



HAL
open science

Un sujet de droit original et particulier : le consommateur : contribution à l'étude de la notion de volonté contractuelle en droit interne

Hervé Delplanque

► **To cite this version:**

Hervé Delplanque. Un sujet de droit original et particulier : le consommateur : contribution à l'étude de la notion de volonté contractuelle en droit interne. Droit. Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, 1995. Français. NNT : 1995VALE0028 . tel-03448424

HAL Id: tel-03448424

<https://uphf.hal.science/tel-03448424>

Submitted on 25 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

1995 VALE 0028 -

Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis.
Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion.



**UN SUJET DE DROIT ORIGINAL ET PARTICULIER :
LE CONSOMMATEUR.**

Contribution à l'étude de la notion de volonté contractuelle en droit interne.

Thèse pour le Doctorat en Droit
présentée et soutenue publiquement par

Monsieur Hervé DELPLANQUE

le 15 décembre 1995

préparée sous la direction de
Monsieur Pierre DAUCHY †
Maître de Conférences à l'Université de Valenciennes.

JURY :

Monsieur Pierre CROCQ

Professeur Agrégé à l'Université d'Angers.

Monsieur Michel DÉFOSSEZ

Professeur Agrégé à l'Université de Valenciennes.
Doyen de la Faculté de Droit.

Madame Sabine MAZEAUD-LEVENEUR

Professeur Agrégé à l'Université de Valenciennes.

Monsieur Jean-Jacques TAISNE

Professeur Agrégé à l'Université de Lille II.

Doyen Honoraire de la Faculté de Droit de Valenciennes.

Monsieur Denis VOINOT

Maître de Conférences à l'Université d'Artois.

**Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis.
Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion.**

**UN SUJET DE DROIT ORIGINAL ET PARTICULIER :
LE CONSOMMATEUR.**

Contribution à l'étude de la notion de volonté contractuelle en droit interne.

Thèse pour le Doctorat en Droit
présentée et soutenue publiquement par

Monsieur Hervé DELPLANQUE

le 15 décembre 1995

préparée sous la direction de
Monsieur Pierre DAUCHY †
Maître de Conférences à l'Université de Valenciennes.

Ouvrage modifié suivant les indications du Jury.

JURY :

Monsieur Pierre CROCQ

Professeur Agrégé à l'Université d'Angers.

Monsieur Michel DÉFOSSEZ

Professeur Agrégé à l'Université de Valenciennes.

Doyen de la Faculté de Droit.

Madame Sabine MAZEAUD-LEVENEUR

Professeur Agrégé à l'Université de Valenciennes.

Monsieur Jean-Jacques TAISNE

Professeur Agrégé à l'Université de Lille II.

Doyen Honoraire de la Faculté de Droit de Valenciennes.

Monsieur Denis VOINOT

Maître de Conférences à l'Université d'Artois.

L'Université de Valenciennes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

RESUME :

Au sein du droit français des obligations existe un ensemble de règles spécifiques propre à un personnage particulier : le consommateur.

Ce dernier, présumé être en situation de faiblesse et d'infériorité face à un cocontractant professionnel, se voit bénéficier d'une importante assistance destinée à favoriser l'expression d'un consentement réel et sérieux.

Pourtant, une fois la convention conclue, la volonté du consommateur reste d'une grande précarité car elle peut, dans certaines situations, être modifiée ou même être remise en cause.

Le consommateur apparaît alors sous les traits d'un étrange sujet de droit entretenant d'ambigus rapports avec le droit commun.

MOTS CLEFS :

Assistance, Consommateur, Contrat, Protection, Volonté, Sujet de droit.

A mes Parents et Grands-Parents.

A mes Maîtres.

A ceux qui m'ont toujours témoigné une réelle amitié et une fidèle confiance.

A Monsieur Pierre Dauchy dont la mémoire restera attachée à cet ouvrage.

PLAN

Introduction

1ère partie :

La volonté assistée du consommateur dans la phase pré-contractuelle

Section 1 : Un sujet de droit à la volonté conditionnée

§1 - Conditionnement de l'information

A - Réglementation de la publicité

- 1 - Insuffisance du droit commun
- 2 - La seule prise en compte de l'effet produit
- 3 - Les tempéraments jurisprudentiels
- 4 - La publicité comparative comme mode informatif

B - L'obligation d'information et le devoir de conseil

- 1 - Le devoir de se renseigner
- 2 - Le devoir du professionnel de renseigner le consommateur
- 3 - De l'information au conseil
- 4 - Les excès de la protection

§ 2 - Conditionnement du consentement

A - L'organisation de la réflexion

- 1 - L'insuffisance de l'information**
- 2 - Nécessité d'organiser la réflexion**
- 3 - L'incitation à la réflexion**
- 4 - Une nouvelle forme d'autonomie de la volonté**

B - L'interdiction d'abuser de la faiblesse du consommateur

- 1 - L'inadaptation du droit commun**
- 2 - Le renforcement de la protection**
- 3 - La seule prise en compte de la qualité du consommateur**
- 4 - La consécration de l'excès**

Section 2 : Un sujet de droit à la volonté limitée

§ 1 - L'absence d'emprise sur la formation du contrat

A - La volonté réduite à l'adhésion

- 1 - Philosophie du contrat d'adhésion**
- 2 - La réduction du domaine de la volonté**
- 3 - La régulation des excès**
- 4 - L'absence de participation à l'élaboration du contrat**

B - La forme du contrat : œuvre de la loi

- 1 - De l'importance de la forme**
- 2 - Le formalisme comme facteur de protection**
- 3 - Le formalisme comme rappel des droits du consommateur**
- 4 - Un formalisme excessif**

§ 2 - L'absence d'emprise sur la technique contractuelle

A - L'interdépendance de certains contrats

- 1 - Le principe de l'indépendance contractuelle**
- 2 - L'interdépendance voulue par la loi**
- 3 - L'interdépendance pour pallier la faiblesse du consommateur**
- 4 - L'interdépendance imposée au consommateur**

B - Le retardement de l'instant d'exécution du contrat

- 1 - Le contrat à l'essai**
- 2 - La faculté discrétionnaire de rétracter sa volonté**
- 3 - La réaffirmation nécessaire de la volonté**
- 4 - Le consommateur isolé du droit commun**

Conclusion 1ère partie

2ème partie :

**La volonté remodelée du consommateur
dans la phase post-contractuelle**

**Section 1 : Un sujet de droit dont la volonté
peut être interprétée**

§ 1 - L'interprétation favorable au consommateur

A - Quand le juge parle de la volonté du consommateur

- 1 - Le juge appelé à interpréter le contrat**
- 2 - La recherche d'une volonté insaisissable**
- 3 - La recherche des effets les plus favorables au consommateur**
- 4 - Le juge au secours du consommateur**

B - Quand le juge complète la volonté du consommateur

- 1 - La recherche de l'équilibre des prestations**
- 2 - La découverte d'obligations au bénéfice du consommateur**
- 3 - L'accentuation de la responsabilité du vendeur professionnel**
- 4 - Le juge comme garant de la bonne exécution du contrat**

§ 2 - La suppression des clauses abusives

A - Le caractère abusif déterminé par l'ignorance présumée du consommateur

- 1 - La lutte contre les clauses abusives : constat d'une volonté partiellement irréfléchie**
- 2 - La protection exclusivement favorable aux consommateurs ou non-professionnels**
- 3 - La protection offerte aux profanes ignorants**
- 4 - Le consommateur, sujet de droit dévalorisé**

B - Le caractère abusif déterminé par la production d'effets défavorables au consommateur

- 1 - La consécration des pouvoirs de révision du juge**
- 2 - Le juge chargé de rééquilibrer le contrat**
- 3 - La prolongation des droits individuels par des droits collectifs**
- 4 - Un sujet de droit déresponsabilisé**

**Section 2 : Un sujet de droit dont la volonté
peut être remise en cause**

**§ 1 - La redéfinition des obligations en faveur du
consommateur**

A - La renégociation amiable du contrat

- 1 - Le consommateur dans l'impossibilité faire à face
à ses dettes**
- 2 - La mise en place d'un mécanisme d'exception
justifié par l'urgence**
- 3 - L'incitation à l'indulgence des créanciers**
- 4 - La recherche d'une solution d'équité**

B - La redéfinition imposée du contrat

- 1 - L'impuissance de la négociation**
- 2 - L'immixtion du juge dans la sphère contractuelle**
- 3 - Les obligations des parties imposées par le juge**
- 4 - L'interprétation de la loi en faveur du
consommateur**

§ 2 - La reconnaissance d'une volonté irréfléchie

A - La prise en compte de l'inconscience du consommateur

- 1 - La bonne foi, corollaire indispensable de la protection**
- 2 - La bonne foi largement retenue par la jurisprudence**
- 3 - La prise en compte des facultés intellectuelles du consommateur**
- 4 - Une protection excessive ?**

B - L'apparition d'un sujet de droit déresponsabilisé

- 1 - La fragilisation de la volonté du consommateur**
- 2 - Le consommateur comme victime de la société de consommation**
- 3 - L'effacement du rôle du consommateur**
- 4 - Un sujet de droit trop assisté ?**

Conclusion

INTRODUCTION

"L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison.

