » de déséquilibre... Ainsi, contrairement à la théorie de la lésion qui doit assurer l'équivalence concrète, le recours à l'abus ne devrait qu'effleurer cette question de l'inéquivalence pour ne s'intéresser qu'au comportement des parties. En réalité, comme pour toute règle édictée en vue d'aboutir à un résultat à la fois déterminé dans son principe – la protection de la partie économiquement faible – mais flou quant aux moyens pour y parvenir, faute de définition bien assise de la théorie même, les utilisateurs de la théorie de l'abus de droit ont fini par étendre démesurément sa portée, comme le démontrera l'arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 2002¹⁰⁷. Dans leur recherche de la justice commutative, ils ont nié la valeur de la notion d'abus de droit . Afin d'aboutir au procès de l'utilisation faite de l'abus, il est inévitable de passer par quelques traversées exploratoires pour retrouver ses fondamentaux.

¹⁰⁵ J. Mestre, Rapport de synthèse au colloque de Lille (1997), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p 157 et s.

¹⁰⁶ Cf. M. Behar-Touchais & G. Virassamy, op. cit.

¹⁰⁷ cf § 95

§2. Définition de l'abus de droit

73. — L'abus de droit a été préféré par la Cour de cassation à la bonne foi parce qu'il laissait entendre l'idée d'un contrôle de l'excès, mais aussi parce qu'il permettait d'exercer un contrôle sur les juridictions du fond. L'évolution donnée à la notion d'abus de droit permet de douter de cette analyse (B), mais il convient avant tout de revenir à ses origines (A).

A. Les origines de l'abus de droit

74. — La notion d'abus de droit, ainsi que la place qu'il convenait de lui faire ont suscité un débat passionné¹⁰⁸. Il est en effet assurément délicat de parler d'abus lorsque l'intéressé n'a fait qu'exercer un droit dont il est titulaire. Un droit ne peut être à la fois conforme et contraire au droit, ne serait ce parce que le droit cesse là où l'abus commence. Aujourd'hui l'histoire du ballon dirigeable que l'on voulait percer à coup de lances¹⁰⁹ est une des premières racontées aux étudiants en droit. La question du bien fondé de la théorie de l'abus de droit ne prête plus à discussion. Tous reconnaissent qu'il y a un intérêt certain à mettre l'accent sur l'étendue précise des prérogatives dont dispose le titulaire d'un droit subjectif. « *Il y aurait abus de droit lorsque, tout en restant dans les limites externes de son droit subjectif, l'intéressé en dépasse les limites internes*¹¹⁰ ». Les difficultés les plus sérieuses apparaissent quand il s'agit de déterminer le moment à partir duquel l'exercice d'un droit devient abusif. Schématiquement, il est tout de même possible de distinguer deux courants de pensée.

75. — Pour définir la notion d'abus de droit, certains auteurs s'en tiennent à des critères subjectifs, liés à la recherche de la faute dans l'exercice des droits. Cette faute peut être envisagée soit de manière restrictive : on estime que seule la faute intentionnelle rend abusif

¹⁰⁸ V par ex M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, n°871 ; *Etudes sur le responsabilité civile*, Rev. Crit. 1905 p 277 et 1906, p 80.

¹⁰⁹ Cass req 3 août 1915, *Clément-Bayard* D 1917, 1, 79

¹¹⁰ Cf. M. Behar-Touchais & G. Virassamy, op. cit.

l'exercice d'un droit, il faudrait donc une intention malicieuse, c'est à dire rechercher une intention de nuire. Pratiquement, cela reviendrait pour la victime à démontrer que l'auteur n'avait pas d'intérêt personnel à agir ainsi. Mais cette faute peut être aussi envisagée plus largement, en tenant compte du quasi-délit, l'on admet qu'il puisse y avoir abus du seul fait que le droit a été exercé avec imprudence ou négligence.

76. — Un autre courant de pensée, de caractère plus social, fait valoir que les droits subjectifs ne sont reconnus aux individus que comme des fonctions sociales ou, tout au moins, à certaines fin sociales. Dès lors, si le titulaire du droit le détourne de son but, il commet un abus et ne mérite plus protection¹¹¹. Il existe là encore plusieurs variantes, dont l'une d'elle consisterait à retenir un critère plus objectif, en estimant qu'il y a abus dès que l'acte, en lui-même, est « anormal », par ses éléments et ses résultats. Compte tenu de ses contours incertains et des risques d'immixtion systématique du juge qu'elle entraîne, la théorie finaliste des droits n'a eu guère de succès en jurisprudence. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 1971¹¹² condamne de façon très nette cette conception. Dans cette espèce, un boulanger exploitant son fonds dans un immeuble loué devait obtenir l'autorisation du bailleur pour toute transformation. A la suite du refus de ce dernier d'autoriser l'installation d'un nouveau four, le boulanger réclama réparation du préjudice que lui causait l'attitude de son bailleur. Les juges du fond accueillirent cette prétention en relevant que la transformation envisagée était avantageuse pour tous et que l'opposition du bailleur était « *inspirée par l'égoïsme et maintenue par entêtement* ». Or, cette décision adoptant une conception finaliste de l'abus de droit fut cassée au motif que ni l'intention de nuire, ni la légèreté blâmable, n'étaient démontrées. L'histoire du boulanger – moins connue que celle du ballon dirigeable – n'est pas dénuée d'importance pour la suite de notre propos. Il nous paraît utile de garder à l'esprit cette conception finaliste de l'abus, au moment d'analyser les décisions rendues dernièrement par la Cour de cassation, et donc d'observer l'évolution de la notion d'abus de droit.

¹¹¹ Josserand *De l'esprit des droits et de leur relativité ; théorie dite de l'abus des droits* Dalloz 1939

¹¹² Civ 3^{ème} 12 oct 1971, Dalloz 1972 p 210 ; JCP 1972 II 16966 ; RTD civ 1972 p 395

B. L'évolution de la notion d'abus de droit

77. — La notion d'abus de droit a évolué au fil du temps, comme cela est naturel pour un concept juridique. Le droit doit s'adapter aux exigences de la morale et des us. Un des aspects les plus significatifs de cette évolution est sans doute de voir associer le concept d'abus de droit avec celui de la bonne foi. La bonne foi est une notion polysémique. D'une part, elle est une réalité concrète « *l'ignorance non fautive d'un vice juridique*¹¹³ », et, d'autre part, une norme objective de comportement, prescrivant d'agir conformément au standard de l'honnête homme, c'est une dualité entre un état de croyance erronée (« *Je suis de bonne foi* ») et un phénomène normatif (« *j'agis comme la bonne foi le commande* »). Au regard de cette dualité, il paraît clair que l'article 1134, al 3 C civil vise le concept de bonne foi dans sa seconde acception, appelée également « loyauté ». Le texte n'aurait d'ailleurs guère de sens autrement. C'est donc selon les prescriptions de la bonne foi que le contrat doit être exécuté. Ainsi restreinte, la notion se révèle très proche du concept de morale. Dès lors, le lien entre l'article 1134 al 3 C civ et l'abus paraît couler de source. Rien n'empêche, en effet, que le créancier qui exerce son droit, viole simultanément les prescriptions que la morale lui impose.

1. Le rapprochement de l'abus de droit avec les comportements de mauvaise foi

78. — A propos de l'abus dans l'exercice des droits contractuels, Ripert envisageait déjà la bonne foi de l'article 1134 al 3 C civ comme « *un appui à la théorie de l'abus des droits contractuels*¹¹⁴ ». Cette idée ne s'est pas imposée d'emblée, car le potentiel « dérégulateur » de l'article 1134 al 3 a longtemps conduit la doctrine à minorer la portée de ce texte. Néanmoins, ce rapprochement a eu lieu avec le temps. Ce constat a été émis en premier par M. Ghestin selon qui les références « *soit directement à la bonne foi, soit à une obligation de loyauté, laissent penser que l'abus pourrait désormais ne plus être caractérisé par la seule*

¹¹³ P. Engel, *La portée de la clause générale de la bonne foi dans la jurisprudence* in *Abus de droit et bonne foi* sous la direction de Widmer et Cottier, éd. Univ. De Fribourg, 1994

¹¹⁴ G. Ripert *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949

*intention de nuire, mais aussi, ce qui est une exigence moindre, par la seule démonstration de la mauvaise foi de celui qui résilie le contrat*¹¹⁵. »

79. — Partant de cette association entre la bonne foi et l'abus de droit, on peut dorénavant sans peine expliquer cette « vulgarisation » de l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit a suivi naturellement la tendance initiée pour l'obligation de loyauté qui, depuis une vingtaine d'année, est régulièrement redécouverte par les tribunaux. Mais aussi, est là, est un élément central de notre démonstration, on admet implicitement que la théorie d'abus de droit perd le qualificatif « d'excessif » qu'elle sous-tendait. Elle ne condamne plus simplement « l'excès », mais plus généralement l'absence de mauvaise foi. La Cour de cassation avait voulu limiter son contrôle à l'abus, en réalité, c'est un examen de la notion de bonne foi, dans lequel elle s'est lancée. A ce stade de la réflexion, il convient alors de préciser les contours de ce concept que nous qualifions de « bonne foi ».

2. Notion d'abus de droit et de bonne foi

80. — La notion de bonne foi revêt de multiples aspects et sa pénétration dans notre droit varie selon les auteurs et leur conception dite « solidariste » du lien contractuel. Quand il s'agit de composer avec des concepts bicentennaires qui traversent toutes les familles du droit, la fin, si légitime soit-elle, ne doit pas selon nous justifier les moyens. La bonne foi a été institutionnalisée par ceux qui faisaient peu cas de la sémantique, de là est née une altération de ce concept, et avec celui-ci, de la notion d'abus de droit. A la différence du droit anglo-saxon, notre droit s'illustre par son syllogisme et la rectitude de ses fondements. Il est donc intéressant de faire un effort pour, au-delà des mots, distinguer ce qui est, de ce qui n'est pas de la bonne foi.

81. — Nous reprendrons une distinction proposée par M. Picod¹¹⁶ qui a le mérite de la clarté, même si nous pouvons ratiociner sur les vocables : « *la loyauté du contractant* » et « *la loyauté contractuelle* ». La loyauté du contractant est selon nous, la seule acception possible de la bonne foi, et ainsi, la seule représentative du premier courant de l'abus de droit. C'est

¹¹⁵ J. Ghestin, note JCP 1996 II 22565, n°41 et 42

¹¹⁶ Y. Picod *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* LJDG 1989

« *l'attitude consciencieuse et diligente et surtout morale*¹¹⁷ ». La loyauté qu'exige du contractant l'article 1134 al 3 peut être définie comme non seulement une absence de dol et de fraude, mais plus généralement comme une exigence de conformité à certaines vertus morales. En soit, c'est « *une règle graduée, susceptible d'une infinité de variations*¹¹⁸ ». En violant cette règle, son auteur commet un abus de déloyauté.

82. — Une analyse doctrinale est allée faire de l'article 1134 al 3 du C civ un critère d'interprétation des conventions par rapport à leur exécution, donnant naissance à la formule de « *loyauté contractuelle* » qui prescrit que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées*¹¹⁹ ». Mais l'article 1134 al 3 ne déclare pas que « *les conventions doivent être interprétées de bonne foi* » mais « *exécutées de bonne foi* ». La dénonciation de cette confusion a permis à cet article d'acquérir une autonomie par rapport aux directives d'interprétation contenues dans les articles 1156 et suivants du Code civil. C'est cette assimilation momentanée de l'article 1134 al 3 C civ avec les règles d'interprétation qui a contribué à l'expansion de la notion de bonne foi en droit positif. La bonne foi étant considérée comme une directive d'interprétation, elle a été, par contagion, affectée par le rôle actif du juge, qui consiste à « *découvrir* » des obligations non prévues par les parties. Dès lors que la confusion a été clairement dénoncée, l'autonomie de la notion de bonne foi a permis de trouver un nouveau fondement juridique à cette activité judiciaire inventive et dérangeante pour certains sur le plan des principes. Une partie de la doctrine a cru pouvoir déjouer les critiques formulées à propos de l'altération de la notion d'interprétation en proposant la bonne foi comme fondement des obligations d'information, de loyauté, de collaboration ou encore de sécurité. Ainsi, lorsqu'on aborde l'article 1134 al 3 dans sa potentialité interprétative, l'article 1135 C civ n'est jamais bien loin.

83. — Mais la loyauté contractuelle se présente comme un fidélité à l'opération que les parties ont entendu réaliser. Dans cette perspective, le critère pertinent n'est pas la morale de la sociabilité, mais plus communément le respect du but économique recherché. Pour Pothier « *s'obliger à faire quelque chose c'est s'obliger à le faire utilement*¹²⁰ ». Ce critère matériel n'a pas partie liée avec l'écho moral que renvoie l'idée de bonne foi, car comme le dit

¹¹⁷ *ibid*

¹¹⁸ P. Stoffel-Munck, *op cit*.

¹¹⁹ Aubry et Rau *Droit civil français* éd par Bartin 1942

¹²⁰ Pothier *De la vente* Paris 1825

M. Stoffel-Munck : « *ce n'est pas par humanisme envers le tailleur que le client doit se plier aux essayages, ni par amitié pour le chef d'orchestre que l'organisateur de spectacle doit lui fournir de quoi répéter, etc...* ». Non seulement le critère de loyauté contractuelle est économique, mais il l'est exclusivement. L'interprétation complétive du contrat ne paraît pas avoir pour objet de porter un jugement de valeur sur la qualité morale du comportement du contractant. C'est ainsi que l'on peut contester l'affirmation de M. Picod selon qui l'obligation de coopération « *est la traduction juridique du principe selon lequel exécuter de bonne foi, c'est exécuter utilement* » car exiger que l'exécution d'une obligation soit utile revient tout simplement à exiger l'exécution de l'obligation elle-même qui a forcément été envisagée par les parties... En l'absence d'utilité, l'obligation n'a aucun sens.

84. — A partir de là, s'il n'est question de bonne foi, il n'est pas non plus question d'abus de droit. Ce qui nous permet de contester la perception générale de l'abus de droit comme « *instrument d'équité*¹²¹ ». Elle ne semble n'exprimer rien d'autre qu'une exigence de civilité semblable à celle que protège en général l'article 1382 C civ. La bonne foi manifeste en effet une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extra contractuel, et qu'elle n'a pas à changer de nature au cours de l'exécution du contrat. La bonne foi est une norme qui appartient à la sphère délictuelle, d'où la mention de l'article 1382 C civ, quand bien même nous nous situons sur le terrain de l'exécution contractuelle.

85. — Même si nous contestons le recours au terme de « bonne foi » comme fondement des obligations implicites imposées par le juge aux contractants, nous n'en contestons pas pour autant le principe, et ceci sera notre leitmotiv. Nous gardons à l'esprit la particularité des situations de dépendance économique qui ne doivent pas réduire à néant les aspirations du cocontractant chétif. D'ailleurs, nous reviendrons sur cette question des obligations judiciairement créées pour justifier la protection de la partie économiquement faible¹²². Une fois ce premier aspect de l'abus de droit éclairci, via celui de la notion de bonne foi, il convient de se pencher sur la deuxième acception de l'abus de droit, qui selon nous, sans être confondu, co-existe avec la première.