S'il en était autrement, la vie des hommes sous la surveillance des lois ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance de même dégènerait en inquisition".

Portalis.
*Discours préliminaire
du Code civil*

En 1804, l'esprit libéral prédominant lors de l'élaboration du Code civil a consacré le principe de liberté des conventions.

Cette règle toute à la fois simple et claire demeure aujourd'hui encore un chef d'œuvre dans l'organisation des rapports juridiques entre les hommes.

Basée sur les idées de responsabilité et d'autonomie de la volonté, il faut bien dire qu'elle a fait preuve, au tout début du XIX^{ème} siècle d'une grande modernité. Elle s'est montrée aussi remarquablement adaptée à la société de l'époque.

Il faut en effet se souvenir qu'alors, l'économie était essentiellement rurale et les échanges, pour la plupart, portaient sur des produits de l'artisanat et étaient généralement l'œuvre de personnes de condition identique ou peu différenciable.

Ainsi, le constat d'une certaine égalité entre les parties justifiait pleinement la règle posée de liberté, le contrat pouvant véritablement être un accord de volontés.

L'esprit même du Code civil trouvait alors sa pleine et entière dimension en raison même du caractère mesuré et humain des transactions ou des opérations contractuelles projetées.

Pourtant, et peut-être paradoxalement, le principe de l'autonomie de la volonté s'est trouvé être l'instrument du capitalisme libéral bouleversant ainsi les rapports juridiques entre sujets de droit.

C'est en effet à partir de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle que l'on a assisté à la naissance et au développement de ce qu'il a été convenu d'appeler la révolution industrielle.

D'une manière extrêmement rapide, l'ensemble des techniques de production se sont trouvées transfigurées. En cinquante ans, l'Humanité a découvert beaucoup plus qu'elle ne l'avait fait depuis des siècles. La maîtrise de la vapeur, l'avènement du machinisme, la multiplication des découvertes et des inventions ont changé la vie et le visage de la société désormais qualifiée de moderne.

Progressivement, la modification des techniques de production a eu pour inévitable conséquence le développement du commerce et des échanges.

Les premières banques d'affaires furent créées. Elles financeront la construction de grandes entreprises qui chercheront à produire de plus en plus.

Cet essor industriel, ces nouveaux modes de production entraînent nécessairement un bouleversement de la distribution. Apparaissent alors de grands magasins à l'image du "Bonheur des dames" si bien dépeint par Zola et où sont remarquablement décrits les innombrables efforts réalisés par Octave Mouret pour inciter à l'achat. Son objectif est celui de tous les industriels de l'époque : lancer la consommation de masse, bouleverser la vente pour essayer de toucher le plus grand nombre.

Le client devient un individu très sollicité, un être qu'il faut séduire et tenter.

Corrélativement, les rapports entre celui-ci et le vendeur ou prestataire de service s'en trouvent nécessairement modifiés.

La production en série appelle en effet la distribution en série et donc la répétition d'actes identiques. Progressivement mais inexorablement apparaît alors la société de consommation, entraînant avec elle une nouvelle donne en matière contractuelle.

La conception originelle du Code civil, pourtant instrument de développement, se trouve dépassée.

Dans les nouvelles techniques de distribution basées sur la rapidité et l'automatisme, il ne semble plus y avoir beaucoup de place laissée à la négociation. Le professionnel habitué, propose à son client éventuel, un "moule contractuel" préétabli dans lequel, le plus souvent, il s'est réservé des dispositions qui lui sont favorables.

A la modernisation des échanges correspond donc l'existence de "contrats de série" communément appelés contrats d'adhésion et qui correspondent logiquement à la production de masse¹.

En effet, la volonté de l'acheteur se réduit à l'acceptation ou au refus de la proposition contractuelle qui lui est faite par son interlocuteur. Incontestablement, cette évolution entraîne alors la constatation d'un déséquilibre évident entre les parties. Grâce à sa supériorité économique et technique ainsi qu'au caractère répété de ses opérations contractuelles, le professionnel est en position dominante. Il est alors tenté de dicter ses conditions à l'autre partie qui réclame ses services. Cette dernière est alors en situation d'infériorité, à la fois en matière économique et en matière technique et il est clair que ce déséquilibre n'est pas bon.

Il n'a d'ailleurs pas été envisagé par le Code civil qui ne sanctionne strictement que les vices du consentement consécutifs d'une erreur d'un dol ou d'une violence.

Or, dans ce type de situation, il peut y avoir pression de la part du professionnel sans qu'il y ait nécessairement vice du consentement.

Profitant de sa position, le vendeur ou prestataire de services peut chercher à "forcer" quelque peu la volonté de son interlocuteur par le jeu de la tentation, de la séduction ou d'une présentation alléchante.

Plus qu'un problème juridique, il s'agit d'une question d'éthique, de morale économique.

¹Voir Saleilles : De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil. Paris - 1929.

Cependant, l'esprit de protection faisant partie de la tradition du Code civil, il est apparu nécessaire de rétablir un certain équilibre dans les rapports contractuels entre les parties et ce en faveur de la plus faible, de celle qui se trouve finalement être la victime de la société de consommation, c'est-à-dire le consommateur lui-même.

Etant à l'origine une pure notion économique, le consommateur est devenu un sujet de droit objet d'une certaine protection et c'est essentiellement aux Etats-Unis qu'est apparu ce qui fut qualifié par la suite de mouvement consumériste. En effet, dans les années soixante, face à une multiplication des incitations à consommer, à acheter par la relance des offres de crédit, par la création publicitaire sans cesse plus audacieuse... des groupes se sont formés pour réagir contre les industriels et les professionnels.

Dans la décennie qui suivit, un avocat, Ralf Nader, dénonça l'insécurité de certains véhicules montrant ainsi la voie à une nouvelle approche critique du phénomène de consommation.

La France, elle aussi, suivant en cela l'exemple américain, a ressenti le besoin d'une protection de la partie faible.

Certes, en soi, l'idée n'est pas neuve. Déjà au moyen-âge existait le statut des métiers. En 1774, Turgot avait formulé un édit destiné à éviter la hausse du prix du pain.

Au XIXème siècle sont apparues les premières coopératives de consommation qui étaient des groupements ayant pour but le partage de leurs résultats financiers au prorata de leurs achats.

Peu à peu, l'idée de protection fait son chemin et en 1936, Josserand exprime le souhait d'améliorer le sort des "clients des grandes compagnies" en estimant qu'"il faudra de toute justice, que le droit vienne au secours de tant de faiblesse"².

²Josserand : Evolutions et actualités. Conférences de droit civil. Sirey 1936 p. 139.

Mais, avant toute intervention législative, c'est tout d'abord par l'intermédiaire d'organes spécifiques que le mouvement consumériste a pris son essor.

Le rôle joué par les associations de consommateurs est ici primordial bien qu'elles n'aient jamais rassemblé, en France, un nombre important d'adhérents. D'une grande diversité, elles ont avant tout cherché à défendre les intérêts collectifs des consommateurs, soit sous la forme des coopératives³, soit sous la forme d'associations spécialisées dans la défense du consommateur ou des familles⁴, soit encore sous la forme d'organismes syndicaux.

D'une manière progressive, elles ont formé des groupes de pression importants qui ont sensibilisé les pouvoirs publics à la nécessité d'une protection. Lentement, la notion de consommation qui est à l'origine économique est devenue une notion juridique.

C'est bien sûr tout d'abord vers le droit commun qu'ont été recherchés les premiers éléments de réponse au problème de la position dominante du professionnel. Plus particulièrement ont été utilisées les règles classiques de la théorie des vices du consentement plus ou moins adaptées pour répondre aux besoins de protection. Mais rapidement, le constat de leur insuffisance a été dressé et il est apparu nécessaire que les pouvoirs publics interviennent spécifiquement pour protéger le faible contre le fort, pour assurer un fonctionnement équilibré du marché et aussi... satisfaire le groupe de pression que constituent les consommateurs.

Ainsi, "de la consommation au consommateur, le phénomène économique est devenu occasion de protection"⁵.

Sont alors entrées en vigueur des mesures ponctuelles.

³ Peuvent être citées à titre d'exemple : les sociétés coopératives de consommation, la Fédération nationale des coopératives de consommateurs ou l'Eurocop...

⁴ Par exemple : Union fédérale des consommateurs, Confédération française des familles, ...

⁵ I. Fadlallah - Le droit du crédit au consommateur - Litec Droit - 1982 - Préface p. V.

Outre la loi du 1er août 1905 relative aux fraudes, la loi du 2 juillet 1963 sur la publicité mensongère et celle du 22 décembre 1972 relative au démarchage à domicile n'ont eu d'autre objectif que celui de tempérer les excès pouvant tenter les professionnels. Parallèlement ont été également créées des institutions publiques spécialisées destinées à réfléchir sur les problèmes de consommation ou à remplir une mission d'information, la plus célèbre d'entre-elles étant l'Institut National de la Consommation. (I.N.C.)⁶ montrant bien l'importance désormais accordée au phénomène.

Mais c'est surtout vers la fin des années soixante-dix qu'est véritablement né le droit de la consommation. Pour la première fois, le consommateur s'est trouvé être un sujet de droit spécifique faisant l'objet d'une protection lui étant propre.

Sous l'impulsion du secrétaire d'Etat chargé de la consommation⁷ a été pris un certain nombre de mesures législatives importantes destinées à informer et protéger le consommateur relativement au crédit et aux produits et services⁸.

Par la suite, d'autres textes suivront⁹ et confirmeront la présence, aux côtés du droit civil, d'un véritable droit de la consommation. La codification commencée en 1993, même à droit constant, est venue parachever cette œuvre.

Faut-il y voir là un pas vers l'autonomie ?

Toujours est-il qu'il existe bel et bien un ensemble construit de règles spécifiques faisant tantôt appel au droit commun, tantôt le rejetant.

⁶ Institut National de la Consommation créé par la loi n° 66-948 du 22 décembre 1966 modifiée par le décret n° 82-1218 du 30 septembre 1982 et le décret n° 90-381 du 4 mai 1990.

⁷ La création d'un secrétariat d'Etat chargé de la consommation rattaché au ministère de l'économie et des finances dès 1976 témoigne de l'importance accordée à la matière. Il faudra attendre 1981 pour qu'un ministère à part entière soit créé.

⁸Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978.

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978.

⁹ Pour les principaux :

Loi n° 89-421 du 23 juin 1989

Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992

Aussi viennent-elles bouleverser la notion de contrat en dessinant un nouveau type de rapport contractuel se distinguant du modèle initial : l'obligation consumériste.

Incontestablement, l'évolution du droit de la consommation fait alors penser à celle du droit commercial ou du droit du travail. Progressivement, le droit commun remplit une fonction subsidiaire.

Comme le constate Loïc Cadiet, "d'un point de vue quantitatif on est tenté de penser que la progression de la technique contractuelle est spectaculaire : il y a loin des quelques alinéas de l'article 1780 et l'article 1781 C. civ. consacrés au louage des domestiques et ouvriers, aux milliers d'articles dont se composent les différents codes relatifs au travail"¹⁰.

Pour le droit de la consommation, la démarche est identique. Un ensemble de règles qui gravitent autour du droit commun des obligations avec de nombreuses et parfois profondes particularités placent le consommateur dans une situation qui lui est propre et qui entretient souvent d'étranges relations avec les règles classiques.

A priori, la loi vient porter atteinte au domaine contractuel mais peut-être est-ce finalement pour venir le renforcer.

L'autonomie de la volonté n'apparaît plus absolue et l'on peut se demander si elle n'est pas passée de la règle à l'exception. Le formalisme, la modification des conditions de formation du contrat viennent battre en brèche le principe du consensualisme.

La liberté contractuelle semble rétrécie mais non pour des motifs économiques tenant par exemple aux règles de la concurrence mais pour des raisons de protection de l'une des parties : le consommateur.

¹⁰Loïc Cadiet - Interrogations sur le droit contemporain des contrats dans : le droit contemporain des contrats. *Economica* 1987 p. 19 n° 16.

Parfois même, le droit de la consommation va plus loin et s'oppose nettement au droit commun. La possible remise en cause de la force obligatoire du contrat en cas de surendettement en est l'illustration la plus évidente.

Il faut alors penser que si le contrat peut être renégocié ou redéfini en sa faveur, le consommateur jouit vraiment d'un statut *sui generis*.

Mais qui est donc cet étonnant personnage placé dans un tel microcosme protecteur ?

Curieusement, "une constatation s'impose, le consommateur est encore, en droit français, à la recherche de sa définition"¹¹.

En effet, paradoxalement, le législateur n'a jamais défini de manière claire et précise le sujet de droit qu'il entendait protéger. Tout au plus s'est-il contenté de donner quelques éléments dans le cadre de chaque loi qui peuvent, à la limite, constituer des définitions de circonstance.

Aussi nous voyons-nous donc contraints de recenser les différentes approches doctrinales et jurisprudentielles qui constituent autant de tentations de détermination d'un introuvable sujet de droit.

Selon Monsieur Berlioz, il s'agirait non d'une situation mais seulement d'une fonction¹².

Le Littré de la langue française, quant à lui, nous donne une définition qui paraît bien incomplète en qualifiant de consommateur celui qui achète pour son usage, par opposition au producteur.

¹¹ G. Paisant - Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la 1^{ère} ch. civ. C. cas.). J.C.P. 1993 - Doctrine n° 3655.

¹² G. Berlioz - Droit de la consommation et droit des contrats. J.C.P. 1979 - I - 2954 n° 26.

L'incertitude grandit encore lorsque l'on examine la solution très insatisfaisante de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui abandonne la définition du consommateur au pouvoir des juges du fond "au vu des éléments de l'espèce"¹³.

En réalité, la problématique de la définition réside dans le sens qu'il faut donner à l'expression "non-professionnel" généralement adjointe par la loi à celle de consommateur.

En effet, si dans une conception objective le consommateur est un utilisateur de biens et de services, faut-il y exclure le professionnel comme le commanderait peut-être une approche plus subjective ?

De façon générale, nous remarquons que le législateur emploie la terminologie de consommateur ou non-professionnel sans préciser s'il s'agit là d'une tautologie ou de deux notions différentes.

Pour tenter d'apporter une réponse, il convient de se tourner vers la jurisprudence qui malheureusement n'adopte pas de conception unitaire.

Une première théorie refuse catégoriquement d'inclure les professionnels dans la définition du consommateur.

Ce dernier serait "le particulier qui acquiert des biens et services pour consommer sans être lui-même producteur ou distributeur"¹⁴. Il est "l'acquéreur non-professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel"¹⁵.

Telle semble être la position retenue par le droit québécois¹⁶ ainsi qu'en France en matière de surendettement puisque sont exclues les dettes "nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur"¹⁷.

¹³ Cass. crim. 27 juin 1989 - G.P. 1990 - 1 - 44 ; Bull. crim. n° 276.

¹⁴ L. Bihl- Vers un droit de la consommation - G.P. 1974 - 2 - 754.

¹⁵ G. Cornu - Travaux de l'Association H. Capitant - 1973 ; tome XXIV p. 131.

¹⁶ Voir Jacoby dans : Travaux de l'Association H. Capitant, Précité p. 71 ; Baudouin, R.T.D. Civ. 1972 p. 482.

¹⁷ Voir 2 arrêts : Civ. 1ère 31 mars 1992 - Bull. civ. 1 n° 107 - J.C.P. 1992 - IV - 1670 ; R.T.D. Com. p. 457 note Paisant.

Cette tentative de définition relativement stricte semble rejoindre la proposition formulée par la Commission de refonte du droit de la consommation qui englobe dans la notion de consommateur "les personnes physiques ou morales qui se procurent ou utilisent des biens ou des services pour un usage non-professionnel"¹⁸. C'est aussi en ce sens que s'oriente la majorité de la doctrine¹⁹.

Une autre théorie, moins stricte, ne rejette pas catégoriquement de la définition du consommateur les professionnels qui agissent indépendamment des besoins de leur entreprise.

Selon le doyen Hémard, "le consommateur est en principe celui qui achète des produits ou se fait fournir des services pour son usage personnel, qu'il soit ou non commerçant et non pas pour les besoins de son entreprise"²⁰.

Cette position rejoint en cela celle de la directive européenne n° 93 - 13 du 5 avril 1993 qui dans son article 2 définit le consommateur comme étant "toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle"²¹.