¹²¹ Cf S. Lebreton *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, th 1997

¹²² cf § 143

3. La théorie finaliste des droits subjectifs

86. — Cicéron illustre le conflit entre la lettre et l'esprit par l'exemple « *de ce personnage qui, après la conclusion d'une trêve de trente jours avec l'ennemi, dévastait la nuit son territoire, sous prétexte qu'on avait conclu une trêve des jours et non des nuits*¹²³ ». C'est tout particulièrement dans les conventions que la lettre peut étouffer l'esprit, or si l'on croit que l'esprit est l'essence du droit, cet esprit est la chose première à considérer. On peut alors désigner par le terme d'abus cette invocation de la lettre du droit en trahison de son esprit. Dès lors, quand Planiol dit « *le droit cesse où l'abus commence* », il ne condamne aucunement la théorie de l'abus de droit. Toute la question est en réalité de déterminer les limites du droit et c'est là qu'intervient la notion d'abus¹²⁴.

87. — Or évoquer l'esprit des droits, c'est donc se pencher sur leur raison d'être, ce qui renvoie immédiatement à la considération de leur finalité. Nous en revenons alors à Josserand dont l'ouvrage s'intitulait d'ailleurs « *de l'esprit des droits* ». Sa théorie était contestable, on ne peut rejeter pour autant l'idée selon laquelle certains droits seraient finalisés. C'est essentiellement en raison de sa portée et de son postulat de départ que la théorie de Josserand fait difficulté. A la finalité sociale souhaitée par Josserand se substitue la finalité contractuelle. Certains droits dans leur contrat dont les contours restent indéterminables dans la lettre du texte, tel les modalités de fixation unilatérale du prix, sont accordés en vertu d'une certaine finalité, généralement implicite au contrat mais que les parties n'ont pu manquer d'envisager. On peut parler ainsi d'abus de détournement ou abus de pouvoir par opposition à l'abus de déloyauté, dont nous avons précédemment parlé.

88. — Cette distinction n'emporte pas l'unanimité, ainsi selon M. Cadiet en ce qui concerne la distinction entre l'abus de droit « *la différence semble être davantage de degré que de nature*¹²⁵ ». D'autres admettent cette distinction mais en définissent les contours différemment. M. Gaillard¹²⁶ propose d'opérer une distinction entre le droit subjectif, « *prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, la capacité,*

¹²³ *De officiis*, Livre I, 10, 33, trad M. Testard, éd Les belles lettres 1965, coll Budé, cité par Ph. Stoffel-Munck, op cit

¹²⁴ Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan, *Introduction*

¹²⁵ L. Cadiet *Abus de pouvoir*, Rép civ Dalloz 1992 n°27

¹²⁶ E. Gaillard *Le pouvoir en droit privé* Coll Droit Civil, Economica, 1985

aptitude à agir valablement pour soi-même et le pouvoir, aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien ». Pour l'auteur, l'élaboration d'une théorie juridique du pouvoir devrait permettre de justifier l'intervention judiciaire sur la seule qualification de pouvoir. La sanction du détournement de pouvoir se présenterait alors comme un technique autonome du contrôle des mobiles. Cette conception de l'abus de pouvoir se rapproche de ce que nous considérons comme l'abus de détournement, à cela près que celui à qui il est reproché de faire un tel abus, ne le fait pas contre un intérêt proprement distinct du sien, mais contre une volonté commune née du contrat.

89. — L'abus par détournement de finalité ne nécessite pas qu'on porte un jugement de valeur sur la qualité morale du comportement du titulaire du droit. Autrement dit, la question qui se pose en matière de détournement de finalité n'est pas de savoir si le droit a été détourné de manière hypocrite, égoïste, malveillante ou autre, mais de savoir s'il a été détourné tout court. La qualification d'abus de détournement cherche à sanctionner comme un fait objectif, en ceci mais en ceci seulement qu'il constitue un dépassement de droit.

90. — Certes, nombre d'exemples qui illustrent des hypothèses de détournement de droit montrent aussi une déloyauté qui était personnellement reprochable au contractant et aurait justifié à ce titre une indemnisation spécifique. Mais il est trop général d'écrire « *qu'il y a une mauvaise foi du créancier lorsqu'il se sert de ses prérogatives contractuelles d'une manière qui traduit un excès de détournement ou un détournement, c'est à dire un abus* »¹²⁷. Cela n'est certes pas statistiquement inexact, mais ne doit pas laisser croire à un rapport d'identité entre les deux questions. C'est ainsi que nous ne pouvons adhérer à la thèse d'une partie de la doctrine qui nie l'acceptation finaliste de l'abus de droit : « *la théorie de l'abus dans l'exercice d'un droit permet de contrôler un comportement, plus que l'étendue d'un droit, ce qui impose donc de se placer du côté du titulaire du droit et non du droit lui-même. Un telle conception, qui réfute toute limitation du droit en lui-même, abonde dans le sens d'un respect du principe de liberté contractuelle*¹²⁸ ». C'est justement au nom du respect du principe de la liberté contractuelle que nous devons convenir qu'il existe des limitations aux droits subjectifs découlant du contrat, tel que l'ont entendu les parties.

¹²⁷ A. Bénabent *La bonne foi dans les relations entre particuliers - dans l'exécution du contrat*, Trx Asso Henri Capitant, t 43 *la bonne foi*, Litec 1994

¹²⁸ S. Lebreton op cit

91. — Ces développements théoriques permettent d'annoncer les difficultés pratiques auxquelles vont se confronter les juridictions dans leur recherche de la justice commutative pour assurer la protection de la partie économiquement faible, en raison de sa situation de dépendance économique.

Titre II : Les limites du contrôle par l'abus dans la fixation du prix

92. — Les professeurs Behar-Touchais et Virassamy le reconnaissent à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 1 décembre 1995: «*Au-delà de sa légitimité, cette nouvelle jurisprudence suscite des difficultés quant à la mise en œuvre du contrôle du pouvoir du contractant de fixer le prix ainsi consacré*¹²⁹.» Certes, si le contrôle du contenu du contrat (et donc celui des clauses abusives) s'appuie sur un critère général et objectif, la qualification d'abus de droit s'oriente vers le jugement d'un cas individuel. De cette constatation, certains auteurs ont tiré la conclusion que «*les tribunaux refusent en cette matière de se laisser enfermer dans aucun système*¹³⁰». Dit autrement, l'analyse des décisions de justice rendu en matière d'abus ne serait d'aucune utilité, dans la mesure où ces dernières ne procéderaient que de l'analyse des faits de l'espèce jugée. Nous pensons au contraire que dans certaines matières, l'arrêt d'espèce revêt un intérêt, car même s'il n'est pas source de droit, il informe tout de même les lecteurs sur l'opinion de la Cour à propos d'un certain comportement, car c'est de comportement qu'il s'agit, quand on aborde la question de l'abus.

93. — Nous rejoignons ainsi M. Stoffel-Munck¹³¹ lorsqu'il souligne «*s'il est probable que, dans l'ordre du droit privé – pris dans globalité – l'abus ne soit pas une qualification réductible à une logique d'ensemble, il en va peut-être différemment dans l'ordre du contrat. En outre, il est peu vraisemblable que la notion soit en cette manière absolument désordonnée car le droit des contrats n'aurait guère survécu à un tel phénomène. (...). Par intuition, enfin, on s'image mal que l'abus soit si erratique, canalisant sa force. Nos magistrats peuvent bien*

¹²⁹ M. Behar-Touchais et G. Virassamy, op cit

¹³⁰ G. Durry obs sous Cass 3^{ème} civ 12 octobre 1971 RTDC 1972, p 398

¹³¹ P. Stoffel-Munck, op cit

avoir l'équité en affection, leur tradition, leur formation, leur environnement les poussent à ne point l'adopter, du moins durablement, en système de jugement. » Paul Esmein¹³² ne dit pas autrement en six mots : « rien n'engendre l'injustice comme le désordre ».

94. — C'est donc dans un effort de systématisation de la notion que nous aboutissons au constat que la théorie de l'abus de droit a été altérée pour aboutir à la justice commutative. La démonstration résultera d'une étude de la mise en pratique des deux conceptions de l'abus de droit qui doivent prévaloir selon nous : « l'abus de déloyauté » (§1) et « l'abus de détournement » (§2).

§1. Les limites du recours au contrôle de l'abus de déloyauté

95. — L'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 15 janvier 2002¹³³, est une très bonne illustration des limites du contrôle de l'abus de déloyauté, c'est pourquoi nous nous attarderons sur les faits de l'espèce. La Société France Motors qui délivrait des voitures nippones de marque Mazda, connaissait des difficultés importantes en raison de la dépréciation du yen et de l'effondrement général du marché de la voiture. Elle prit donc des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires au point, selon la Cour d'appel de Paris, de mettre en péril la poursuite de leur activité. La Cour retient que « *le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires...* ». La Cour de cassation reprend l'analyse de la Cour d'appel et en conclut que la Société France Motos avait bien abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente. En utilisant le terme « conditions de vente » et non « prix », la Cour de cassation nous montre que le contrôle de l'abus dépasse le cadre du prix, sans que l'on puisse

¹³² P. Esmein *La place du droit dans la vie sociale*, in « *Introduction à l'étude du droit*, tome I, éd Rousseau 1951

¹³³ Com, 15 janv 2002, précité

apprécier la portée du terme en l'espèce. Nous nous en tiendrons donc à des considérations portant sur le prix.

96. — On peut effectivement se « *frotter les yeux à la lecture de l'arrêt*¹³⁴ » en raison, non pas tant de la solution rendue, même si elle prête à discussion, mais surtout des moyens employés. Il convient en premier temps d'analyser le fondement de l'arrêt qui traduit une confusion opérée par la jurisprudence entre les notions d'abus de déloyauté ou d'abus de détournement (A). De ce constat, nous rechercherons la faute de comportement (B), pour constater *in fine* que la notion d'abus de déloyauté a été altérée (C).

A. Confusion entre l'abus de détournement et l'abus de déloyauté

97. — Nous avons rappelé précédemment la conception subjective de la théorie de l'abus de droit par opposition à une conception dite finaliste. Comme Dabin¹³⁵ l'écrivait : « *La différence par rapport à la première conception tient au fait que ce n'est plus l'utilisation du droit qui est en cause, mais son étendue*. La jurisprudence n'a pas choisi clairement entre les deux conceptions de l'abus de droit que nous avons précédemment rappelées. Officiellement, l'abus est l'expression d'un principe général qu'elle rattache aux articles 1382 et 1384, position qui permet « *d'exorciser le spectre d'une politisation du débat*¹³⁶ ». Mais la pratique jurisprudentielle montre que l'abus se détache des règles de la responsabilité stricto sensu. Néanmoins nous réprouvons cette confusion entretenue qui est propice à une altération des concepts et donc à un dépassement de ses limites, engendrant l'incertitude la plus absolue. Selon nous, l'abus de droit revêt les deux acceptions précitées, seul le respect de cette dualité doit permettre d'éviter l'altération de la notion d'abus de droit dans sa globalité. C'est dans cette perspective que nous souhaiterions fonder notre commentaire contre la décision rendue par la Cour de cassation. Nous étudierons ainsi la solution de la Haute juridiction sous les deux aspects – abus de déloyauté et abus de détournement – même si, selon nous, elle a rendu sa solution sur la terrain de l'abus de déloyauté. Le caractère lacunaire de sa motivation peut néanmoins prêter à confusion.

¹³⁴ P. Stoffel-Munck, D 2002 p 1975

¹³⁵ J. Dabin, *Le droit subjectif* Dalloz 1952

¹³⁶ A. Pirovano et M. Salah, *L'abus de dépendance économique : une notion subversive ?* PA n°115 24 sept 1990, p 5 et 6

98. — Le fondement de l’abus déloyauté semble découler des termes employés. Au départ, la Cour d’appel semble s’engager pourtant sur la voie de la sanction de l’abus de détournement, sur lequel nous reviendrons plus largement. La Cour de cassation dans son arrêt note un déséquilibre relatif entre les deux contractants, c’est à dire une rupture dans la stabilité des rapports contractuels¹³⁷ : « (...) *mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l’arrêt retient que le concédant ne s’est pas imposé la même rigueur (...)* ». Mais cette affirmation, non loin de servir d’assise pour la thèse de l’abus de détournement, est un simple préalable pour mieux dénoncer l’utilisation abusive faite par le concédant de son droit de fixer le prix. Le point d’orgue de l’argumentation de la Cour d’appel, repris par la Cour de cassation, est en effet la distribution des dividendes aux actionnaires alors même que les fonds auraient pu sauver le concessionnaire en difficulté. Il ne s’agit pas de condamner la rupture d’équilibre entre les deux contractant, mais plutôt le délit de « non-assistance à personne en danger », dont se montre coupable le concédant. Ce dernier n’a pas déployé les moyens en sa possession pour sauver le concessionnaire de la faillite. C’est bien l’utilisation du droit subjectif qui est en cause, et non son étendue. Or sur le terrain de la faute de comportement, il est plus que délicat de justifier la solution rendue par la Cour de cassation.

B. Une faute de comportement contestable

99. — Comme nous l’avons précédemment expliqué, l’abus de droit, entendu dans son acception subjective, est la sanction d’un comportement qui manque à l’obligation de loyauté du contractant. La pointe extrême du devoir de loyauté est de ne pas laisser son partenaire se débattre dans les ennuis, patienter en raison de l’accablement du débiteur au lieu d’exiger son dû à l’heure dite en toute rigueur. Il ne s’agit pas de créer une obligation contractuelle nouvelle, susceptible d’exécution forcée, mais de donner vie à une simple manifestation de l’exigence morale. Comme le dit M. Stoffel-Munck¹³⁸ « *La différence est de taille, car la morale n’oblige à rien de précis, elle fixe le cap* » (faire preuve de bienveillance en l’espèce) mais laisse à l’agent le choix des moyens. Si elle impose de « faire un geste », elle n’indique

¹³⁷ cf § 110

¹³⁸ P. Stoffel-Munck, op cit

pas à l'avance lequel. En conséquence, le créancier ne sera pas en faute pour ne pas avoir exécuté telle ou telle prestation prédéterminée, mais uniquement parce qu'il n'a pas adopté une attitude adéquate. Dans l'espèce de l'arrêt du 15 janvier 2002, la Cour de cassation sanctionne la société France Motors sur le terrain de l'abus de droit, comme elle avait pu le faire dans l'arrêt Huard, sur le fondement de la notion de bonne foi¹³⁹. Peut-on vraiment considérer le comportement de France Motors comme excessif, si tenté que le terme abus de droit – entendu comme abus de déloyauté – ne soit pas encore totalement absorbé par la notion de bonne foi ? Assurément non, nous semble-t-il. Et quand bien même accepterions-nous ne nous affranchir de la distinction entre l'abus de droit et la bonne foi, n'est-il pas inexact d'affirmer que les limites de la théorie de la bonne foi ont cette fois-ci été dépassées ? Nous le pensons assurément. Nous ne pouvons pas raisonnablement condamner sur ce terrain le concédant, sans faire perdre à la notion de bonne foi, et par de là, à la notion d'abus de droit, un fond de cohérence. Un concédant doit être libre de verser des dividendes au lieu d'alléger les sujétions de ses concessionnaires. La logique financière est indispensable au cercle vertueux créateur de richesses, le juge n'est pas le mieux armé pour juger de l'allocation optimale des ressources de l'entreprise.

100. — Au-delà de la solution rendue au fond, c'est la porte ouverte par cet arrêt qui est très contestable. Les juges sont allés jusqu'à porter un jugement sur l'importance des profits pour caractériser l'abus. Or, il est nécessaire de rappeler que *« l'exigence de loyauté n'est pas du même métal que l'impératif moral s'adressant au for intérieur de chacun. Cette morale-ci, d'essence religieuse, n'a cure de réalisme et ne convoque pas l'individu au tribunal des hommes mais à celui de Dieu ou, médiatement, de sa propre conscience. La bonne foi dont nous traitons et donc la violation peut être dénommée abus, est une exigence de morale sociale. On peut bien admettre que cette morale-là soit d'inspiration religieuse, en constitue le reflet, cela n'empêche qu'elle est d'une nature différente. Il ne s'agit que d'imitation. Ensuite, la morale sociale est moins ample, tous les devoirs moraux du for interne ne passent pas au for externe, et dans le tri qu'opère le juge intervient un critère d'opportunité¹⁴⁰. »* On peut souhaiter *« atteindre le créancier qui étrangle son débiteur en exigeant paiement immédiat dans les mauvais jours pour racheter ses biens à vil prix¹⁴¹ »* mais il vaut mieux chercher à réprimer ces attitudes choquantes par un autre biais que celui de la condamnation

¹³⁹ Cass com 3 nov 1992 : Bull civ IV n°388 ; CCC 1993 n°45, note L. Leveuveur ; Def 1993 p 13777, obs J.-L. Aubert ; JCP E 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; RJDA 1993, n°380 ; RTD civ 1993 p 124, obs J. Mestre

¹⁴⁰ P. Stoffel-Munck, op cit

¹⁴¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome 4, Rousseau 1924

du lucre. « *ce serait céder à l'esprit de démesure qui pour quelques moutons noirs abomine l'espèce entière* ¹⁴² ». Le lucre ne peut être ainsi condamné de façon autonome. Quelques juges du fond se sont engagés sur cette voie, ce qui leur ont valu une censure de la part de la Cour de cassation ¹⁴³. Ils ont un moment pu prétendre rencontrer la consécration solennelle de la Cour de cassation qui, dans son fameux arrêt Alcatel ¹⁴⁴, à propos de la détermination du prix dans les contrats de distributions, donna la recherche d'une « profit illégitime » comme critère de la mauvaise foi du fournisseur. Cette idée semblait avoir été abandonnée jusqu'à l'arrêt du 15 janvier 2002 de la Cour de cassation, mais en raison de la motivation lacunaire, il est permis de douter en réalité de ce que la Haute Cour a vraiment voulu signifier. Il n'empêche, cet arrêt traduit une dénaturation de la notion d'abus de droit.

C. La dénaturation de la notion d'abus de droit

101. — Nous pouvons admettre que dorénavant la notion d'abus de droit peut être associée de façon durable à la bonne foi, perdant ainsi son caractère « excessif ». Néanmoins, le problème persiste en raison du fait que la notion de bonne foi est « fuyante », comportant de multiples facettes. Il n'y a pas vraiment de définition juridique et elle ne peut être tenue comme une institution. Il s'agit plus d'une directive devant servir de ligne de conduite au juge pour l'application du droit. Or c'est sur la base de cette acception très vague de la bonne foi que la jurisprudence, approuvée en cela par une partie de la doctrine, a étendu le domaine de cette notion pour en faire une « *mer sans rivage* ¹⁴⁵ ». « *Le concept de bonne foi conserve une consonance trop morale et des contours trop vagues pour produire des effets directs en droit positif* ¹⁴⁶ ». Certes il ne s'agit pas de contester que l'article 1134 al 3 « *oblige à une certaine décence, le contractant qui, en situation de force au stade de la conclusion ou de l'exécution du lien contractuel, se trouve être le maître du contrat* » et permet de « *pourchasser les*

¹⁴² P. Stoffel-Munck, op cit

¹⁴³ Par ex Cass com 18 déc 1979, RTDC 1980 p 780, obs G. Cornu

¹⁴⁴ Cass 1ère civ 29 nov 1994, CCC 1995, comm 24, obs L. Leveneur ; JCP 1995 II 22371, note J. Ghestin, D 1995 jur 122, note L. Aynès

¹⁴⁵ Selon l'expression de Mme David-Constant *La bonne foi, une mère sans rivage* in *La bonne foi*, A.S.B.L. éd du jeune barreau de Liège, 1990.

¹⁴⁶ P. Jourdain *Rapports français* Travail Ass H. Capitan

*comportements qui révèlent une malveillance de la part de celui qui les adopte*¹⁴⁷ ». Il s'agit seulement d'admettre que l'extension du recours à la bonne foi, et par là même, de l'abus de déloyauté, doit avoir des limites.

102. — Cette extension, qui a pour objet d'assurer la protection de l'économiquement faible, laisse entrevoir la brèche dans laquelle peut se glisser l'insécurité juridique, comme cela était le cas lors de l'utilisation de la théorie de la lésion. La notion de bonne foi sert l'objectif général de moralisation du droit, elle est en revanche inadaptée pour appréhender les inégalités de puissance économique entre contractants. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 janvier 2002 l'illustre très bien. Alors qu'en général, les décisions de la Cour de cassation contiennent une obligation de comportement transposable à d'autres cas analogues, nous sommes bien en peine ici, de tirer quelques leçons de cette espèce. La Cour de cassation, contrairement à son habitude, n'adopte pas un style qui lui permet de faire partager sa vision relativement précise de la manière dont un « bon » contractant se comporte, parce que justement en l'espèce, elle hésite quant à la façon d'appréhender les phénomènes de puissance économique, ce qui explique cette publication « en catimini » au bulletin¹⁴⁸. Elle n'invoque à aucun moment le terme de « loyauté », néanmoins en se focalisant sur l'attitude du concédant, et non sur la relation particulière existant entre les agents économiques, elle laisse à penser qu'elle rend une décision sur ce terrain-ci. Or la critique principale de l'extension de la bonne foi, au delà de son domaine naturel, réside dans le fait que cette notion ne permet pas d'expliquer pourquoi, dans certains cas, une obligation supplémentaire va être créée et mise à la charge d'une partie contractante, et que dans d'autres, le juge se refuse à mettre en œuvre son pouvoir créateur. Seul le déséquilibre de puissance économique permet de comprendre cette jurisprudence, mais la Cour de cassation n'appuie pas suffisamment sur la nature des liens qui unissent l'intégré et l'intégrateur. La solution rendue ne permet pas aux justiciables de tirer profit de la solution et d'entrevoir les différences de traitement existant entre les agents, selon leur situation de dépendance économique. L'arrêt paraît choquant au fond – à condition toutefois d'accepter la part de la logique financière dans le cycle économique – mais ne l'aurait pas été tant si la Cour de cassation s'était donnée la peine d'en fournir les fondements. La Cour de cassation rend à nouveau un jugement d'équité, de façon subjective,

¹⁴⁷ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in L'avenir du droit* PUF Dalloz Editions du Juris-Cla 1999

¹⁴⁸ L'arrêt à la mention "F-D" au bulletin, ce qui signifie « formation restreinte, simple diffusion »

avec tous les inconvénients que nous avons préalablement cités¹⁴⁹. Comme dit M. Mestre « *Aider les concessionnaires plutôt que rémunérer les actionnaires, un tel slogan séduira probablement de nombreux plaideurs*¹⁵⁰ ».

103. — Malheureusement cette tendance de la jurisprudence s'observe également sur le terrain de l'abus dans le droit de rompre les relations contractuelles. Ainsi la jurisprudence instrumentalise l'abus de droit pour sanctionner le franchiseur ou le concédant qui refuse de renouveler un contrat de distribution à l'échéance. Jusqu'à présent, la Cour de cassation s'est attachée à faire respecter le droit discrétionnaire des fournisseurs. Néanmoins, la multiplication des arrêts de censure laisse naître un sentiment de malaise et démontre que dans ce domaine-ci également, les juges n'ont pas pris soin de créer un ensemble cohérent de règles pouvant servir à titre de modèle. Après avoir ainsi montré les limites du recours à la théorie de l'abus de déloyauté, nous allons recenser celles de la théorie de l'abus de détournement.

§2. Les limites du recours au contrôle de l'abus de détournement

104. — Après un rappel des fondements tirés des principes volontaristes de l'abus de détournement (A), nous aborderons la question de la finalité de la cause de fixation de prix, à savoir la préservation d'un équilibre relatif (B). Nous aboutirons ensuite au constat selon lequel, le recours à l'abus de détournement pour protéger la partie économique faible est d'intérêt limité (C).

A. L'application des principes volontaristes

105. — « *L'abus de prérogative contractuelle*¹⁵¹ » est une institution qui respecte les principes volontaristes justifiant la force obligatoire des conventions puisque son fondement prend

¹⁴⁹ cf § 25 et 36

¹⁵⁰ RTD civ p 295

¹⁵¹ Expression de P. Stoffel-Munck

assise sur ces mêmes principes. Par suite, affirmer la primauté de l'esprit sur la lettre ne permet pas de limiter n'importe comment la force de la prérogative, il ne s'agit pas de refaire la clause mais de lui restituer sa portée véritable. Dans la mesure où, le contrat apparaît comme une construction intellectuelle, chaque clause sert une finalité qui n'apparaît peut-être pas dans sa lettre, mais qui a nécessairement été sous-entendue. Cette fonction est l'élément implicite de la volonté que doit découvrir le juge pour déterminer les limites internes de la clause. Le juge doit composer avec trois éléments, objectifs de base : le texte de la clause, le contexte du contrat, le but de l'opération économique. Pour que la fonction assignée à la prérogative puisse se recommander de la volonté des parties, elle doit s'harmoniser au moins avec ses trois éléments.

106. — La jurisprudence de l'Assemblée plénière a largement été comprise comme se rattachant à l'article 1134 al 3 C civ. Cette perspective est insuffisante. Ce n'est pas tant la loyauté du contractant, la civilité de son comportement qui fait problème ; il est bien plutôt question de savoir dans quelles limites raisonnables doit jouer la prérogative réservant à sa volonté la détermination du prix. C'est donc dans une problématique de délimitation du droit qu'on se situe. Il s'agit typiquement de résoudre un conflit entre la lettre de la prérogative, qui permet beaucoup, et l'esprit de la convention, qui permet moins. Dans cette perspective, l'utilisation du visa de l'article 1134 « *dans sa logique d'ensemble*¹⁵² », et pas seulement de son alinéa 3, se justifie pleinement. Il ne peut être question d'équité, sur ce terrain car celle-ci, découlant de la justice naturellement s'oppose aux principes volontaristes. Faire fi de ce principe, ne reviendrait pas seulement à altérer la notion d'abus de droit, dans son acception finaliste, mais tout bonnement à la nier.

107. — Il n'est donc pas irréaliste de prétendre que la clause de fixation du prix a été conçue dans la volonté des parties comme étant dotée d'une fonction propre qu'il importe de retrouver pour fixer la mesure de son jeu. Il est fort possible que l'une ou l'autre des parties n'aient pas conçu la clause dans la même perspective, mais ce qui compte pour fixer la force obligatoire de la clause, n'est pas tant la volonté interne qu'a eue chaque contractant, que la volonté qu'ils ont paru avoir ensemble et à partir de laquelle l'accord semble s'être établi. Retrouver la finalité que cette volonté a donnée à la clause, revient donc simplement à

¹⁵² Expression de R. Desgorges *la bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective* th 1992

rechercher la finalité qu'elle a normalement, pour des êtres raisonnables : dans le cas précis qui nous occupe, il s'agit de la préservation de l'équilibre contractuel relatif.

B. La préservation d'un équilibre contractuel relatif

108. — Prenons l'hypothèse d'un contrat établi entre un constructeur automobile et son concessionnaire automobile. La clause de fixation de prix est insérée dans un contrat-cadre pour permettre dans les contrats d'application – les ventes de voiture – à l'intégrateur de fixer le prix et donc la marge de l'intégré. On peut tirer du texte et du contexte du contrat, trois éléments propres à déterminer la finalité de la clause de fixation de prix. D'une part le but de l'opération contractuelle est de permettre à l'intégrateur de vendre des véhicules performants par l'intermédiaire de l'intégré, d'autre part, le contrat est de longue durée, de troisième part, les mutations technologiques et des goûts des consommateurs en matière de « design » est un fait notoire. Du rapprochement de ces éléments, on peut déduire que les modèles de voitures actuellement vendus par le concédant vont nécessairement devoir être remplacés et que c'est parce que les évolutions futures sont encore inconnues qu'il est impensable de figer les prix. Néanmoins, dès l'origine, c'est à dire dans le contrat-cadre, des prix sont avancés en fonction des modèles actuellement en vente, aucun cocontractant ne s'engagerait sans avoir un aperçu des prix pratiqués par l'intégrateur, et donc de la marge qu'il est susceptible de dégager en fonction des sujétions qu'il estime devoir subir pour revendre les biens aux consommateurs. (Rappelons que la marge, dans le domaine des ventes de voitures, peut se calculer non pas à partir du prix de vente indiqué par le concédant, mais pas rapport à la prime versée par celui-ci au concessionnaire, puisque la revente des voitures peut se faire à prix coûtant). Les modalités de départ du contrat cadre permettent donc à chacun de mesurer le rapport de forces qui existe entre eux, à établir l'équivalence subjective, telle qu'elle est prévue à l'article 1104 C Civ, dans la définition même du contrat commutatif¹⁵³. En conclusion, il est alors permis de penser que la finalité normale de la clause de fixation du prix est de s'adapter à l'évolution du marché. Et l'adaptation est nécessaire pour assurer un équilibre relatif entre les parties. En ce sens, nous pouvons appuyer notre raisonnement sur l'analyse de Mme Pétel¹⁵⁴ qui estime qu'une « *fois que les volontés se sont rencontrées, une partie ne doit pas pouvoir*

¹⁵³ cf § 12

¹⁵⁴ I. Pétel *Les durées d'efficacité des contrats*, thèse Montpellier, I, 1984

unilatéralement et arbitrairement adapter le contenu du contrat, par suite modifier son équilibre interne, établi les contractants d'un commun d'accord (...) ». Il convient donc de préciser notre pensée sur la notion d'équilibre relatif (1) et des conditions dans lesquelles les preuves de son maintien peuvent être rapportées (2).

1. Définition de l'équilibre relatif

109. — Equilibre vient du latin *aequilibrium* « balance » ; deux définitions successives sont données par le Petit Robert¹⁵⁵ « *Egalité de force entre deux ou plusieurs choses qui s'opposent* » ou « *état de repos de ce qui est soumis à de telles forces* ». Ces deux définitions traduisent les deux conceptions possibles de l'équilibre : dans le premier cas, il s'agit d'un équilibre synonyme d'équivalence concrète¹⁵⁶, entendu objectivement ; dans le second cas, c'est le maintien d'un rapport de force mais non d'une équivalence, ce qui est pour nous un « équilibre relatif », autrement dit une stabilité dans les rapports contractuels. L'équilibre relatif est le maintien de l'équivalence subjective envisagée par les parties initialement au contrat.

110. — Ce respect de l'équilibre relatif que se promettent les parties, pourrait être comparé à une promesse de stabilité. On peut alors se référer à l'analyse de M. Atias¹⁵⁷ : « *les juges peuvent découvrir des promesses de stabilité dans le contrat de travail comme dans les conventions de fourniture de crédit* ». Mis à part que l'auteur a exagérément restreint le domaine de la stabilité implicitement promise, l'observation est pertinente. On perçoit les véritables raisons de l'existence de telles promesses implicites : dans les deux cas présentés, il y a déséquilibre de puissance économique entre les parties qui conduit à une certaine dépendance économique. Dans les deux cas, le déséquilibre est compensé par une promesse de stabilité implicite au profit du contractant économiquement faible. Par le contrôle de l'abus dans la fixation du prix, le juge va s'assurer également que la partie dominante a bien rempli son obligation de préserver la stabilité du contrat. Cependant, la majorité des auteurs n'ont pas voulu voir l'abus de détournement sous cette acception. C'est pourquoi nous allons revenir

¹⁵⁵ Définition du petit Robert édition 2002

¹⁵⁶ cf § 7 supra

¹⁵⁷ Ch. Atias, *Les promesses implicites de stabilité* (crédit, emploi) D 1995, chron 125

sur leur position. Il est possible d'argumenter contre la thèse adverse sur deux points : l'équivalence objective (1.1) et la nature du contrat commutatif (1.2).