Enfin, une troisième conception beaucoup plus large nous donne une définition extensive du consommateur en y incluant le professionnel dès lors qu'il contracte en dehors de sa spécialité, et ce, même dans le cadre de son activité²².

¹⁸ J. Calais-Auloy - Propositions pour un nouveau droit de la consommation - La documentation française - 1985 p. 147.

¹⁹ G. Cornu, Précité p. 135 ; J. Ghestin - Le contrat - L.G.D.J. 1998 n° 5 ; P. Malinvaud - La protection des consommateurs - D. 1981, Chron. p. 49.

²⁰ J. Hémard - Droit de la concurrence et protection des consommateurs. G.P. 1971 - 2 - Doctrine p. 575.

²¹ J.O.C.E. L. 95, 21 avril 1993 p. 29 - D. et A.L.D. 1993 - 360.

²² Voir par exemple : G. Berlioz - Droit de la consommation et droit des contrats - J.C.P. éd. C.I. 1979 - II - 13019.

En ce sens semble aller la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans l'affaire "Pinto"²³ a précisé que la directive du 20 décembre 1985 ne s'opposait pas à ce que la législation d'un état membre assimile le commerçant au consommateur.

Une position inverse aurait été étonnante dans la mesure où le droit communautaire lui-même permet à chaque pays d'adopter les dispositions plus protectrices. Ainsi, selon cette dernière théorie, les non-professionnels seraient finalement des professionnels qui contractent dans un domaine où leur inexpérimentation est manifeste.

Ce principe posé par un célèbre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation²⁴ a ensuite été repris²⁵ de telle manière que, par exemple, entre dans le champ d'application de la protection le commerçant qui achète une alarme ou un extincteur pour les besoins de son activité.

En quelque sorte, tout semble être basé sur le seul critère d'incompétence, élément déterminant de la qualité de consommateur ou non-professionnel.

Une décision ancienne a déjà plus ou moins exclu la notion d'acte accompli dans le cadre de l'exercice d'une profession pour ne prendre en compte que la compétence²⁶, de même que l'a fait plus récemment la Cour d'appel de Besançon²⁷, qui a défini le consommateur comme celui qui ne contracte pas dans le domaine de sa compétence.

Pourtant, cette thèse paraît aujourd'hui quelque peu remise en cause renforçant ainsi l'extrême complexité qui accompagne les différents essais de définition de la notion de consommateur.

²³ C.J.C.E. 14 mars 1991, aff. C. 361/89.

²⁴ Civ. 1ère 28 avril 1987 - Bull. civ. I p. 103 ; J.C.P. 1987 - II - n° 20893 obs. G. Paisant ; D. 1988 - 1 - obs. Ph. Delebecque ; R.T.D. Civ. 1987 p. 537 obs. J. Mestre.

²⁵ Civ. 1ère 6 janvier 1991 - J.C.P. 1993 - 22007 note G. Paisant ; Civ. 1ère 25 mai 1992 Bull. civ. I - n° 162 ; D. 1993 - 87 note G. Nicolo.

Civ. 1ère 6 janvier 1993 - D. 1993 - SC 237 ; IR 28, 35, 40.

²⁶ Civ. 1ère 15 avril 1982 - D. 1984 - 439 note J.P. Pizzio.

²⁷ Besançon 10 juin 1994 - C.C.C. janvier 1995 n° 23.

C'est dans le domaine des clauses abusives qu'un nouveau critère semble avoir été dégagé par la Cour de cassation qui, le 24 janvier 1995²⁸, parle d'absence de rapport direct avec la profession comme condition de protection. C'est donc ici une conception plus restrictive qui a été privilégiée. Ceci est d'ailleurs trouvé confirmé quelques semaines plus tard lorsque fut évoquée l'idée d'acte conclu pour les besoins du commerce, notion quelque peu moins évasive²⁹.

Nous aurons donc compris que les imprécisions de la loi conduisent à une absence de définition précise et unitaire de la notion de consommateur. Peut-être aurait-il été plus clair d'employer le mot "client" à la place de l'expression "consommateur ou non-professionnel" à l'image du droit allemand³⁰.

Nous constatons néanmoins qu'au gré des circonstances, les personnes visées sont nombreuses.

Rappelons d'ailleurs à cette occasion que le droit français, au même titre que le droit espagnol ou belge, mais contrairement à la position du droit européen, y inclut les personnes morales³¹.

L'article L. 132-1 Code cons. résultant de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 est en cela très significatif lorsqu'il parle du non-professionnel ou du consommateur. Il est ainsi admis, malgré un paradoxe terminologique, que le non-professionnel peut être un professionnel qui n'agit pas forcément dans une fonction de consommation. Une association pourrait, au même titre, faire partie du champ d'application de la protection.

Pour notre part, nous réserverons l'usage du terme "professionnel" à la désignation du cocontractant opposé aux personnes protégées.

²⁸ Civ. 1ère 24 janvier 1995 - D. 1995 - IR - 47 ; 327 note Paisant.

²⁹ Civ. 1ère 21 février 1995 - C.C.C. mai 1995, contrats n° 84.

³⁰ Voir C. Witz, Droit privé allemand, 1) Actes juridiques, droits subjectifs - Litec 1992 n° 200 p. 184.

³¹ Voir notamment : La protection des consommateurs, XIIèmes journées franco-espagnoles, 8-9 février 1979, Annales Toulouse 1979 t. 27.

Nous pouvons donc dire que "le terme de consommateur ainsi voué à un rôle primordial est plus souvent utilisé que défini"³².

Par une approche pragmatique, nous pouvons néanmoins penser que, selon une jurisprudence dominante et la majorité de la doctrine³³, les expressions de consommateur et non-professionnel apparaissent le plus souvent synonymes dès lors que se trouvent présumées la faiblesse, l'ignorance ou l'incompétence.

Il s'agit là, semble-t-il, du dénominateur commun à toutes ces tentatives de définition qui permet de regrouper tous les profanes, même professionnels, sous réserve qu'ils agissent hors de leur compétence ou en dehors des besoins de leur activité.

Le consommateur, "qu'il soit ménagère, client ou téléspectateur, chaland ou destinataire... c'est l'homme, il est faible, il en a toujours été ainsi"³⁴. La conséquence immédiate qu'il faut en déduire est alors l'existence d'une situation contractuelle déséquilibrée.

D'un côté, une partie généralement économiquement forte, spécialisée, de l'autre un profane inexpérimenté pour qui l'expression d'une volonté parfaite *ex abrupto* paraît difficile voire impossible.

Constater un tel état de fait et ne pas tenter d'y remédier ne serait pas conforme à l'esprit de notre droit.

Aussi, suivant en cela une longue tradition juridique, le législateur est intervenu pour rétablir un certain équilibre et c'est essentiellement autour de la convention, avant et après sa formation, que s'organise un important dispositif de protection.

Le phénomène n'est pas, en soi, exclusif au consommateur.

³² G. Berlioz - Droit de la consommation et droit des contrats - J.C.P. 1979 - I - 2954.

³³ J. Calais-Auloy - Droit de la consommation - Précis Dalloz n° 1 et 203 ; G. Cornu - La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français - Travaux Association H. Capitant - Dalloz 1973 p. 135 ; G. Berlioz - Précité.

³⁴ G. Cornu - Précité.

Le droit commercial, notamment, veut faciliter les relations contractuelles dans lesquelles interviennent des commerçants en opposition avec le droit civil souvent plus rigoureux. Il est ici question également de protéger ceux qui paraissent en situation d'infériorité³⁵.

L'idée de la protection est donc classique mais le clivage semble avoir changé de nature puisqu'à l'opposition commerçant/non-commerçant a succédé celle du professionnel au consommateur.

Le principe d'une assistance n'est pas non plus neuf laissant ainsi croire, à première vue, que plus qu'une révolution du droit, il ne s'agit que d'une évolution.

Le choix de certaines méthodes employées peut également le laisser penser en raison de leur caractère classique. Le formalisme imposé est un mode traditionnel de protection. L'acte authentique en est la principale illustration tout comme, en matière de preuve, l'ancienne formalité du "bon pour".

Le renforcement des obligations pesant sur l'une des parties est là encore un procédé ancien de même que l'usage du temps comme facteur d'expression d'un consentement réfléchi.

L'intervention du juge dans le contrat existe en matière commerciale ainsi que le recours à la dissuasion par la prise de dispositions pénales.

L'utilisation de mesures sectorielles n'est pas non plus nouvelle et assure la protection des plus faibles tels que, par exemple, les locataires.