1.1 Equilibre relatif et équivalence objective des prestations

111. — Selon nous, l'abus de détournement est destiné à préserver l'équilibre relatif entre les parties, né de leur appréciation subjective de l'équivalence du contrat. Il ne s'agit pas de rétablir, par le biais de l'abus de droit, l'équivalence concrète, entendu de façon objective, dont nous avons vu précédemment les travers¹⁵⁸. Ainsi, si du fait du déséquilibre de puissance économique entre les deux parties, un déséquilibre objectif des prestations est né dès l'origine, la partie dominante qui souhaiterait perpétuer à l'avenir cette inéquivalence concrète ne commettrait pas « d'abus de droit » selon nous. Dans l'exemple des contrats de distribution, les contrats d'application doivent suivre l'axe tracé par le contrat-cadre. Admettre le contraire, revient en réalité à vouloir sanctionner de facto la lésion sous couvert de l'abus de droit dans tous les contrats de distribution intégrée. La technique de l'abus de droit devient alors un moyen indirect, au même titre que le vice de violence, ou la cause objective, pour établir l'équivalence concrète et contourner ainsi l'article 1118 C Civ, sans préalable pour justifier ce tempérament.

112. — Ce désir de contourner insidieusement les termes de l'article 1118 C civ se retrouve dans la position de Mme Frison-Roche qui emploie le terme de « *prix lésionnaire* »¹⁵⁹ pour définir l'abus, quand d'autres utilisent le terme de « *prix intenable*¹⁶⁰ ». La seule constatation que la prestation à la charge du distributeur est fixée par le maître du réseau paraît disproportionnée devrait conduire le juge à prononcer le verdict de l'abus. Cette doctrine dégage donc, comme critère de l'abus de la fixation du prix, la valeur des prestations réciproques et donc introduit une appréciation quantitative ou mathématique de l'échange. Elle rapproche le prix abusif de l'institution de la lésion, le prix lésionnaire étant alors celui

¹⁵⁸ cf entre autres § 63

¹⁵⁹ M.-A. Frison-Roche, *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1996, n°1 p 3

¹⁶⁰ Ch. Jamin, RTD com 1997, 25, n°9 ; Brunet/Ghozi, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat*, D 1998, 1, 7, n°22 à 24.

qui s'écarterait du prix du marché. Ainsi, le Professeur Frison-Roche¹⁶¹ estime que « *l'effet de la jurisprudence nouvelle ne sera donc pas d'instaurer un contrôle judiciaire général des prix... Il s'agira simplement d'étendre le pouvoir de sanctionner le prix lésionnaire au-delà de l'hypothèse extrême du prix dérisoire (...). Il ne s'agit pas en effet de changer de théorie fondamentale et de transformer le juge en maître du contrat, mais de sanctionner l'excès objectif constitué par le prix anormalement bas ou anormalement élevé.* ». Comme nous l'avons expliqué précédemment, le caractère exceptionnel de la lésion est fondamental¹⁶², et c'est entrer dans une phase d'arbitraire et de contentieux que d'instituer de tels mécanismes pour sanctionner la lésion. Nous ne pouvons donc pas adhérer à cette thèse quand bien même le contrat connaîtrait une grande disproportion au niveau des prestations.

113. — Dans cette perspective, nous regrettons également la décision rendue par la Cour d'appel de Paris, le 19 mai 2000¹⁶³. Dans cette affaire, une société souhaitant accroître les capacités de son installation compte-tenu de sa nouvelle structure informatique, avait notifié par courrier à sa cocontractant Alcatel, la résiliation anticipée du contrat de location exclusive, lui rappelant en même temps le coût exorbitant de son matériel, comparé à l'offre émise par l'un de ses concurrents de plus de cinq fois inférieur. L'abus dans la fixation du prix était invoqué afin d'échapper aux dommages-intérêts réclamés par le loueur. S'il y avait manifestement un déséquilibre objectif entre les prestations, depuis la conclusion du contrat, la société n'avait pas pour autant rompu l'équilibre relatif instauré entre les parties. L'abus de droit n'était donc pas établi. La Cour d'appel en a décidé autrement : « *Considérant qu'en appliquant les modalités contractuelles de calcul au nouveau matériel, le coût total de redevances devait s'élever à 277 917,12 HT pour huit années, non comprises les augmentations annuelles, tandis que sur une durée, certes, plus réduite, de cinq ans, la société Anicom (la concurrente) présentait une offre de 54477 HT* ». Et les juges de déduire « *que cette disproportion, au regard de la clause d'exclusivité, de la durée du contrat, du type de matériel loué et de sa durée d'amortissement, ainsi que de l'état du marché, traduit une majoration du prix dans le but d'en tirer un profit illégitime, caractérisant par là l'abus reproché à l'appelante (...)* ». Outre le fait que la Cour d'appel mentionne de façon contestable à nouveau le caractère « illégitime » du profit, elle se montre clairement en faveur,

¹⁶¹ M.-A. Frison-Roche article précité

¹⁶² cf § 14

¹⁶³ RTD civ 2000 p 570

via le mécanisme du contrôle de l'abus dans la fixation du prix, de l'annulation des contrats lésionnaires, et ce au mépris des dispositions de l'article 1118 C civ.

114. — Pour déterminer le critère de l'abus de droit, la Cour d'appel prend en compte des éléments extérieurs aux parties : clause d'exclusivité, longue durée du contrat, déséquilibre des prestations, mais également des considérations économiques, tel que l'état du marché ou les offres concurrents. Ces critères ne sont pas propres à déterminer l'abus de droit, mais plutôt aurait pu servir pour déterminer un « abus de circonstance ». Encore que ce dernier ne soit pas réellement avéré en l'espèce, car la Cour ne s'intéresse pas à la situation de dépendance de la partie requérante qui n'existait pas, la preuve en étant que la partie jugée « faible » avait choisi de sortir de son propre chef du contrat. Nous reviendrons sur la notion d'abus de dépendance¹⁶⁴, mais nous pouvons d'ores et déjà dire que cet arrêt est révélateur d'une confusion entretenue par les juridictions sur le terrain de l'abus de droit et l'abus de circonstances qui implique de prendre en compte les éléments extérieurs au contrat. Cette confusion permet à nouveau de rendre une solution d'équité sans la justifier ; solution qui s'avérait être, en outre, des plus inopportunes. Seuls les critères tirés de la majoration arbitraire et des pratiques tarifaires opaques étaient susceptibles de déterminer la notion d'abus de droit, car le contrôle de l'abus de droit impose effectivement et corrélativement, une exigence de motivation¹⁶⁵. Une autre dérive de la doctrine tient au fait qu'elle nie la nature même du contrat commutatif.

1.2 Equilibre relatif et respect du caractère spéculatif du contrat commutatif

115. — Le contrat à titre onéreux est caractérisé par l'existence d'une contrepartie. Comme nous l'avons laissé entrevoir précédemment¹⁶⁶, ce n'est pas le gain ou la perte qui résulte du contrat qui fait de ce dernier un contrat à titre onéreux, mais l'intention de lucre, la volonté d'accomplir l'acte en tant qu'affaire. Ce qui distingue le contrat à titre onéreux aléatoire du contrat à titre onéreux commutatif, ce n'est pas le gain ou la perte que l'on tire du contrat, mais le fait que dans le contrat aléatoire, les parties ont voulu, au moment de sa conclusion,

¹⁶⁴ Cf § 126 et s

¹⁶⁵ Cf § 117 et s

¹⁶⁶ cf § 40

courir la chance de gagner ou de perdre, alors que dans le contrat à titre onéreux non aléatoire, chacune des parties accomplit l'opération dans le but d'obtenir une contrepartie de l'autre tout en estimant qu'elles peuvent par cette opération provoquer un gain ou une perte. Dans le premier cas, l'aléa qui consiste dans la chance de perdre ou de gagner est un élément juridique, un élément du contrat, et la perte ou le gain une conséquence de cet élément juridique. Dans le second cas, la perte ou le gain est un simple résultat économique de l'opération, l'élément juridique étant l'existence de la contrepartie. S'il est commutatif, le contrat à titre onéreux suppose en outre que la contrepartie soit considérée comme équivalente par chacune des parties, conformément à la définition de l'article 1104 C civ¹⁶⁷. Le caractère commutatif n'exclut pas le calcul spéculatif de la part des contractants. Car s'il en était autrement, la conséquence logique serait la sanction du défaut d'équivalence. Mais on sait qu'il n'en est pas ainsi, puisque le droit exige pour la validité du contrat que les prestations existent indépendamment de leur rapport de grandeur. Le même opération peut donc être à la fois commutative et spéculative. C'est ainsi que M. Carbonnier écrit que tout contrat intéressé renferme un certain aléa, une dose d'inéquivalence¹⁶⁸, de telle sorte que même le contrat commutatif est susceptible de procurer un gain ou de causer une perte à l'une des parties au contrat. Il s'agit en résumé de rappeler que le caractère onéreux d'une prestation repose sur une notion purement subjective de l'équivalence et que l'équivalence entre les prestations n'est établie que parce qu'il y a intention de lucre, intention de conclure une affaire. C'est cette équivalence qu'il convient de maintenir.

116. — Or la nature même du contrat commutatif semble avoir été oubliée par une partie de la doctrine, ainsi M. Jamin¹⁶⁹ affirme : « *ne pourrait-on pas estimer que l'une des parties abuse du droit qui lui est reconnu de fixer unilatéralement le prix, lorsqu'elle se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant son équilibre* ». A partir du moment où le critère de l'abus est fixé, selon que la partie « *est en droit d'attendre* », il y a méconnaissance de la nature du contrat commutatif et de l'abus de droit. M. Jamin tire de l'absence de rentabilité, le critère de l'abus, il tire du résultat, la résolution du contrat et donc, de façon moins apparente que ne le faisait Mme. Frison-Roche, sanctionne le caractère lésionnaire du contrat, sous couvert de l'abus de droit. L'aléa que renferme le contrat commutatif est mis à la charge de la partie dominante.

¹⁶⁷ Cf § 12

¹⁶⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ 1969

¹⁶⁹ C. Jamin *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives* JCP 1996 I 3959

Selon nous, ces auteurs suivent la même logique que celle de la Cour de cassation dans son arrêt du 3 juillet 1996 sur la location de cassettes vidéo¹⁷⁰. Et on pourra reprendre la remarque de Mme Labarthe¹⁷¹ à propos de cet arrêt « *Sa solution nous paraît de ce fait quelque peu dangereuse, y compris si le résultat obtenu peut sembler équitable. Tout contrat relatif à l'exploitation d'un commerce pourrait faire présumer l'espérance d'un profit, selon une économie voulue par les parties. Comment savoir avec certitude, au moment de la formation du contrat, si un commerce prospérera ou échouera ? Devra-t-on annuler tous la contrats relatifs à l'ouverture d'un commerce parce que celui-ci, mal implanté, n'a finalement aucune chance de réussir ?* ». Nous démontrerons en troisième partie que des outils juridiques plus respectueux des textes et des concepts fondateurs de notre droit, permettraient, selon nous, d'arriver au même résultat, à condition que les éléments extérieurs au contrat le justifient. En attendant, il convient de s'intéresser comme pratiquement, la preuve du déséquilibre relatif peut être apporté et sanctionné par les juges du fond.

2. La preuve du déséquilibre relatif

117. — La preuve du déséquilibre relatif entre les parties se traduit par une exigence de motivation au moment de la fixation du prix afin de vérifier si l'équilibre est maintenu. Cette motivation doit permettre aux juges d'apprécier si l'intégrateur a utilisé la clause dans les limites que s'étaient fixées les deux parties lors de la signature du contrat-cadre. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 27 janvier 2000¹⁷² est tout à fait révélateur à ce sujet. En l'espèce, il s'agissait encore d'un contrat de location d'installation téléphonique en contrepartie d'une redevance. Le cadre de l'espèce est totalement étranger aux situations de dépendance économique, contexte dans lequel nous nous plaçons. Cette fois-ci, la Cour d'appel de Versailles, à la différence de celle de Paris dans l'affaire du 19 mai 2000 précité¹⁷³, a pris en compte l'absence de contrat de commandement entre les parties, pour rendre une solution motivée sur le fondement de l'abus de droit et non plus de l'abus de circonstances qui n'était pas avéré, de part l'absence de dépendance économique. La Cour d'appel de Versailles a jugé qu'un loueur avait révisé de façon abusive la redevance que lui versait annuellement

¹⁷⁰ cf § 38

¹⁷¹ F. Labarthe, article précité

¹⁷² Versailles, 27 janv 2000, RTD civ p 570, note J. Mestre

¹⁷³ cf § 113

son client, en contrepartie de la location d'une installation téléphonique, dès lors que les augmentations, pratiquées arbitrairement par le loueur, revenaient à déterminer la redevance de manière opaque, sans négociation, sans référence au prix du marché et dans des conditions révélatrices « d'un déséquilibre grandissant » entre les prestations réciproques des parties. De plus, les augmentations successives ne résultaient pas en l'occurrence de la cause de révision prévue au contrat, mais de la notification d'avenants n'indiquant ni tarif, ni barème, ni modalité. Le prestataire de services n'ayant donc pas pu motiver les raisons de l'augmentation, s'est placé en dehors de la finalité de la clause, et ainsi, a abusé de son droit dans la fixation du prix. La mention du « déséquilibre grandissant » est sur ce point tout à fait révélatrice d'une rupture dans l'équilibre relatif entre les parties.

118. — Si nous reprenons l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 2002¹⁷⁴, on peut voir que la société France Motors a demandé un effort à ses concessionnaires, en raison d'un effondrement du marché de la voiture et du Yen. En admettant que la Cour de Cassation ait entendu se placer sur le terrain de l'abus de détournement, elle aurait dû démontrer que le concédant avait porté atteinte à l'équilibre relatif. Elle ne l'a pas fait, puisqu'elle n'a pas répondu aux conclusions des demandeurs au pourvoi qui faisaient part des sujétions importantes qu'avaient subies France Motors les années auparavant sans les répercuter à ses concessionnaires. La distribution de dividendes n'est en rien révélateur d'une rupture d'équilibre, puisque ce choix d'allocation des profits ne concorde, ni temps, ni en proportion, au profit réellement dégagé par le concédant, à l'heure où son concessionnaire est en difficulté. C'est cette absence de causalité, qui justifie que nous persistions à nous placer sur le terrain de l'abus de déloyauté, pour critiquer l'arrêt.

119. — Comme nous l'avons précédemment indiqué avec l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 2000¹⁷⁵, il faut condamner l'approche qui consisterait à utiliser des éléments extérieurs aux parties et au contrat pour déterminer le critère d'abus de droit et encore moins à des critères directement révélateurs de la lésion. Ainsi, nous pouvons contester l'analyse de M. Jamin¹⁷⁶ selon lequel le critère de l'abus repose sur « *des données économiques et quel*

¹⁷⁴ cf § 95

¹⁷⁵ RTD civ 2000 p 570

¹⁷⁶ C. Jamin, art précité au D 1996 p 342

qu'il soit – référence au marché, aux usages contractuels, renvoi indirect à la lésion, juste prix, impossibilité financière de poursuivre l'exploitation ». Notons que l'auteur souligne à juste titre que ces critères risquent justement d'échapper aux juristes, car on sort justement du cadre de l'abus de droit. Les limites du recours à la théorie de l'abus de déloyauté sont alors évidentes.

C. Les limites de la recherche de l'équilibre contractuel relatif

120. — L'analyse volontariste du contrat de distribution intégré permet d'assurer l'équilibre relatif, et non l'équivalence concrète. Ripert¹⁷⁷ disait « *Si le droit naît du contrat, le débiteur a accepté à l'avance cette soumission (...) celui qui est obligé doit supporter sans se plaindre les actes qui rentrent dans l'exercice du droit* ». Ainsi, si du fait du déséquilibre de puissance économique entre les deux parties, la partie en situation de dépendance se voit imposer une inéquivalence concrète, le contrôle de l'abus de droit ne pourra pas y remédier, d'autant plus si le déséquilibre procède des circonstances extérieures au contrat, que la partie en difficulté n'avait pas envisagées lors de sa conclusion. Il est évident qu'au moment de la conclusion de l'accord-cadre, les cocontractants se trouvent dans l'impossibilité matérielle et intellectuelle de tout prévoir. Ils présentent en eux-mêmes une rationalité limitée, et ils ne peuvent véritablement connaître à l'avance l'ensemble des comportements qu'adoptera l'autre partie, face à des événements extérieurs imprévisibles. Le recours à la théorie de l'abus de détournement connaît donc des limites certaines dans l'optique d'une protection de l'agent en situation de dépendance économique.

121. — La Cour de cassation rappelle de temps à autres les principes volontaristes qui gouvernent l'abus de détournement, sanctionnant ainsi les juges du fond, davantage enclin à rendre des solutions empreintes de justice commutative sur le fondement de l'abus de droit. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 février 2003¹⁷⁸ en est une illustration. En l'espèce, des boulangers ont obtenu un prêt auprès d'un fournisseur en échange d'un approvisionnement exclusif de farine. Ne pouvant honorer leurs engagements, le fournisseur

¹⁷⁷ G. Ripert *Abus ou relativité des droits à propos de l'ouvrage de M. Josserand* Rev. Crit. de législ. et de juri 1929, 33, n°21

¹⁷⁸ juris Data 2003-017831

les a poursuivit en justice. Les défendeurs ont demandé reconventionnellement l'annulation de l'accord. La Cour de cassation retient : « *Attendu que pour décider que le contrat d'approvisionnement exclusif conclu entre les parties devait être résilié aux torts de la Société G. et rejeter sa demande en paiement, l'arrêt retient que les conditions de prix qui étaient faites dans le cadre du contrat d'approvisionnement étaient assises sur la base des seuls tarifs fournisseurs et qu'il en résulte un abus dans la fixation du prix de la farine vendue. Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que le contrat prévoyait un prix d'approvisionnement connu et accepté des clients et révisable en fonction de la moyenne d'indices publiés précisément déterminés, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* ». La Cour de cassation empêche ainsi de sanctionner la lésion dans le contrat, résultant de l'existence d'une clause de quota de farine et dont la quantité fixe inscrite au contrat dépassait largement les besoins en farine des boulangers. Cette clause de quota fut d'ailleurs validée par la Cour de cassation pour les mêmes motifs que ceux relevés précédemment. Néanmoins, la Cour de cassation laisse entrebâillée la porte de la sanction pour lésion quand elle affirme ensuite : « *Attendu que pour décider que le contrat d'approvisionnement devait être résilié, la Cour d'appel retient encore que les conditions de prix étaient supérieures de 25% par rapport aux prix de vente des farines pratiqués par les autres fournisseurs et qu'il en résulte un abus dans la fixation du prix.* ». « *Attendu qu'en statuant ainsi sans répondre aux conclusions du fournisseur selon lesquelles le prix de vente était réduit par l'effet d'une ristourne, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » La Cour de cassation aurait pu sanctionner purement et simplement l'appréciation des juges du fond en relevant que l'abus de droit ne pouvait être caractérisé par le simple fait de ne pas pratiquer des prix concurrentiels. Toutefois, elle prend la peine de préciser, pour rejeter le pourvoi, qu'il n'y avait peut être pas réellement en l'espèce un écart de prix avec ceux pratiqués par les concurrents. La Cour de cassation sous-entend donc que le fournisseur a une obligation de s'aligner sur les prix de la concurrence sans évidemment justifier ce devoir d'alignement. Or ce dernier trouve sa source dans les circonstances extérieures au contrat – la situation de dépendance économique – que le contrôle de l'abus de droit ne devrait pas permettre de prendre en compte.

122. — La solution qui consiste à imposer un alignement des prix sur la concurrence peut en effet se trouver justifiée dans certaines situations, comme dans l'espèce de l'arrêt du 11 février 2003, quand il existe un lien de dépendance économique entre les deux parties. Le fournisseur aurait éventuellement pu revoir à la baisse la clause de quota d'achat de farines,

afin d'adapter le contrat aux besoins de son client. On aperçoit donc les limites du recours à la théorie de l'abus de détournement qui ne permet d'appréhender ces situations susceptibles de générer des abus. Cette observation permet de souligner l'importance d'une consécration, de la part de la Cour de cassation, de l'autonomie de l'abus de dépendance économique, seule technique susceptible de prendre en compte les circonstances extérieures au contrat pour imposer des devoirs supplémentaires à la partie dominante.

Conclusion de la seconde partie

123. — « *Il est nécessaire de dépasser la scène juridique formelle, celles des entités reconnues formellement par le droit, pour saisir le véritable siège du pouvoir économique afin de mieux en discipliner l'exercice*¹⁷⁹. » C'est en partant de ce principe que nous souhaitons désormais voir consacrer la notion d'abus de dépendance économique. Contrairement à ce qu'affirme M. J.-P. Chazal¹⁸⁰ dans sa thèse, nous ne pouvons pas affirmer que le système initié par les arrêts de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 permet en l'état de « *sanctionner les abus de puissance économique* ». Il convient en effet d'opérer une distinction entre la notion d'abus de droit et la notion de dépendance économique. Nous croyons en effet en l'autonomie de l'abus de dépendance économique en matière civile. Seule la création de ce principe général permettra de fixer les règles strictes pour ne pas tomber dans l'équité objective, dangereuse pour la sécurité contractuelle. Il est donc important d'admettre les limites du recours à la théorie de l'abus de droit, afin de ne pas édicter une règle générale d'équivalence concrète. Elle ne peut être un moyen de protéger de façon satisfaisante la partie économiquement faible puisque le contrôle par l'abus de droit n'est pas destiné à prévenir les situations d'inéquivalence concrète et à appréhender les circonstances de fait, directement à l'origine du déséquilibre économique.

¹⁷⁹ A. Pirovano et Salah, article précité

¹⁸⁰ J.-P. Chazal *De la puissance économique en droit des obligations*, th Grenoble 1996

Partie III : Une solution novatrice : la sanction de l'abus de dépendance économique en droit civil

124. — La théorie générale des obligations semble incapable de prendre en compte les inégalités de fait existant entre les agents économiques, sans en modifier ses concepts fondateurs. Nous avons montré qu'il était inopportun d'imposer une règle d'équivalence concrète et que le contrôle par l'abus de droit était à lui seul insuffisant pour protéger les inégalités contractuelles. De ce constat, il serait tentant de reprendre le principe qui a été l'origine du droit de la consommation : « *le développement d'un droit particulier en cette matière a été rendu nécessaire par l'insuffisance du droit commun*¹⁸¹ » et ainsi exiger la création d'un droit particulier pour protéger les agents économiquement faibles, bien que commerçants juridiquement autonomes. En réalité, sur le plan des principes, il n'y a aucun empêchement rédhibitoire à ce que la théorie générale des obligations prenne en compte les inégalités de puissance économique, et ce sans avoir recours à l'autonomie radicale que nous connaissons avec l'avènement du Code de la consommation. Sur ce point-ci nous rejoignons M. Nourissat¹⁸² quand il affirme « *Face à la multiplication, ces dernières années, de textes spéciaux, qui n'ont pas toujours apporté les réponses attendues, ne serait-ce que parce que leur finalité a parfois été mal comprise, il est tenant de revenir à la « loi fondamentale » : le code civil.* ». Mais contrairement à cet auteur, nous ne pensons pas que la clé se trouve dans l'assimilation de la contrainte économique à un vice de violence. Nous avons en effet jusqu'à présent condamné, dans leur grande majorité, les tentatives d'adaptation du droit civil pour coller à la réalité économique. Nous maintenons néanmoins qu'une protection minimale des commerçants en situation de dépendance économique peut être instaurée à l'aide de la théorie générale des obligations. Cette protection passe par la recherche de l'équité objective et non plus subjective, voie sur laquelle s'était engagée la jurisprudence jusqu'à maintenant.

125. — L'équité objective « *est un système de règles de droit que les juges sont amenés à créer en parallèle au système préexistant devenu trop rigide, afin de l'assouplir, de l'adapter*

¹⁸¹ J. Calais-Auroy *La protection légale et réglementaire du consommateurs* in *Données nouvelles par pour un droit de la consommation* Journées d'Aix en Provence des 17 et 18 nov 1972. Dalloz 1974

¹⁸² C. Nourissat, article précité

*aux transformations de la société ou aux changements de la sensibilité morale*¹⁸³ ». L'équité objective permet de compléter les insuffisances des lois et non en altérer les concepts par l'érection de principes généraux du droit que le juge découvre « *en suspension dans l'esprit de notre droit*¹⁸⁴ ». Certes l'équité fut-elle objective ne peut servir de fondement juridique ou être une source directe de droit¹⁸⁵. Mais elle irrigue la matière juridique au travers de concepts juridiques plus ou moins bien adaptés. Nous allons démontrer que le recours au contrôle de l'abus de dépendance économique au niveau du droit civil, et plus seulement du droit de la concurrence, serait le meilleur moyen d'assurer la protection de l'agent en situation de dépendance économique. Il faudra donc dans un premier temps apprécier la notion de dépendance économique (Titre I), avant de déterminer le critère de l'abus (Titre II).

Titre I : La notion de dépendance économique

126. — La finalité selon nous du contrôle de l'abus de dépendance économique est de mettre l'accent sur « l'abus de circonstances », par opposition à « l'abus de droit » dont les contours ne permettent pas d'appréhender correctement l'ensemble des phénomènes de puissance économique. Ainsi nous combattons l'idée que l'abus de dépendance économique « *n'est qu'une application parmi d'autres de la théorie de l'abus de droit*¹⁸⁶ ». Il est vrai que les deux notions présentent a priori le même avantage de souplesse et de plasticité qui permet au juge de prendre en compte les exigences de la morale et de l'équité. Néanmoins, comme le soulignent M.M. Pirovano et M. Salah¹⁸⁷ : « (...) *il y a loin de la similitude fonctionnelle à l'identité conceptuelle* ». « *La différence tient au fait que l'abus de dépendance ne viserait pas le contrôle direct de l'exercice d'un droit subjectif isolé, mais celui d'un pouvoir de fait, d'une puissance économique dans ses relations avec des partenaires en situation d'infériorité.* » Notre démarche consiste donc à déterminer les critères susceptibles de définir le contexte extérieur au champ contractuel qui influe insidieusement sur son contenu, le rendant parfois même lésionnaire pour la partie économiquement faible. Il conviendra donc

¹⁸³ J. Carbonnier, *Flexible du droit*, LGDJ, 1969

¹⁸⁴ *Ethique à Nicomaque* Liv V chap X 7

¹⁸⁵ J. Ghestin et G. Goubeau *Introduction générale*

¹⁸⁶ L. Boy, *Le cadre civil des affaires*

¹⁸⁷ A. Pirovano et M. Salah *article précité*

d'établir une définition théorique de la dépendance économique (§1) avant d'apprécier les applications jurisprudentielles qui ont été déjà faites en droit civil (§2).

§1. Définition de la notion dépendance économique

127. — Selon Mme Del Cont¹⁸⁸ : « *L'état de dépendance économique se caractérise par une « expropriation » de l'agent économique dominé, sujet juridique indépendant, au profit d'un ou plusieurs agents économiques, de sorte que les rapports économiques contredisent en fait son indépendance juridique* ». Il est possible de dresser une typologie des contrats propices à l'émergence de situations de dépendance économique (A), même si ces situations de s'analysent avant tout *in concreto* (B).

A. Typologie des contrats de dépendance économique

128. — M.M. Pirovano et Salah¹⁸⁹ affirment que « *l'abus de dépendance est une « norme mixte » qui relève à la fois d'un contrôle de la puissance économique (structure) et des actes (comportements) et se situent au confluent du droit de la concurrence et du droit des contrats* ». Nous pensons pour notre part que l'utilisation de cette norme en matière civile, doit être distinguée de celle consacrée en droit de la concurrence. En effet, si l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a posé comme principe dans son article 8, l'interdiction d'abuser « *de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions équivalentes* », le Conseil de la concurrence s'est montré très restrictif dans l'appréciation de la notion de dépendance économique, et son interprétation du texte a été validée par la Cour de cassation le 12 octobre 1993¹⁹⁰. La dépendance économique suppose la prise en compte cumulativement de quatre critères : la notoriété de la marque du fournisseur, une part de marché importante détenue par le fournisseur, un chiffre d'affaires conséquent réalisé entre les deux partenaires, l'absence de produits équivalents sur le

¹⁸⁸ C. Del Cont, op cit

¹⁸⁹ A. Pirovano et Salah, article précité

¹⁹⁰ Cass com 12 oct 1993, Bull civ IV, n°337 p 243 ; D 1994 somm p 169, obs C. Gavaldà et C. Lucas de Leyssac

marché¹⁹¹. Ces critères ont été établis en considération du but pour lequel ils ont été instaurés : la protection du marché, considération bien différente de celle qui nous occupe présentement, comme nous l'avions laissé entendre dans notre introduction¹⁹². Nous ne reprendrons pas ces critères que nous jugeons trop restrictifs. Il est souhaitable d'instaurer une notion d'abus de dépendance économique en matière civile.

129. — Selon M. Virassamy¹⁹³, les contrats de dépendance sont ceux qui régissent « *une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination.* ». Plusieurs critères sont déterminants dans l'établissement d'une situation de dépendance économique. L'existence d'un contrat-cadre de distribution isolant les parties contractantes par rapport au marché est sûrement le critère le plus distinctif. En effet, le principe de l'accord-cadre de distribution se révèle être une efficace alternative au marché, notamment au regard de l'économie des coûts des transactions qu'un tel système permet. Son pendant est qu'il conduit dans le même temps à donner de grands pouvoirs au promoteur du réseau. C'est précisément cet isolement par rapport au marché, exacerbé en présence d'une exclusivité, qui peut être considéré comme le lieu idéal de fomentation des abus.

130. — On peut dresser une typologie des contrats de distribution susceptibles de donner lieu à ce type d'abus. Ce sont tous des contrats d'exclusivité. Ces contrats sont essentiellement le contrat d'approvisionnement ou d'achat exclusif, le contrat de distribution ou de fourniture exclusive et le contrat de concession. En premier lieu, le contrat d'approvisionnement exclusif au profit du fournisseur suppose que le revendeur se soit engagé à ne pas acheter les produits faisant l'objet du contrat à d'autres fournisseurs que son cocontractant, alors même que celui-ci conserve la possibilité d'approvisionner d'autres revendeurs dans la même zone de vente. Par un contrat d'assistance et de fourniture, le fournisseur peut cependant accorder l'usage de

¹⁹¹ Décision n°89-D-16 du 2 mai 1989, *relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la société Chaptal SA à la société Mercedes Benz France*, B.O.C.C. 30 mai 1989 ; Paris, 12 juil. 1990, D 1990, IR, 224 ; Paris, 5 juill. 1991, D 1991, IR, 247 ; Paris 16 oct 1992, D 1992, IR 28 ; Cass com 2 juin 1992, Bull civ, IV, n°224 = CCC 1992, n°220, L Vogel ; Cass com 12 oct 1993, Bull civ, IV, n°337 = D 1994, Somm 169, obs Gavalda/Lucas de Leyssac ; Cass com 12 janv 1999, Bull civ, IV, n°10=RJDA 1999, n°482 ; Versailles, 27 janv 2000 JCP 2000, E, n°23, 872.