Pourtant, les règles propres au consommateur ont des spécificités remarquables, de nature à susciter de nombreuses interrogations, notamment quant à la valeur qui peut être accordée à la volonté exprimée par ce dernier.

³⁵ Voir par exemple le décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux.

Sans doute cette question se trouve-t-elle posée au regard de l'impressionnante concentration d'un ensemble de dispositions protectrices autour d'un unique individu. Qui plus est, ces dispositions n'hésitent pas parfois à heurter gravement le droit commun pour parvenir à des objectifs déterminés.

Le droit de la consommation est en effet essentiellement caractérisé par le surdéveloppement d'une législation d'assistance au profit exclusif d'un seul des contractants³⁶.

Ce droit est avant toute chose à finalité protectrice et l'intitulé des textes eux-mêmes en témoigne³⁷.

"Il comprend l'ensemble des dispositions d'origine législative, réglementaire ou jurisprudentielle qui organise le statut du consommateur en tant que tel dans le but de protéger les intérêts de chaque consommateur"³⁸.

Défendre le faible contre le fort, rétablir l'équilibre entre les parties sont les fonctions morales du droit de la consommation.

Si le droit commun paraît inaccessible au consommateur parce que, par exemple, la malice, la ruse ou l'audace propres aux nouvelles techniques de distribution excluent ou rendent aléatoire la preuve d'une erreur, d'un dol, d'une violence ou d'une lésion, la loi se doit d'intervenir.

Mais le fait-elle avec précaution ?

Que penser en effet d'un sujet de droit dont l'autonomie juridique se trouverait en grande partie subordonnée au respect de règles d'ordre public ?

³⁶ Voir G. Cornu - L'évolution du droit des contrats en France, dans : Journée de la Société de législation comparée - 1979 p. 447 n° 19.

³⁷ Parmi les principaux :

- Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et la protection dans le domaine du crédit.

- Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

- Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et la protection des consommateurs.

- Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

³⁸ Ph. Malinvaud - La protection de consommateurs - D. 1981 - Chron. p. 49 n° 6.

De plus, si le législateur admet, toujours dans un souci louable d'assistance, que la volonté exprimée par le consommateur puisse être redéfinie ou privée d'effets, ne faut-il pas là y voir une inquiétante atteinte portée au principe de force obligatoire des conventions légalement formées ?

Le problème, ou même le paradoxe, du consommateur réside dans le fait qu'il est un personnage juridiquement capable mais qui éprouve des difficultés - pour ne pas dire plus - quant à l'exercice de ses droits et donc quant à l'assurance de sa propre protection.

Notre droit l'a compris et, laissant quelque peu dans l'ombre les ambiguïtés théoriques d'un certain type de protection, il a fait le choix de l'assistance.

Avant la formation du contrat, le consommateur doit être informé et conseillé. Sa faiblesse ne doit pas être exploitée.

L'offre de contracter doit respecter certaines formes, les clauses dangereuses doivent être évitées, le temps doit être utilisé afin de favoriser la réflexion ou la remise en cause d'un engagement trop vite donné. Le consommateur est ainsi un sujet de droit dont la volonté est assistée (première partie).

Une fois la convention conclue, le consentement exprimé reste cependant fragile malgré tous les efforts du droit positif.

Les attentes légitimes du consommateur doivent être satisfaites même si la volonté exprimée ne le laisse pas entendre de prime abord.

L'équilibre contractuel doit être recherché coûte que coûte une fois la convention conclue.

L'interprétation des dispositions ambiguës se fait alors dans le sens de la partie faible, les clauses abusives étant rendues sans effet et les obligations du professionnel renforcées.

Enfin, de façon paradoxale, la force obligatoire du contrat peut être mise à néant en cas de défaillance du débiteur, celle-ci étant une "probabilité que ne doit pas exclure le créancier"³⁹.

Le consommateur est alors un sujet de droit dont la volonté peut être remodelée (deuxième partie).

³⁹ B. Oppetit - L'endettement et le droit, dans : Mélanges A. Breton et F. Derrida - Dalloz 1991 p. 295.

1ère partie:

**La volonté assistée du consommateur
dans la phase pré-contractuelle**

Tout sujet de droit est , à l'exception des incapables, apte à exprimer une volonté autonome. Le principe du consensualisme en est d'ailleurs, en matière contractuelle, le corollaire logique.

Cette vision libérale de notre droit des obligations en constitue le principal fondement et repose essentiellement et nécessairement sur l'existence d'une certaine égalité entre les parties.

L'autonomie de la volonté n'est en effet concevable que si peut être respecté un réel équilibre entre les contractants sans que l'un d'eux, profitant de la situation dominante, ne vienne fausser la relation contractuelle par des abus dont il serait l'unique bénéficiaire.

Si telle est la conception des rédacteurs du Code Civil qui constitue aujourd'hui encore notre droit commun, force est de constater que le concept d'égalité entre les parties n'est plus qu'une chimère face au développement spectaculaire des nouveaux rapports de consommation.

Comparé au professionnel à la supériorité technique et économique évidente, le consommateur se retrouve dans un état de faiblesse susceptible de jouer en sa défaveur. L'équilibre se trouve brisé et le droit commun devient alors d'un maigre secours pour une situation qu'il n'a pas, à l'origine, envisagée. Il est alors nécessaire de donner au consommateur les moyens de retrouver une certaine égalité juridique avec son cocontractant en lui facilitant le nécessaire travail préalable à la conclusion d'une convention.

Par un encadrement légal relativement strict, le consommateur apparaît alors comme un sujet de droit assisté par un conditionnement de sa volonté (section 1) mais aussi comme un sujet de droit à l'initiative réduite par une volonté limitée (section 2).

Section 1 : UN SUJET DE DROIT À LA VOLONTÉ CONDITIONNÉE

Pour que la volonté contractuelle soit libre et consciente, il est indispensable que celle-ci soit donnée en toute connaissance de cause.

S'il incombe naturellement aux parties d'agir par elles-mêmes pour parvenir à cette fin, la loi offre néanmoins au consommateur une assistance loin d'être négligeable.

Elle lui permet d'une part, l'accès à une information juste et loyale (§ 1) mais elle lui facilite aussi, d'autre part, l'expression d'un consentement éclairé (§ 2).

Paragraphe 1 - Conditionnement de l'information

L'information est la base logique de toute prise de décision, en particulier dans le domaine contractuel. Dans nos sociétés modernes où le consommateur est si souvent sollicité par cette étonnante forme de communication qu'est la publicité, il convient d'en corriger les excès (A).

Face à l'incessante évolution économique et technologique, il s'avère également nécessaire de favoriser le droit, pour la partie faible, de bénéficier d'informations objectives et d'être conseillée (B).

A - Réglementation de la publicité

1- Insuffisance du droit commun

Formidable technique de communication, il apparaît aujourd'hui impossible de dissocier la société de consommation de la publicité tant ces deux notions et leur développement apparaissent étroitement liés. Tour à tour "outrancière, impudique, audacieuse, inspirée et joyeuse, la publicité est omniprésente. En nous, devant nous, autour de nous"⁴⁰.

Son rôle d'information et de persuasion consiste à dire de la façon la plus efficace possible : "choisissez-moi, achetez-moi, suivez-moi, prenez-moi"⁴¹ .

La publicité est devenue le moteur de la consommation et nombreux sont les professionnels à l'imagination débordante qui rivalisent d'audaces et de prouesses techniques pour vendre produits et services comme le furent au début du siècle certains industriels de génie ayant compris les vertus mercantiles de ce qui s'appelait alors la réclame.

Destinée à frapper les esprits, à pénétrer les individus, à susciter leurs envies, la publicité a des effets psychologiques énormes dont la première victime, nous l'aurons compris, n'est autre que le consommateur, acheteur potentiel par définition.

C'est en effet vers lui que convergent tous les efforts des professionnels utilisant une extrême diversité de moyens et de supports⁴² pour un objectif unique : séduire.

⁴⁰ Marcel Germon : "Jacques Séguéla, un Scapin de génie". Molière Albatros - 1988.

⁴¹ Jacques Wolgensinger : "Publicité". Plaquette éditée par la société des automobiles Citroën - 1988.

⁴² Parmi l'infinie diversité des moyens et des supports, nous pouvons citer à titre d'exemple les idées mises en pratique dans les années 20 par André Citroën : caravanes publicitaires, avions écrivant des messages de fumée dans le ciel, illumination de la Tour Eiffel, croisières automobiles,...

Comment dès lors ne pas imaginer les dangers inhérents à la publicité qui, dans son déploiement d'artifices, exerce une influence considérable sur l'individu et peut, dans une certaine mesure, venir altérer l'expression d'un consentement réellement libre. Aussi est-il nécessaire de réguler les excès.

Si dans un premier temps la jurisprudence a refusé de considérer que les documents publicitaires pouvaient être intégrés au contrat⁴³, privant ainsi la victime de tout recours contractuel contre l'annonceur, un revirement intervenu par la suite aurait pu laisser croire à un rééquilibrage de la situation.

En effet, les tribunaux ont reconnu par la suite une certaine valeur contractuelle aux publicités suffisamment précises et détaillées contenant toutes les conditions du contrat⁴⁴ permettant ainsi au consommateur d'invoquer un vice du consentement.

Dans le cas de la publicité, seul le dol semble pouvoir être éventuellement allégué mais sa mise en œuvre paraît très difficile voire impossible car si, dans une certaine mesure, la publicité peut conduire à une volonté quelque peu forcée, il apparaîtra difficile d'apporter la preuve du caractère déterminant d'un consentement individuel. Le message publicitaire a, en effet, vocation à s'adresser au plus grand nombre. De plus, comment déterminer avec précision la frontière existant entre ce qu'il est convenu d'appeler le *dolus bonus* et qui constitue en quelque sorte une exagération permise par les fonctions mêmes du commerce et de véritables agissements malhonnêtes destinés à tromper de manière délibérée.

Certes, la distinction est en théorie assez nette mais en pratique elle risque d'apparaître moins clairement. Le propre de la tromperie n'est-il pas en effet de produire des effets discrètement ? Il faut alors, pour assurer une protection équitable du consommateur face aux abus de la publicité, envisager une réglementation spécifique, plus facile à mettre en œuvre que les règles du droit commun.

⁴³ Paris - 29 janvier 1861 et Req. 14 Juillet 1862 - S. 1862 - 1 - 849 ; Cass. civ. 10 nov. 1963 Bull. Civ. I n° 424.

⁴⁴ Civ. 3ème - 28 novembre 1968 - JCP 1969 éd. G. II 15 797 ; T. Commerce de Paris - 28 novembre 1977 G.P. 1977-2 Somm. p. 398 ; Cass. com. 2 juillet 1991 - C.C.C. 1ère année n° 247 ; Paris - 5ème ch. sect. A 26 novembre 1991 - C.C.C. 2ème année n° 4.

2 - La seule prise en compte de l'effet produit

Tant en France qu'à l'étranger, la publicité semble être la technique de communication qui a le plus attiré l'attention des pouvoirs publics.

L'Espagne⁴⁵, le Royaume-Uni⁴⁶, le Danemark⁴⁷, l'Allemagne⁴⁸, la Suisse⁴⁹, le Portugal⁵⁰ ont pris des mesures sensiblement identiques destinées à protéger le consommateur⁵¹. De nombreuses directives communautaires incitent également les états membres à une telle réglementation.

Notre droit national quant à lui se charge également de contrôler la publicité et ses effets selon des schémas classiques et parfaitement justifiables. Elle est ainsi purement et simplement interdite lorsqu'elle touche certains produits nocifs pour la santé, la sécurité ou la moralité des individus ou plus généralement soumise au respect de certaines conditions⁵².

Mais surtout, c'est l'authenticité du message qui doit être respectée.

La publicité, ce "mensonge qui dit toujours la vérité"⁵³ n'a pas en effet pour objet principal de véhiculer une véritable information objective mais au contraire de vanter les mérites d'une marque, d'un produit ou d'un service donné.

45 Loi du 11 juin 1964.

46 Fair Trading Act de 1973 et Consumer Credit Act de 1974.

47 Loi du 4 juin 1986.

48 Loi du 25 juillet 1986 - Voir C. Witz, Droit privé allemand, 1) Actes juridiques ; droits subjectifs. Litec 1992 n° 375 et s. p. 299 ; Revue européenne du droit de la consommation 1987 p. 48.

49 Loi du 19 décembre 1986 ; Feuille fédérale 1987 - 1 - p. 26.

50 Code de la publicité modifié par la loi du 18 août 1989.

51 Sur l'ensemble de ces législations, voir : B. Franck, Le statut de la publicité comparative dans les pays de la C.E.E. Dans : Publicité déloyale et publicité comparative. Actes du 5ème séminaire européen de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 25-26 septembre 1986. Story Sarenta 1988 p. 137.

52 C'est par exemple le conseil de modération qui doit assortir toute publicité concernant les boissons contenant plus de 1 % d'alcool pur.

53 Cette formule est attribuée à Jean Cocteau.

Il n'en demeure pas moins que toute allégation mensongère est proscrite, respectant ainsi un principe de loyauté indispensable au maintien de la sécurité juridique. C'est donc entre la tromperie et l'information objective que se trouve le témoin de la publicité et il doit appartenir normalement au consommateur de l'apprécier librement à sa juste valeur.

Mais, il en est pourtant autrement.

En effet, sur le plan pratique, il faut bien reconnaître l'extrême difficulté qui se présente lorsqu'il s'agit de contrôler la véracité d'un message publicitaire généralement diffusé à une très grande échelle. La volonté d'un contractant, pour être valable, doit être libre et consciente. Encore faut-il pour cela que les éléments qui vont permettre son expression soient réels et véritables. Le problème que pose la publicité est que tout en elle repose sur l'art de convaincre et de persuader que "l'information" qu'elle véhicule est juste et loyale sans l'être peut-être forcément.

Dès lors, chacun mesure l'embarras dans lequel se trouve placé le destinataire du message.

La publicité permet-elle l'expression d'un consentement en connaissance de cause ou est-elle de nature à le fausser ? Il apparaît difficilement imaginable pour le consommateur moyen de faire la part des choses. C'est pourquoi la loi a imaginé que si ce dernier ne peut se mettre à la portée de la publicité, c'est cette dernière qui doit se montrer plus accessible.

Outre l'obligation négative de ne pas tromper qui constitue l'idée force de la réglementation, la protection du consommateur en matière de publicité est envisagée de façon telle que le simple fait d'être de nature à induire en erreur suffit à rendre cette dernière illicite.

L'article L. 121-1 Code cons. interdit le message publicitaire qui, en dehors de toute intention malveillante de l'annonceur, est susceptible de tromper le consommateur, de lui donner une fausse idée du produit ou du service vanté.

Autrement dit, à la différence du dol qui, en tant que délit civil repose sur une faute intentionnelle donc sur la mauvaise foi, la bonne foi du professionnel annonceur ne fait pas disparaître l'incrimination et c'est en ce sens que la protection du consommateur dans le domaine de la publicité montre son originalité.

Par cette démarche, le législateur laisse implicitement transparaître la curieuse conception qu'il a du consommateur confronté à un message publicitaire.

Quel étrange sujet de droit en effet que cette personne juridique dont seule la faiblesse présumée justifie un système de protection très poussé et pouvant parfois jouer au détriment du professionnel sans intention malicieuse mais involontairement maladroit.

Cette conception des choses a d'ailleurs été, au départ, difficilement acceptée par la jurisprudence qui continuait, comme par le passé, à rechercher la mauvaise foi de l'annonceur⁵⁴. Ce n'est qu'à partir des arrêts Tarento et Savignac⁵⁵ que la Cour de cassation a fait une juste application de la loi en dissociant l'infraction de la volonté de tromper. A la lueur des décisions rendues, il apparaît clairement que la protection offerte au consommateur est relativement large.

Seul l'effet de la publicité étant pris en compte, il suffit donc que le message contienne un élément susceptible d'induire en erreur sans qu'un mensonge soit obligatoirement nécessaire⁵⁶.

La loi n'exige d'ailleurs pas que la publicité induise effectivement en erreur mais le simple fait qu'elle soit de nature à l'être est suffisant⁵⁷.

⁵⁴ C. cass. 4 mars 1976 et 29 avril 1976. G.P. 1976 - 1 p. 417 note P.J. Doll.

⁵⁵ C. cass. 5 mai 1977 et 8 mars 1978. D. 1977 - 502 ; G.P. 1977 - 2 - 428.

⁵⁶ Cass. crim. 27 octobre 1980 - Bull. crim. n° 275.

⁵⁷ Cass. crim. 8 mai 1979 - Bull. crim. n° 167. JCP 1981 - II - 19 514 note D. Andréi et P.F. Divier.

Il s'agit donc en quelque sorte d'apprécier le message en fonction de la réaction que pourrait avoir le consommateur "idéal", l'individu moyen, le "bon père de famille" servant généralement de référence. De même, ne peut-on pas penser qu'en l'absence de volonté de tromper de la part du professionnel, le consommateur victime du message ambigu est par là même victime non pas d'une erreur de droit mais d'une erreur de fait ? Il résulte en effet de l'annonce une vision déformée de la réalité, une appréciation fautive, susceptible de conduire le consommateur à l'expression d'une volonté ne répondant pas aux caractéristiques d'un véritable consentement éclairé.