¹⁹² Cf § 5

¹⁹³ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance 'essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* th L.G.D.J. 1986

la marque et de l'enseigne et s'engager à apporter une certaine assistance au concessionnaire. C'est à cette obligation que sont tenus les pompistes à l'égard des sociétés pétrolières ou les débitants de bière à l'égard des brasseurs. En deuxième lieu, le contrat de distribution exclusive au profit du distributeur suppose un engagement de la part du fournisseur à ne distribuer les produits contractuels que par l'intermédiaire de son cocontractant, pour un secteur géographique déterminé au contrat. En troisième lieu, le contrat de concession se révèle être une association minimum des engagements d'approvisionnement exclusif et de distribution exclusive. C'est ce dernier qui par excellence peut donner lieu potentiellement à le plus d'abus de dépendance économique.

131. — De ces contrats, il faut distinguer les contrats de franchise qui consistent à accorder une exclusivité dans la réitération d'une réussite commerciale. « *Puîné des contrats de concession*¹⁹⁴ », le contrat de franchise est un contrat par lequel un franchiseur accorde à un franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise, c'est-à-dire des droits de propriété intellectuelle ou industrielle, dans le but de commercialiser des types de produits ou de services déterminés. Si l'exclusivité n'est pas de l'essence du contrat de franchise, il reste qu'elle est stipulée dans la majorité des cas. L'on y retrouve l'exclusivité d'approvisionnement au profit du franchiseur et l'exclusivité territoriale au profit du franchisé. Ce sont précisément les droits de propriété industrielle et intellectuelle concernant l'enseigne, la marque et, particulièrement, le savoir-faire, imposant aux juges du fond une analyse concrète avant toute requalification du lien contractuel, comme nous l'avons laissé entendre précédemment¹⁹⁵. A la différence des contrats de concession exclusive, les contrats de franchise ne sont pas des contrats de dépendance par excellence. Il sera important de distinguer les contrats de franchise dit « partenariale » des contrats de franchises qui organisent un véritable réseau de distribution intégrée.

132. — Il reste la question des contrats de prestation de service, comme celui d'installation de matériel de téléphonie assorti d'une clause d'exclusivité. Nous avons rencontré ce type de contrats à plusieurs reprises¹⁹⁶ ; nous contestons les critères choisis pour déterminer l'abus dans la fixation du prix quand les juges avaient pris en compte des éléments totalement

¹⁹⁴ Ph. Le Tourneau *Le franchisage*, Droit poche, Economica, 1994

¹⁹⁵ Cf § 33

¹⁹⁶ Cf Paris 19 mai 2000 § 113, Versailles 27 janvier 2000 § 117

étrangers aux prévisions des parties. La Cour d'appel de Paris¹⁹⁷ avait ainsi relevé : « *que cette disproportion (dans les prix par rapport à ceux pratiqués par le concurrent) , au regard de la clause d'exclusivité, de la durée du contrat, du type de matériel loué et de sa durée d'amortissement, ainsi que de l'état du marché, traduit une majoration du prix dans le but d'en tirer un profit illégitime, caractérisant par là l'abus reproché à l'appelante (...)* ». Peut-on en déduire qu'il s'agissait en l'espèce d'un abus de circonstances ? Nous ne le pensons pas. Le client ne se trouvait pas « *tributaire de la relation contractuelle* » pour sa survie, si on s'en réfère à la définition donnée par M. Virassamy¹⁹⁸. Il y avait certes une dissymétrie de puissance économique entre les parties, mais la société requérante n'était pas en situation de dépendance, à proprement parler, cela est d'autant plus évident que c'est elle-même qui avait rompu le contrat pour aller contracter chez le concurrent moins cher. En conséquence, Alcatel ne devrait pas se voir reprocher le caractère lésionnaire du contrat. Les éléments relevés par la Cour d'appel ne peuvent justifier en soi un devoir d'alignement sur les prix des concurrents. Cela équivaldrait sinon à remettre en cause, de façon bien trop général, le caractère exceptionnel de la sanction pour lésion. Sous-jacente à cette question, il apparaît clairement que l'appréciation de la situation de dépendance économique doit être *in concreto*.

B. L'appréciation *in concreto* de la situation de dépendance économique

133. — Le déséquilibre de puissance économique entre un petit fabricant et une grande surface de distribution s'appréciera par exemple en fonction de leur puissance commerciale respective, le fabricant au regard de sa puissance de vente, le plus souvent fondée sur sa notoriété, et la grande surface au regard de sa puissance d'achat. Il est certain que si les achats de celle-ci représentent plus de 50% des ventes de celui-là, tandis que le chiffre d'affaires du premier ne représente qu'une part infinitésimale des achats de la seconde, alors il y aura un déséquilibre manifeste de puissance commerciale entre les deux. L'utilisation de la méthode de l'appréciation *in concreto*, pour analyser les déséquilibres de puissance économique présente l'avantage d'éviter les cas de surprotection et de sousprotection qui caractérisent le système de protection fondé sur l'abstraction¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Cf Paris 19 mai 2000, § 113

¹⁹⁸ Cf § 129

¹⁹⁹ A ce sujet, nous renvoyons à la thèse de M. J.-P. Chazal précitée

134. — Le principe d'une appréciation *in concreto* a déjà été bien perçu par la jurisprudence puisque la Cour d'appel de Paris l'a rendu dans le domaine du droit de la concurrence le 20 octobre 1993²⁰⁰. En l'espèce, il était reproché à d'importantes compagnies pétrolières d'avoir imposé à leurs cocontractants des engagements d'exclusivité et des conditions contractuelles restrictives de concurrence. Mais la Cour n'est pas entrée en voie de condamnation, aux motifs que les cocontractants étaient des stations-service de grandes surfaces, et que « *raffineurs et grandes surfaces sont des puissances commerciales disposant de capacités de négociation globalement comparables* ». Cet exemple illustre parfaitement la souplesse de l'appréciation concrète, qui permet de comparer les puissances économiques de chaque contractant, afin de déterminer s'il y a ou non déséquilibre manifeste et systématique.

135. — Malgré le caractère concret de l'appréciation de la puissance économique, il paraît souhaitable que la Cour de cassation exerce son contrôle. En effet, il s'agit d'un problème de qualification dans la mesure où le juge tire des conséquences juridiques du constat d'une dissymétrie de puissance économique entre deux personnes et ce, afin d'harmoniser les solutions rendues par les toutes les juridictions du fond. Il importe en effet d'instaurer une certaine unité de solutions dans un domaine où les situations de faits sont généralement complexes, et les tentations des justiciables de se retrancher derrière leurs prétendues faiblesses, afin de bénéficier des régimes de protection, extrêmement fréquentes. Si les juridictions du fond ont bien saisi l'importance d'une appréciation *in concreto* de la situation de dépendance économique, rares sont celles qui ont officiellement tiré les conséquences de cette reconnaissance.

§2. Les applications jurisprudentielles

136. — On peut ainsi relever quelques décisions des juges du fond à ce sujet. Mme Del Cont²⁰¹ fait remarquer que : « *Vidée de sa composante concurrentielle, la notion de dépendance « contamine » le droit des obligations, elle pénètre progressivement l'interprétation jurisprudentielle des contrats reposant sur la subordination économique des*

²⁰⁰ Paris, 20 oct 1993, CCC 1993, n°197, obs L. Vogel

²⁰¹ C. Del Cont, op cit

contractants intégrés (...)». Dans ces cas marginaux, la sanction n'était nullement fondée sur l'article de l'ordonnance de 1986 (devenu L 442-6 et suivant C com) mais uniquement sur une notion empruntée à l'article. Les cas d'espèce portent dans leur grande majorité dans l'hypothèse de rupture de contrat d'exclusivité, car à défaut d'officialiser un concept – celui de l'abus de dépendance économique – il paraît difficile d'espérer que les puissances économiquement faibles prennent le risque de s'en référer, pour exiger l'adaptation de leur contrat jugé lésionnaire²⁰². Ce sont là toutes les limites d'un procédé d'équité subjective. Outre le fait qu'il favorise le développement du contentieux en omettant de donner les véritables raisons qui sous-tendent sa solution, il ne permet que d'avoir un rôle de réparation au moment de la rupture du contrat, et non de prévention, dans la grande majorité des hypothèses où il est susceptible de s'appliquer.

137. — Ainsi, par exemple, dans une affaire où les franchisés avaient demandé la résolution de leur contrat aux torts du franchiseur qui leur interdisait toute initiative, notamment en imposant les tarifs de fourniture et de revente des produits, la Cour d'appel de Paris jugea que les franchisés étaient placés dans « *une situation de dépendance économique incompatible avec la nature même du contrat dans lequel le franchisé demeure un commerçant indépendant*²⁰³ ». De même, dans une autre affaire, où un concessionnaire, partie à un contrat à durée déterminée de deux ans, reprochait au concédant de ne pas avoir appliqué la réglementation européenne imposant un minimum de quatre ans et de l'avoir ainsi privé d'une chance de voir les rapports commerciaux se poursuivre plus longuement, la même Cour considéra que la responsabilité du concédant était d'autant plus certaine que « *dans le contrat d'adhésion liant les parties, la position dominante appartenait à l'évidence à Renault (et) qu'il appartenait à la partie dominante de faire en sorte que l'ordre public économique européen soit respecté*²⁰⁴ ». Dans ces deux affaires, on le voit, la sanction est donc prononcée en raison de l'existence de cette position de dominance, à l'intérieur même de la relation bilatérale.

138. — Cette prise en compte de la dépendance économique par les juridictions du fond a laissé perplexe une partie de la doctrine. Ainsi le professeur Jacques Mestre retient que le concept de dépendance économique est « *désormais de plus en plus présent à la base ou au*

²⁰² On soulève alors le caractère exceptionnel de l'arrêt Huard cf § 156

²⁰³ Paris 10 mars 1989, *Sté Lobypar et a. c. Sté de la Croissanterie*

²⁰⁴ Paris, 23 mars 1989, *Sté Euro Garage c. Régie Renault*

soutient de décisions de juges du fond. On peut sans doute le comprendre tant il est vrai que certaines relations contractuelles, parce qu'elles sont directement à la source par l'une des parties d'une véritable profession, s'accordent mal avec une véritable liberté de négociation. Mais il reste qu'on ne doit pas sous-estimer le ferment révolutionnaire que constituerait cette notion si elle devenait trop facilement sollicitée par les tribunaux. Aussi est-il permis de souhaiter ici une attitude judiciaire prudente, raisonnable, qui ne fasse appel au concept en question que pour confronter des solutions s'appuyant d'ores et déjà et plus directement, comme elles le peuvent d'ailleurs habituellement, sur des dispositions législatives (par ex les art. 1112, 1134 al 3 ou 1147 c. civ)²⁰⁵. Certes s'il constitue « un ferment révolutionnaire », nous pensons que notre concept d'abus de dépendance économique est le seul, en l'état actuel, qui puisse être utilisé pour appréhender de façon appropriée les phénomènes de puissance économique. Il présente l'avantage de ne point altérer les notions de bonne foi, d'abus de droit, et ne méconnaît pas les dispositions du code, telles que les articles 1104 et 1118 C civ. Pour ces raisons, nous ne pensons pas que ce concept fait « double emploi avec d'autres méthodes²⁰⁶ ». Une fois établi ce préalable, il convient de déterminer le critère de l'abus.

Titre II : Le critère de l'abus de dépendance économique

139. — « L'abus de dépendance économique ne sanctionne pas l'excès, mais sert à compenser dans une certaine mesure l'inégalité concrète entre les divers partenaires au moyen d'un inflexissement du principe de l'égalité formelle des sujets de droit²⁰⁷. » Il peut néanmoins exister des chevauchements avec l'abus de droit, l'arrêt du 13 février 2003 de la Cour de cassation – celui du contrat d'approvisionnement de farine - en est une illustration. La Haute Cour s'est positionnée à la fois sur le terrain de l'abus de droit dont elle a contesté l'existence, et sur celui de l'abus de dépendance économique en évoquant implicitement une obligation d'alignement des prix sur celui des concurrents. La conception de l'abus de droit est une notion rodée et plus rassurante. Chaque fois que les tribunaux peuvent l'utiliser, ils y auront recours simultanément ou alternativement avec celle d'abus de dépendance économique comme en témoignent les décisions des juridictions de fond qui retiennent une

²⁰⁵ Obs. RTD civ 1989, p 538

²⁰⁶ F. Perochon, *Responsabilité et dépendance économique : tendances récentes en faveur des distributeurs*, CDE 1989/4

²⁰⁷ A. Pirovano, M. Salah, article précité

conception élargie de l'abus de droit. C'est ainsi que par exemple, sur jugement du 20 novembre 1989²⁰⁸ le Tribunal de Commerce de Marseille relève pour qualifier le comportement de Mercedes-Benz « *que... par la suite elle a de manière brutale et unilatérale* (donc l'hypothèse de l'abus de droit classique) changé de position, et que « *cette attitude, compte tenu de sa position dominante apparaît comme particulièrement critiquable et inadmissible* ». Ici l'abus de dépendance met en relief l'abus de droit.

140. — La notion d'abus de dépendance économique telle que nous l'entendons diffère de celle consacrée par le droit de la concurrence et ne peut être reprise, telle qu'elle, en droit civil. Dans ce domaine-ci, la Cour de cassation n'a pas officiellement encore consacré la notion d'abus dépendance économique. Elle a néanmoins employé le vocable « d'abus d'exclusivité », dans l'affaire *Alcatel*²⁰⁹ mais l'a malheureusement abandonné au profit du concept « d'abus de droit », avec toutes les conséquences préjudiciables qui en résultent. Il convient de souligner l'autonomie de la notion par rapport au droit de la concurrence, et ce, même si depuis la loi NRE l'abus de dépendance peut être sanctionné en dehors de toute affectation de la concurrence sur le marché. Qui plus est, contrairement aux dispositions des articles L 442-6 et suivant du Code de commerce, nous envisageons d'employer le terme « abus » pour sanctionner des comportements qui ne relèvent pas forcément d'un abus de « déloyauté » (§1). Le critère de l'abus sera en effet un manquement à une obligation de coopération à la charge de la partie dominante (§2).

§1. Le rejet d'un critère fondé sur le devoir de loyauté

141. — Comme le remarquent M.M. Pirovano et Salah²¹⁰ « *le caractère « ouvert » de la notion d'abus dépendance économique se confirme lorsqu'on constate qu'elle se situe également au confluent du droit et de la morale.* ». C'est afin d'aboutir à une solution d'équité, que nous voulons voir officialiser la notion d'abus de dépendance en droit civil. Dans sa thèse, Mme Lebreton²¹¹ a souhaité dresser les contours de ce qu'elle appelle « *un abus d'exclusivité* », dans une perspective à laquelle nous adhérons et qui consiste d'abord à

²⁰⁸ Tribunal de Commerce de Marseille. Cah dr. En 19 octobre 1989 p 21

²⁰⁹ Cass civ 1^{ère} 29 nov 1994, précité

²¹⁰ A. Pirovano et M. Salah, article précité

²¹¹ S. Lebreton, op cit

prévenir les situations de déséquilibre contractuel, plutôt que d'imposer une règle d'équivalence concrète. Néanmoins, nous ne partageons pas entièrement le point de vue de l'auteur. Elle situe le concept d'abus exclusivement sur le terrain de la déloyauté. « *L'abus d'exclusivité est un comportement déloyal en ce qu'il révèle, chez son auteur, la conscience de menacer l'existence du lien contractuel d'exclusivité auquel il appartient...* ». Il s'agit d'un comportement qui « *biaise la relation contractuelle par l'apparition de pratique et d'attitudes à la limite de la légalité*²¹² », qui se situe donc dans la « *manière d'arrivée au port*²¹³ », c'est à dire dans la manière de conclure le contrat, mais aussi dans la manière de l'exécuter. Ainsi, Mme Lebreton estime que l'abus d'exclusivité est une menace dans la réalisation du but contractuel, et met le partenaire contractuel en situation de danger. L'auteur de l'abus d'exclusivité recherche son intérêt propre, son intérêt personnel, mais cette recherche « *est animée par une sorte de malignité égoïste, en ce qu'il a conscience qu'elle se fait au détriment de l'intérêt de son partenaire*²¹⁴. » L'auteur agit dans « *au mépris des intérêts légitimes de son cocontractant ainsi que de l'intérêt du lien contractuel d'exclusivité*²¹⁵ ».

142. — Nos explications passées à propos de l'abus de droit nous permettent d'aboutir à une analyse différente. Il n'est pas selon nous opportun de recourir à la notion de « *déloyauté* » ou encore de « *malignité égoïste* » car ces notions sont trop réductrices pour appréhender la réalité des phénomènes de puissance économique. « *Se prévaloir d'une position de force n'est pas contraire à la loyauté contractuelle*²¹⁶ ». Adopter la démarche inverse, c'est risquer sinon d'altérer la notion de loyauté, puisqu'il est alors question d'apprécier le comportement de la partie économiquement forte uniquement d'un point de vue moral. Nous préférons consacrer une obligation de coopération à la charge de la puissance économique, qui découle de la situation de dépendance économique.

²¹² E. Allix-Desfautaux *Comportements opportunistes et négociations d'affaires internationales : une approche par la théorie des coûts de transaction*, th Caen 1992, cité par M. Lebreton op cit

²¹³ *ibid*

²¹⁴ S. Lebreton, op cit

²¹⁵ *ibid*

²¹⁶ C. Larroumet, *Le contrat*, *Economica*, n°372

§2. La création d'une obligation de coopération à la charge de la puissance économique

143. — Il ne s'agit pas de créer comme le souhaiterait M. J.-P. Chazal²¹⁷ dans sa thèse « *une obligation de maintien de l'équilibre contractuel* ». Nous avons démontré précédemment les inconvénients d'une telle règle, à travers l'étude de la théorie de la lésion²¹⁸. Il s'agit en réalité d'affirmer officiellement une obligation de coopération dans un domaine bien précis : celui des contrats de dépendance économique. Il convient donc de déterminer la notion d'obligation de coopération (A), avant d'en délivrer les modalités d'existence (B).

A. La notion d'obligation de coopération

144. — L'appréciation de la notion de coopération passe par la recherche de sa définition (1), et des conditions de sa mise en œuvre (2).

1. Définition de l'obligation de coopération

145. — « *Le renforcement de la collaboration en tant qu'impératif pour le troisième millénaire permet de développer une culture de responsabilité*²¹⁹ ». Une partie de la doctrine civiliste prône avec vigueur et enthousiasme la reconnaissance d'un tel esprit. Ainsi, depuis Demogue qui évoquait une « *obligation de collaboration entre contractants*, » qui ne serait « *qu'un aspect de l'idée plus générale qu'il ne doit pas y avoir abus dans l'exécution du contrat*²²⁰ », ou Ripert qui souhaitait que l'on reconnaisse l'existence autonome d'un « *contrat de collaboration*²²¹ », il est manifeste que le courant perdure. L'on propose alors une sorte

²¹⁷ J.-P. Chazal, op cit

²¹⁸ cf § 63

²¹⁹ E. Laszlo, *Les défis du troisième millénaire*, Village mondial, 1997, p 65, cité Mme S. Lebreton op cit

²²⁰ R. Demogue, *Traité des obligations en général. II. Effets des obligations*, tome VI, A. Rousseau 1931, p 18 n°12

²²¹ G. Ripert, *Une nouvelle propriété incorporelle. La clientèle des représentants de commerce*. D.H. 1939 p 9

d' « *affectio contractus* »²²², voire un « *comportement altruiste minimum*²²³ ». Un auteur a même déduit de valeurs supérieures telles que l'utilité ou la justice, le « *principe de fraternité contractuelle* » selon lequel « *chacun des contractants est tenu de prendre en compte, par delà, en se déployant à leur service, voire en acceptant des sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat comme la base d'une collaboration*²²⁴ ». Si nous adhérons de principe à la thèse de ces auteurs, nous pensons qu'il n'est pas opportun d'établir un principe de coopération général dans les contrats, car c'est nier la variété et la spécificité des rapports d'intérêts qui existent entre les parties. Le vocable de « coopération » perdrait tout sens dans l'hypothèse où nous voudrions l'instaurer. Certes s'il y a plus ou moins toujours un devoir de collaboration dans tous types de contrat, afin que ce dernier puisse arriver à son terme. Mais le devoir de collaboration que nous tenons à voir officialiser se différencie des autres par son degré.

146. — Le devoir de collaboration entre les parties à un contrat existe déjà dans notre droit, sans avoir été formellement consacré. Il est né du souhait partagé par la doctrine de n'imposer seulement des exigences sociales prescrivant à tout un chacun de se comporter de façon civile, loyale et honnête, mais beaucoup plus spécifiquement de rechercher la meilleure réalisation du but contractuel qui justifie le devoir de collaboration. C'est donc dans une perspective beaucoup plus lointaine que s'insère l'obligation de coopération dans les contrats de dépendance. A l'inverse, dans les autres contrats, la coopération est sous-entendue car elle est essentielle pour l'exécution immédiate du contrat. Il n'est nul besoin d'invoquer un devoir de collaboration pour imposer au client qui souhaite un costume sur-mesure de se tenir à disposition du tailleur. Il s'agit d'une simple exécution naturelle du contrat. Dans cette hypothèse, la non-collaboration du client à l'exécution du contrat permettra au tailleur, soit de ne pas exécuter sa propre prestation, soit de demander réparation pour le préjudice résultant la rupture du contrat. Dans notre hypothèse de contrat dépendance, le manquement à un devoir de collaboration pourra être assimilé à une faute extra-contractuelle, susceptible de donner lieu, à elle-seule, à réparation, indépendamment de la poursuite du lien contractuel. La faute est de nature extra-contractuelle car l'obligation naît avant la conclusion du contrat.

²²² J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée R Savatier, PUF 1986, p 51, et p 45, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, in *RTD civ*, 1986, p 101 s.

²²³ D. Mazeaud, obs sous Cass civ. 1^{ère} 11 juin 1996, Def 1996, art 36381, n°98

²²⁴ C. Thibierge, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ* 1997, spéc p 382 et s., n°31 et s. V. aussi : Y. Guyon *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev Soc* 1989, p 439 et s. Adde, D. Mazeaud *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz PUF Juris-Class, 1999, p 605 et s.

L'obligation de coopération est particulière car elle se détache de l'objet même de la convention, ce n'est pas une suite naturelle de celle-ci, mais elle est imposée par le juge à raison d'éléments extérieurs au contrat.

147. — En outre, cette obligation se caractérise par le fait qu'elle est à la charge que d'une seule des deux parties : la partie dominante. L'exigence supplémentaire de coopération dans les contrats de dépendance résulte du rapport d'intérêt qui lie les parties en présence. C'est parce le contrat est avant tout un instrument au service des intérêts d'une seule des deux parties, et que la seconde se retrouve subordonnée à la première, que le devoir de coopération se justifie. La partie économiquement faible doit servir les intérêts de la partie économiquement forte. Cette dernière lui doit en retour un devoir accru de collaboration au niveau de la préparation, de la conclusion, de la poursuite du lien contractuel et jusqu'à sa rupture. En ce sens, nous contredisons la thèse de M.M. Pirovano et Salah, selon qui « *le contrôle consiste à vérifier si ces prérogatives ne sont pas utilisées par la puissance économique pour obtenir d'un partenaire en situation de dépendance des avantages qu'elle ne devrait pas normalement obtenir* ». Ils omettent ainsi un des aspects de l'obligation de coopération qui est d'agir positivement pour assurer la pérennité du lien contractuel, et non pas simplement de se dispenser de commettre certains actes.

148. — Selon nous, le contractant en position économiquement forte se trouve, d'une certaine façon, dans la même situation que la société en situation de position dominante, selon les termes du droit de la concurrence. Comme cette dernière, à ses obligations traditionnelles, tirées du devoir de loyauté sur le marché, s'ajoutent d'autres obligations qui naissent de part sa situation de position dominante. Ces obligations lui interdisent d'effectuer certains actes sur le marché, pourtant objectivement licites. Ces derniers se trouvent être condamnables en raison de sa situation de position dominante. Cet exemple tiré du droit de la concurrence démontre bien que le caractère intrinsèquement licite d'une opération ne s'oppose donc pas à ce que l'opération en elle-même soit qualifiée « d'abusive ». Cela renforce notre position, selon laquelle, il est inutile de recourir à la notion de « loyauté contractuelle » pour déterminer les contours de l'obligation de coopération. Néanmoins, à la différence de l'agent en situation de position dominante, le partenaire économique, en situation de puissance économique vis-à-vis de son contractant, ne doit pas seulement se conformer à des obligations « de ne pas faire », mais est soumis à des sujétions qui lui imposent d'adopter une attitude dite « active », pour tenir pleinement compte des intérêts de la partie en situation de dépendance économique.

2. Mis en place du principe

149. — C'est donc dans « *le génie de la jurisprudence prétorienne*²²⁵ » que le droit positif trouvera un moyen adéquat et efficace d'appréhender le phénomène de la puissance économique et de protéger les agents économiquement faibles, via le visa de l'article 1135 C civ. En l'état actuel des textes, comme nous l'avons expliqué précédemment, il n'est pas possible, sans faire œuvre de création prétorienne, d'imposer une telle obligation de coopération. A partir du moment où le droit dispose d'un fondement général pour prévenir les inéquivalences résultant de situations de dépendance économique et protéger les personnes en situation de faiblesse, les juges ne seront plus contraints de biaiser pour faire respecter la justice contractuelle.

150. — A cette fin, il est nécessaire que la jurisprudence dégage un standard de comportement, afin de pouvoir définir des règles de comportement précises ayant vocation à s'appliquer uniquement dans le cadre très précis des contrats de dépendance économique. Le standard du bon père de famille qui inspire depuis 1804 les obligations de bon comportement a pu être présenté comme le meilleur guide²²⁶. Pour notre part, nous pensons que « ce personnage abstrait », inventé par le législateur, ne nous est ici d'aucune utilité. Il faut donc donner corps « à l'agent économique en situation dominante consciencieux et averti²²⁷ ». On pourrait imaginer au besoin une aide du législateur, comme l'a envisagé Monsieur Farges²²⁸. Le législateur pourrait en effet facilement, au moyen de lois ponctuelles, mettre en place un standard exigeant, c'est à dire une notion cadre qui ne viserait pas seulement l'exécution pure et simple du contrat, mais plus largement l'attitude générale des parties au cours de la relation contractuelle.

151. — Parallèlement, le maintien de la relation contractuelle ne peut se faire que par une prise de conscience des cocontractants de l'intérêt d'une collaboration dans l'adaptation et lors de la rupture du lien contractant. Or ce maintien, dépend essentiellement de l'esprit de

²²⁵ G. Cornu *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée* RTD civ 1992 p 342

²²⁶ A. Tunc *The French Concept of abuse de droit, The Cambridge Lectures*, Butterworths, 1981

²²⁷ Qui s'ajouterait au « *praticien consciencieux et averti* » Paris 18 oct 1949, au « *marin prudent et diligent* » Paris 4 juillet 1956, au « *restaurateur prudent et avisé* » Civ 6 mai 1946 ou encore à « *l'infirmière pourvue des connaissances nécessaires à la pratique de son art et normalement habile* » Lyon 29 oct 1951, cf O. Farges *Le comportement du contractant*, th 1997op cit.

²²⁸ B. Farges, op cit

collaboration qui naîtra le jour de la conclusion du lien contractuel d'exclusivité et perdurera tout au long de sa vie. Ce n'est que par cette prise de conscience que la prévention des abus au sein du lien contractuel d'exclusivité sera assurée. Il est évident que l'intérêt personnel de la partie forte à la relation contractuelle ne peut être nié, mais de part sa situation de puissance économique, il doit se conformer à ses obligations supplémentaires.

B. L'organisation de l'obligation de coopération

152. — Il convient de reconnaître les limites de l'obligation de coopération, à savoir les situations de dépendance économique (1), puis d'analyser les garanties permettant d'assurer l'exécution de l'obligation (2).

1. Les limites rationae materiae du devoir de coopération : Les situations de dépendance économique

153. — Nous pouvons reprendre la définition de M.M. Bureau et Molfessis du critère d'abus à l'occasion de la jurisprudence de l'Assemblée Plénière : « *l'abus consistera sans doute dans la fixation inéquitable d'un prix par le contractant en mesure de le déterminer, forme d'arbitraire qui se manifesterà toutes les fois que le contractant choisira de fixer le prix uniquement en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de son partenaire. Au fond, l'abus dans la fixation du prix, c'est une forme de rupture de la communauté d'intérêts qui unit les parties et qui doit présider à leur relation*²²⁹ (...). Nous partageons cette analyse à condition d'avoir préalablement caractérisé la situation de dépendance économique. La fixation unilatérale du prix qui entraîne une rupture d'intérêt commun est un exemple, parmi d'autres, qui sous-entend le manquement à l'obligation de coopération du partenaire dominant. La rupture de l'intérêt commun ne procède pas tant de l'utilisation de la clause, mais de la non prise en considération des facteurs externes qui sont venus bouleverser la situation de la partie faible, et qui impose au cocontractant de s'écarter de l'application stricte du contrat et des conditions d'utilisation de sa clause de fixation du prix.

²²⁹ D. Bureau et N. Molfessis, PA 27 déc 1995 p 11

154. — Par contre, dans l'hypothèse où les parties sont à égalité, les unes par rapport aux autres, ce qui n'est pas exclusif d'une situation de disproportion de puissance économique, il importe de préserver le droit à la fixation unilatérale du prix octroyé à l'une des parties conformément à ce qui a été prévu par le contrat. Ce principe doit être respecté, même si le contrat peut s'avérer lésionnaire pour l'acheteur. L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Rennes du 21 février 2002²³⁰ permet d'illustrer tout à fait notre propos. En l'espèce, Maître Touve, huissier de justice avait acquis auprès de la société Bureau Equipement, un photocopieur et avait souscrit le même jour un contrat de maintenance pour une durée de cinq ans. Maître Touve a été assigné par la société ne paiement d'une facture et de l'indemnité de résiliation prévue au contrat. Le Tribunal d'Instance de Saint-Malo a débouté la société de ses prétentions mais la Cour d'appel a infirmé le jugement. Le défendeur faisait valoir que les conventions devaient être exécutées de bonne foi, que le contrat de maintenance portait sur une durée de cinq ans, ce qui était une durée longue au regard de la nature du matériel faisant l'objet du contrat, que le prix pratiqué était supérieur au prix public et qu'en raison de la clause d'irrévocabilité, la société Bureau Equipement avait pratiqué une politique tarifaire abusive au regard des sociétés concurrentes (le coût de la copie étant 3,5 fois supérieur au prix habituellement pratiqué). *« Ainsi, l'abus tarifaire, la mauvaise foi et le profit illégitime »* étaient caractérisés selon lui. La résiliation du contrat était dès lors bien fondée, et en outre, le défendeur invoquait le fait que le coût de la maintenance était double (coût trimestriel et coût des copies), et le coût global de la copie non indiqué sur le contrat. Mais la Cour d'appel n'a pas tenu compte à juste titre de tous ces éléments. Certes, si ceux-ci démontrent le caractère lésionnaire du contrat, néanmoins, eu égard à la situation des parties, en l'absence de situation de dépendance économique, les éléments extérieurs au contrat ne devaient pas être pris en compte pour déterminer l'abus. Ainsi, la Cour condamne le défendeur. *« Le coût des prestations de la société Bureau Equipement ayant été accepté par Maître Trouve, il ne saurait constituer un motif de résiliation du contrat, et de fait qu'il ait été jugé excessif après coup ne peut constituer une cause d'annulation, l'erreur sur la valeur, qui n'est d'ailleurs pas invoquée, n'étant pas en principe déterminante. Les révisions de prix étaient prévues par la clause n°6 du contrat également acceptée, et s'il vrai que cette clause permettait une augmentation unilatérale des tarifs sans présentation de justificatifs, elle n'a pas donné lieu à manquement au devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, car les augmentations ont été*

²³⁰ Rennes, 21 févr. 2002, SA Bureau Equipement c/ SCP Philippe Touvet, n°juris-data 2002-170860

minimes et n'ont pas créé de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des deux contractants ». La Cour souligne donc bien le respect de l'équilibre relatif instauré entre les parties dès l'origine, dont la rupture aurait pu constituer un abus de droit, comme nous l'avons expliqué auparavant. La Société n'avait pas le devoir d'adapter le contrat aux besoins de son client.