Nous pouvons donc penser que l'annonceur semble tenu d'une véritable obligation de résultat vis-à-vis du consommateur. Le premier ne dispose pas du moindre droit à l'erreur. Une seule maladresse de sa part, même involontaire, mais qui tend à tromper ce consommateur "idéal", peut entraîner la constitution de l'infraction dont les conséquences peuvent lui être difficiles à supporter, tant en matière civile que pénale⁵⁸.

Sont en effet incriminables les allégations publicitaires ne contenant pas d'erreur mais étant susceptibles d'induire en erreur en raison de leur ambiguïté ou de leur manque de précision⁵⁹.

Il en est de même des documents pouvant être confondus avec un papier bancaire ou une coupure de presse⁶⁰.

Nous le voyons donc, la volonté du législateur de protéger le consommateur est évidente mais il faut reconnaître qu'elle est aussi nécessaire. Par la création d'une incrimination très large et pouvant être facilement mise en œuvre, la loi montre la faiblesse du consommateur face au

⁵⁸ Outre la possibilité d'une responsabilité civile, l'annonceur peut, sur le plan pénal, se trouver dans l'obligation de régler une amende dont le montant est susceptible d'aller jusqu'à 50 % des dépenses engagées pour la publicité délictueuse.

⁵⁹ T. com. de Paris - 2 juin 1982 - G.P. 1982 - 2413. Dans le domaine de la vente par correspondance concernant l'envoi de documents pouvant laisser croire aux destinataires qu'ils sont gagnants d'une somme d'argent, voir par exemple : Civ. 2ème - 7 juin 1990. Bull. civ. II n° 130.

Voir aussi : J. Delga. Le consommateur serait-il devenu moins intelligent ? G.P. 13-14 septembre 1995 p. 2.

⁶⁰ Art. L. 121 - 37. Code cons.

professionnel annonceur, tout en faisant preuve d'une sévérité normale à l'égard de ce dernier.

Elle offre en même temps à la partie faible les moyens de pallier les excès de l'annonce publicitaire et institue par conséquent un régime de faveur évident par rapport au droit commun.

Dans certains pays, la volonté de protection est même parfois plus aiguë.

Aux Pays Bas par exemple, la loi va jusqu'à inverser purement et simplement la charge de la preuve.

C'est l'auteur de la publicité incriminée qui doit apporter la preuve qu'elle n'est pas mensongère. Sans aller jusque là, notre droit national crée néanmoins une situation d'exception pour le consommateur.

Nous le savons, ce phénomène de protection n'est pas propre au droit de la consommation. Il est présent lorsque l'une des parties se trouve dans une situation d'infériorité ou de dépendance.

Ainsi, le droit du travail prévoit un encadrement juridique étroit du salarié et de l'employeur. La législation des loyers réglemeⁿte strictement les contrats de bail pour protéger les locataires... Dans chacun de ces régimes spécifiques, une idée prédomine : l'incapacité ou l'inaptitude de la partie faible à agir seule selon le droit commun.

Dès lors se pose la question de savoir si ces mesures particulières ne contribuent pas à fondre l'image du consommateur dans le moule si souvent critiqué de "l'assisté".

La réponse à cette question se doit d'être nuancée. En effet, quant à l'opportunité d'une telle réglementation, il semble logique de penser que l'évolution des moyens de communication modernes, et surtout leur extrême diversité, rend difficile pour le consommateur la vérification des messages diffusés.

Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la vente de biens d'une certaine spécificité technique nécessitant de sérieuses connaissances que ne peut avoir le profane.

La protection de la loi paraît ainsi bienvenue. Mais en revanche, faut-il pour autant en déduire que, systématiquement, le consommateur n'est jamais en mesure de réaliser le cheminement intellectuel susceptible de l'éclairer sur la véracité ou le caractère mensonger du message publicitaire ?

Ne peut-il pas par lui-même apprécier la valeur réelle de l'annonce même lorsque celle-ci a un caractère équivoque ?

Répondre par l'affirmative à ces dernières questions serait sans conteste adopter une vision dévalorisante du consommateur. Ce serait aussi trahir l'esprit de la réglementation car si la loi a une volonté protectrice, elle ne cherche pas à faire du consommateur un sujet de droit assisté par principe. La jurisprudence vient d'ailleurs à l'appui de cette position.

3 - Les tempéraments jurisprudentiels

Pour vérifier si un message est trompeur ou de nature à induire en erreur, les tribunaux ont recours à une appréciation *in concreto* en se référant à l'esprit du "consommateur moyen, à son sens critique face au message publicitaire"⁶¹.

L'étendue de la protection va donc dépendre de cette notion de "consommateur moyen". De manière générale, la jurisprudence adopte une position relativement claire qui tend à exiger un minimum d'intelligence et de discernement de la part du destinataire de la publicité donnant ainsi une certaine noblesse à la protection. A plusieurs reprises, il a été rappelé que la loi n'est pas destinée à protéger les faibles d'esprit et que le public n'est pas dispensé de tout effort d'attention ou de réflexion⁶².

⁶¹ Cass. crim. 21 mai 1984 - D. 1985 - 105.

⁶² T. corr. de Metz 27 mai 1982 - G.P. 1983 - I - 79.

T.G.I. Pontoise 25 mars 1983 - G.P. 24-25 oct. 1984.

T. corr. de Nanterre - 14ème ch. 12 déc. 1983 inédit confirmé par Cour de Versailles 12 juin 1984 7ème ch. inédit.

Ainsi analysée, la réglementation de la publicité paraît beaucoup plus gratifiante pour l'image du consommateur. Il eût été en effet regrettable d'avoir mis en œuvre un régime de protection sans nuance créant une véritable obligation de garantie à charge du professionnel et faisant ainsi du consommateur un individu inapte par nature. Au contraire, la jurisprudence en a une vision plus valorisante et estime ainsi qu'une publicité hyperbolique perd toute crédibilité et n'entre pas, par conséquent, dans le cadre de la loi⁶³.

Cette exigence des juges quant aux capacités de discernement varie également en fonction des individus. Il existerait ainsi différentes catégories de consommateurs qui mériteraient protection, une sorte de hiérarchie dans la faiblesse.

Parmi ceux qui nécessitent une protection plus poussée se trouvent les enfants mineurs pour lesquels la loi estime que la publicité ne doit en aucune manière leur porter préjudice⁶⁴.

Les consommateurs de crédit font également l'objet d'une attention particulière en raison de l'importance de l'opération qu'ils concluent surtout lorsqu'il s'agit d'un crédit gratuit.

Dans ce dernier cas, toute publicité est clairement interdite hors des lieux de vente⁶⁵ et la protection se trouve renforcée, la séduction opérée par ce mode de financement pouvant amener l'individu à "souscrire des engagements qui dépassent ses capacités"⁶⁶.

De façon générale, l'incrimination est retenue en fonction de la condition sociale des individus, la faiblesse se trouvant plus facilement caractérisée lorsqu'il s'agit d'un "public de culture et de moyens modestes"⁶⁷.

⁶³ Paris - 12 avril 1983 (Affaire Samsonite) G.P. 22-23 juin 1983.

T. corr. Paris - 13 avril 1983 (Affaire de la pile Wonder) maintenue par Cass. crim. 15 oct. 1985 - D. 1986 IR 39.

Cass. crim. - 21 mai 1984 - D. 1985 - 105.

Voir aussi : C. Carreau - Publicité et hyperbole - D. 1995, chron. 225 n° 25.

⁶⁴ Décret du 27 mars 1992 - J.O. du 28 mars 1992.

⁶⁵ Art. L. 311 - 5 Code cons.

⁶⁶ Réponse ministérielle n° 26 631 J.O.A.N. (Q) 9 avril 1991 p. 1190.

⁶⁷ T. com. d'Evreux - 23 janvier 1975 - G.P. 1975 - 2 - 82, note J.C. Fourgoux.

Ainsi envisagée, la réglementation française de la publicité fausse ou de nature à induire en erreur offre au consommateur une assistance efficace et nécessaire sans pour autant le déresponsabiliser totalement.

Malgré une incrimination relativement large, la jurisprudence, par un travail judicieux, exige cependant du destinataire du message publicitaire certaines capacités de discernement et un minimum d'efforts de réflexion⁶⁸.