2. Les garanties à l'exécution de l'obligation de coopération

155. — Afin d'organiser ce devoir de collaboration, les parties ont tout intérêt à prévoir un ensemble de clauses, telles que la clause d'offre concurrente, la clause du client favorisé ou encore la clause du premier refus. On peut aussi avoir un recours à un médiateur, comme le suggère Mme Lebreton « *Nous pensons que la prévention idéale réside dans l'adaptation contractuellement prévue, avec ou sans intervention d'un tiers, c'est-à-dire d'un expert qui se limitera à donner son avis ou d'un médiateur, désigné de façon tout à fait indépendante, qui saura trancher le désaccord. Il reste que les parties peuvent ne pas avoir organisé cette adaptation du lien contractuel en cas de changement de circonstances, et qu'il convient donc de reconnaître la nécessité d'une intervention juridictionnelle, sans pour autant accepter une immixtion arbitraire du juge dans le contrat. A notre sens, l'adaptation juridictionnellement proposée repose sur l'admission de la neutralité du seul changement de circonstances, en présence duquel le juge doit se limiter à mettre les parties face-à-face, en leur proposer de renégocier, notamment sous l'égide d'un médiateur.* »

156. — C'est dans cette perspective, que nous pouvons louer dans une certaine mesure le fondement de l'arrêt Huard, rendu par la Chambre commerciale le 3 novembre 1992²³¹, trois ans avant les arrêts d'Assemblée plénière. La Cour avait pris en compte la situation de dépendance économique. L'espèce avait trait à un contrat de distribution de produits pétroliers conclu entre la société BP et un commerçant, M. Huard, qui était lié à cette dernière par une clause d'approvisionnement exclusif. Plus de dix années après la conclusion du contrat, des circonstances nouvelles, constituées par la libération des prix en matière de carburants, exposaient gravement le distributeur à la concurrence. De fait, le prix de vente appliqué par la

²³¹ Cass com 3 nov 1992 : Bull civ IV n°388 ; CCC 1993 n°45, note L. Leveneur ; Def 1993 p 13777, obs J.-L. Aubert ; JCP E 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; RJDA 1993, n°380 ; RTD civ 1993 p 124, obs J. Mestre

société BP à ses distributeurs agréés était devenu, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires. Dans ces conditions, la compagnie qui s'était engagée à maintenir le pompiste dans son réseau, lui proposa de renoncer à son statut de distributeur agréé pour devenir mandataire. Mais M. Huard refusa et assigna la société BP en paiement de dommages-intérêts pour ne lui avoir pas donné les moyens de pratiquer des prix compétitifs. Ainsi nous adhérons à la remarque de M. Virassamy²³² « *en imposant à la société BP d'adapter le contrat et d'en renégocier les termes, la Cour de cassation a ainsi exigé d'elle, non pas qu'elle garantisse au distributeur le résultat espéré d'une rentabilité acceptable, mais seulement qu'elle lui fournisse ou plus exactement qu'elle lui restitue les moyens réels d'y parvenir éventuellement* ». Nous pouvons simplement regretter que le juge soit intervenu aussi directement, sans inviter préalablement les parties à renégocier le contrat sous l'égide d'un médiateur. Certains auteurs ont interprété cette solution comme une application de la révision pour cause d'imprévision²³³. Le distributeur agréé demandait à être indemnisé en l'absence de tout cas de force majeure, du fait que la société pétrolière ne lui avait pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels. Il n'en est rien, l'important n'est pas tant de savoir si l'évolution de la conjoncture économique était prévue ou imprévue, prévisible ou imprévisible. Raisonner en ces termes, c'est mal poser le problème de la révision. La révision avant d'être liée à l'imprévision est naturellement rattachée à la dépendance économique et les conséquences qu'elles génèrent en matière d'inéquivalence des prestations, c'est un cas typique d'obligation de coopération qui aurait pu être réglé selon nous différemment, pour éviter l'immixtion intempestive du juge. Il doit avant tout organiser la renégociation du contrat.

157. — Un arrêt plus récent et moins connu de la Cour de cassation du 21 janvier 1997²³⁴ est également une bonne illustration. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de franchise. La Chambre commerciale rejette le pourvoi d'un franchisé qui voulait voir entre autres, déclarée abusive la clause d'approvisionnement exclusif. L'attendu de la Cour de cassation révèle que la Haute Juridiction se place sur le terrain de l'abus de dépendance économique, car elle vise à la fois le contenu et le comportement de la partie économiquement forte. Elle cherche à sanctionner les attitudes qui découlent directement de clause objectivement disproportionnée

²³² G. Virassamy, note sous Cass com 3 nov 1992 JCP 1993 II 22164

²³³ Cf en ce sens, notamment Y. Picod *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat* in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993

²³⁴ Com 21 janvier 1997, D 1997, jur p 415, obs C. Jamin

et résultant de la situation de dépendance économique. Elle reprend les énonciations du juge du fond selon lesquelles « *la clause d’approvisionnement exclusif litigieuse concernait une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats, ainsi qu’un catalogue de produits et un tarif de vente indicatif, et retient que le franchiseur a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d’une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que la société Mondial chauffage n’a pas commis d’abus dans l’application de la clause d’approvisionnement exclusif* ». Le franchiseur n’a pas manqué à son devoir de coopération puisqu’il a permis une exécution souple du contrat.

158. — Cette obligation de coopération se prolonge au-delà même de la fin du contrat. C’est naturellement qu’elle se fait sentir de façon plus pressante dans la jurisprudence au moment de la rupture du contrat de distribution, en témoigne l’arrêt rendu par la Cour d’Appel de Paris du 11 février 1999²³⁵. En l’espèce, la société Fiat-Auto France, pour réagir contre la chute de ses parts du marché, a décidé de ne plus exploiter directement quatre succursales parisiennes et de les confier à des entreprises indépendantes. Elle résilie certains contrats de concession sur des secteurs voisins dans le but de les octroyer aux nouveaux concessionnaires. La société évincée réagit et la Cour d’appel énonce « *la création par le constructeur d’un réseau de distribution de ses produits et l’adhésion des concessionnaires à ce réseau à l’essor duquel ils vont contribuer au mieux d’intérêts économiques communs impliquent de la part du constructeur, propriétaire du réseau, des obligations d’assistance et de conseil qui ne prennent fin qu’après que les concessionnaires auxquels il n’a pas de reproche à faire, aient quitté le réseau, et lui imposent, par application des articles 1134 al 3 et 1135 C civ, de veiller loyalement, à ce que ces concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation à l’effort commun, contrepartie de leur engagement au sein du réseau.* ». On peut regretter l’utilisation du visa de l’article 1134 al 3, superfétatoire. L’article 1135 étant amplement suffisant. Cet arrêt est intéressant car il indique clairement le fondement de l’obligation imposée au concédant qui tient à la particularité des relations qui existent entre les agents économiques.

159. — Peut-on dire que dans l’espèce de l’arrêt du 15 janvier 2002, de la Cour de cassation, la société France Motors a manqué à son obligation de coopération ? Nous ne le pensons pas, ce serait sinon adhérer dans les faits à la thèse défendue par Mme Del Cont, que nous avons

²³⁵ Paris, 11 févr. 1999 JCP 2000 II 10244, note J.-P. Chazal

combattue. Dans une certaine mesure, le concessionnaire doit être prêt à assumer les risques de son exploitation. L'obligation de coopération est une obligation de moyens, on ne demande pas au débiteur qu'il garantisse le résultat final de l'opération contractuelle. Tous les concessionnaires du constructeur ne sont pas tombés en liquidation, il apparaissait en l'espèce, que le concessionnaire n'avait pas su prendre des mesures d'économie. Dans cette perspective, on peut donc continuer à « *se frotter les yeux à la lecture de l'arrêt*²³⁶ »

Conclusion de la troisième partie

160. — A choisir entre créer des obligations supplémentaires pour tenir compte du contexte actuel, comme l'a fait la jurisprudence en matière d'obligation de sécurité ou altérer ses principes fondateurs, tels que les notions de bonne foi et d'abus de droit, qui trouvent des applications dans de nombreux domaines, nous préférons opter pour la première solution, et ce, en raison d'un impératif de sécurité juridique évident. Nous pensons avoir réussi à concilier ce principe avec ceux, plus classiques, de liberté et d'égalité en encadrant fortement son utilisation. Comme le soulignent M.M. Pirovano et Salah²³⁷ « *L'abus de dépendance économique est un principe qui est né à partir d'un droit factuel, le droit économique certes, (...) il doit à présent produire des concepts adaptés à la nature des problèmes nouveaux posés par la transformation de l'ordre économique, il doit le faire en composant avec les principes et les techniques classiques.* ».

161. — Selon nous, l'existence du droit économique ne doit plus se manifester que quelquefois seulement de manière négative à travers l'infléchissement qu'il fait subir aux catégories traditionnelles. Si l'on adopte une vision non formaliste de l'autonomie disciplinaire, on se rend donc compte que le droit économique est une réalité juridique vivante qui tend à s'imposer comme nouveau droit commun des relations économiques, avec toutes les conséquences que cela implique du point de vue des schémas de pensée des juges.

²³⁶ P. Stoffel-Munck, D 2002 p 1975

²³⁷ A. Pirovano et M. Salah, article précité

Conclusion générale

162. — Nous avons démontré que la recherche de l'équité devait passer davantage par un contrôle des comportements que par l'édification d'une règle d'équivalence concrète. Néanmoins, nous avons adopté volontairement une conception restrictive de l'abus, aussi bien dans l'appréciation de la notion d'abus de droit, que de celle d'abus de dépendance économique. Nous avons en effet exclu les contrats de prestation, assortis d'une simple clause d'exclusivité, même si perdurait une dissymétrie de puissance économique entre les agents. Ces définitions restrictives permettent de préserver la sécurité juridique. Les tempéraments indirects à l'article 1118 C civ ne doivent pas se généraliser et être encadrés par le contrôle de la Haute-Juridiction. Il ne s'agit donc pas de rendre « juste » toutes les situations imprégnées de phénomènes de puissance économique.

163. — Toutefois, il est indéniable que perdurent certains abus, en dehors de toute hypothèse de dépendance économique ou d'abus de droit. Nous touchons alors le problème du contenu même des clauses, indépendamment des questions de prix, et là s'engage un nouveau débat, qu'il nous appartient seulement d'effleurer au stade ultime de notre propos. Nous pensons qu'il y a une place pour un contrôle du contenu même des clauses dites « abusives » entre professionnels, mais uniquement dans les hypothèses où l'un des deux intervient en dehors de son domaine principal d'activité. C'est l'exemple de l'installation de téléphonie d'Alcatel précité. Pour l'instant, la Cour de cassation n'admet pas le contrôle des clauses abusives dans les contrats entre professionnels²³⁸. Elle a nettement fermé la porte à l'article 1134 C civ, après l'avoir, semble-t-il, un moment entrebâillée²³⁹. Certains auteurs s'opposent à la mise en place d'un régime de clauses abusives, par crainte qu'un tel contrôle n'attende à l'existence même des contrats par nature déséquilibrés, puisque procédant d'une dissymétrie de puissance économique qui permet à la partie forte d'imposer des contrats d'adhésion. Nous partageons l'avis de ceux qui estiment que rien n'empêche qu'il y ait « *un arsenal acceptable de lutte contre les clauses abusives*²⁴⁰. »

²³⁸ Cass civ 17 nov 1998 Def 2000, 245 obs D. Mazeaud

²³⁹ Cass civ 6 déc 1989, Bull civ I n°379

²⁴⁰ F.X. Licari, op cit

164. — Nous pensons que le contrôle des clauses abusives ne doit pas permettre de rétablir une équivalence concrète, mais de supprimer les clauses qui créent des avantages « indus » : ce sont les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, voire même les clauses qui portent gravement atteinte au droit de résilier le contrat quand celui-ci est prévu, dans son principe. Il s'agit donc de viser toutes ces clauses qui ne touchent pas au cœur du contrat, à la nature des prestations essentielles, mais qui sont révélatrices d'un esprit de déloyauté, cette fois-ci bien réel. En aucun cas, le contrôle de la clause abus ne doit permettre de sanctionner un soi-disant « profit illégitime ». C'est seulement à ces conditions que nous pensons qu'un tel contrôle judiciaire des stipulations contractuelles ne devrait pas être une atteinte à la sécurité juridique. En effet, « *Le contrat se veut un acte d'emprise sur l'avenir. A quoi servirait-il de le conclure si, demain, il pouvait se trouver vidé d'une partie de son contenu tout en demeurant sujet à l'exécution*²⁴¹ ».

165. — Selon M Germain²⁴² « *la liberté relative d'une société plus contractuelle conduit naturellement à une régulation sociale a posteriori, qui donne plus d'importance au contrôle assuré par le juge. Ce n'est pas que le juge ait de nouveaux pouvoirs. Mais ceux qu'il avait étaient peu utilisés dans le droit des contrats comme dans le droit des sociétés* ». Nous ne nous opposons pas à l'intervention en soi du juge, bien au contraire, mais nous estimons utile de dénoncer les mécanismes d'équité subjective qu'il emploie. Il est plus opportun d'utiliser un moyen d'équité objective : le recours à la théorie de l'abus de dépendance. La recherche de l'équité est certes difficile à atteindre, car cet objectif n'est qu'un, parmi l'ensemble des considérations que le juge doit prendre en compte. Néanmoins, nous maintenons qu'il est plus que nécessaire que le juge encadre son pouvoir en édictant des règles précises, donnant ainsi une meilleure assise à ses décisions. Le temps est peut être venu pour la Cour de cassation de s'inspirer du « coût de crayon » de la Cour de Justice des communautés, même si cela n'implique pas forcément d'opter totalement pour un style anglo-saxon, parfois quelque peu confus ; à moins que la Cour ne se soit résolue à entretenir les aspirations procédurières des justiciables...

²⁴¹ J. Mestre, Rapport de synthèses, *Les clauses abusives entre professionnels* (1998), actes du colloque organisé par le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille II et le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université de Paris-Val-de-Marne (Paris III)159, sous la dir. De Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica* 1998

²⁴² M. Germain article précité