Nous ne pouvons que nous réjouir de cette interprétation qui donne du consommateur une image plutôt rassurante, celle qui se rapproche de la notion traditionnelle du "bon père de famille".

Le "consommateur moyen" est celui qui est capable d'apprécier la juste valeur d'un message publicitaire hyperbolique, sorte de *dolus bonus*. Il est aussi celui qui, dans certaines situations, se doit d'être aidé car ne disposant pas de moyens suffisants pour porter un jugement éclairé sur un message publicitaire.

Mais, le problème se pose avec plus d'acuité encore lorsque la publicité se propose d'opérer une comparaison entre produits ou services.

Loin de négliger cette forme de communication, la loi tente de faire de celle-ci, par une réglementation stricte, un mode objectif d'information du consommateur.

4 - La publicité comparative comme mode informatif

La publicité comparative est de nature à dérouter le consommateur.

Mettant en concurrence des produits ou services de même nature, elle vise à montrer la supériorité du professionnel annonceur et est donc particulièrement difficile à apprécier ou à vérifier.

⁶⁸ Voir jurisprudence précitée, note 54.

Mais la publicité comparative a aussi pour conséquence de dénigrer la concurrence, voire d'être parfois déloyale et c'est la raison pour laquelle elle fut longtemps proscrite par le droit français⁶⁹.

La loi du 18 janvier 1992, suivant en cela la position de la Commission des communautés européennes⁷⁰ a néanmoins décidé de l'admettre selon une réglementation relativement stricte dont les grands principes étaient déjà posés par la jurisprudence⁷¹.

L'article 10 de la loi de 1992, devenu l'article L. 121 - 8 du Code de la consommation, exige que la comparaison soit loyale, objective et informative. Elle doit également porter sur des caractéristiques "essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables"⁷². Autrement dit, l'objectif principal de la loi apparaît clairement : il s'agit de faire de la publicité comparative un mode d'information sur les produits et services.

Le paradoxe qui en découle mérite ici d'être souligné. En effet, en cherchant à établir un message objectif destiné au consommateur, le législateur dénature l'essence même de la publicité qui, par principe, se veut subjective.

"Le but de la publicité n'est pas et n'a jamais été d'informer, mais bien de séduire et de faire vendre"⁷³.

⁶⁹ Les tribunaux utilisaient l'article 1382 C. civ, la faute pouvant être constituée par le dénigrement du concurrent.

T.G.I. Grenoble - 9 mai 1984 - G.P. 1984 - I - 372.

⁷⁰ La Commission des communautés européennes est favorable à la publicité comparative : article 4 de la 4ème version de la proposition de directive. J.O.C.E. 21 mars 1978 n° 7015.

⁷¹ Voir par exemple :

Cas. com. - 22 juillet 1986 - D. 1986 - 436 note Cas. J.C.P. 1987 éd. E - II 14 901 note Gavalda et Lucas de Leyssac.

Cette décision a ouvert la possibilité d'une publicité comparative des prix pour des produits strictement identiques.

⁷² Avant la loi de 1992, l'obligation d'objectivité imposée à la comparaison était déjà requise, et ce, même si les informations alléguées étaient exactes.

Voir la célèbre affaire Volkswagen contre Renault. T.G.I. Paris - ord. réf. - 22 septembre 1991. C.C.C. 1ère année n° 244.

⁷³ Luc Bihl - Le droit d'expression des consommateurs. G.P. 1978 - 1 - Doctrine p. 186.

Plus grave encore, l'autorisation de la publicité comparative constitue une limite au droit des marques justifiée par la nécessité de défendre l'intérêt des consommateurs et au détriment d'une certaine loyauté pourtant de rigueur en matière commerciale⁷⁴. C'est finalement un acte de concurrence déloyale par dénigrement autorisé par la loi.

En effet, "l'information/comparaison suppose une identification du concurrent visé, une identification de sa marque. Un discrédit quelconque quant au produit atteindra donc rapidement une dimension des plus préjudiciables en affectant de manière irrémédiable non seulement le bien, mais, à travers lui, le droit de marque, dont l'importance économique n'est plus à démontrer "⁷⁵.

Ce conflit de droits explique sans aucun doute la réticence des pays de la Communauté européenne qui, tout en admettant la publicité comparative, refusent le dénigrement des concurrents⁷⁶.

La France en revanche, malgré des débats parlementaires difficiles⁷⁷, a tranché nettement en faveur du consommateur et au détriment du droit de la concurrence⁷⁸.

La philosophie protectrice du faible par rapport au professionnel, souvent présenté comme un agresseur, se manifeste donc ici par un statut dérogatoire particulièrement favorable au consommateur.

Par une réglementation habile, la loi détourne l'objectif premier du message publicitaire qui, lorsqu'il est comparatif, n'est alors plus de séduire mais d'informer.

⁷⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 91-303 du 15 janvier 1992 - J.O. du 18 janvier 1992 p. 882 ; J.C.P. 1992 - III - 65333.

⁷⁵ Monique Luby - Propos critiques sur la législation de la publicité comparative. D. 1993 - chron. p 53 n° 2.

⁷⁶ Il s'agit de l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, le Luxembourg.

⁷⁷ Assemblée Nationale : débats des 23 et 24 avril 1991 ; du 25 nov. 1991 ; du 17 déc. 1991. Sénat : débats du 15 oct. 1991 ; des 12 et 20 déc. 1991.

⁷⁸ Le Conseil constitutionnel a confirmé l'autorisation de la publicité comparative dans sa décision du 15 janvier 1992 - Précitée.

L'action sur la volonté du consommateur est alors idéale. Elle est double car d'une part se trouvent évités les risques d'une publicité trop "incitative" et d'autre part se voit favorisée la diffusion de données objectives. Comme le souhaite le Bureau Européen des Consommateurs, la publicité comparative devient ainsi un moyen d'information à part entière, voire même un mode d'éducation⁷⁹.

Rien n'est donc négligé pour favoriser l'information, vecteur indispensable d'un consentement éclairé. Dès lors, nous comprenons mieux que les Pouvoirs Publics aient fait du devoir d'information et de conseil une obligation légale pesant sur le professionnel se trouvant face à un consommateur.

⁷⁹ C.C.C. 1ère année n° 123.

B - L'obligation d'information et le devoir de conseil

1 - Le devoir de se renseigner

Si la publicité, même comparative, contribue à sa manière à informer le consommateur, il est clair qu'elle ne peut à elle seule lui permettre de contracter en toute connaissance de cause.

L'information chasse l'erreur. Aussi apparaît-il logique qu'avant de se prononcer quant à la conclusion d'un contrat, l'individu soit parfaitement informé quant à l'engagement qu'il entend souscrire.

C'est donc au sujet de droit qui souhaite contracter de se renseigner par lui-même car nul mieux que lui ne connaît ses besoins⁸⁰.

Le principe est celui du droit commun comme le rappelle Pothier qui estime qu'il appartient à l'acheteur de tout mettre en œuvre pour s'informer. "Il ne tient qu'à lui d'examiner la chose avant de l'acheter ou de la faire examiner par quelqu'un s'il ne s'y connaît pas lui-même"⁸¹.

Comme tout contractant, le consommateur, en bon père de famille, ne devrait pas échapper à cette règle. Mais à ce stade, il nous faut une nouvelle fois constater le déséquilibre des connaissances au profit du professionnel, déséquilibre qui rend parfois difficile la tâche du consommateur dans sa quête d'informations. Ainsi, ce dernier peut, dans certains cas, se retrouver dans une situation d'ignorance légitime l'empêchant d'exprimer un consentement sérieux.

Il pourra alors, invoquer le bénéfice des mécanismes classiques du droit commun qui sont la violence, l'erreur ou le dol mais ceux-ci montrent rapidement leurs limites par leur difficile mise en œuvre.

⁸⁰ Sur le devoir de "se" renseigner, voir P. Jourdain. Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement. D. 1983 chron. p. 139.

⁸¹ Cité par L. Bihl dans : Vers un droit de la consommation. G.P. 1974 - 2 - doctrine p. 754.

Certes, dans une interprétation extensive de l'article 1116 du Code Civil, la jurisprudence a admis que le dol pouvait résulter du silence des parties⁸² permettant ainsi de trouver un moyen de pallier les faiblesses du consommateur mais cette ouverture s'est révélée insuffisante.

Dès lors, le cadre de la théorie générale des contrats semble devenu trop étroit pour assurer la protection de la partie faible. La nécessité d'une information adaptée autre que l'obligation négative de ne pas tromper paraît alors s'imposer afin de favoriser l'expression d'une véritable volonté, éclairée et consciente.

Ce besoin d'assister le consommateur dans le domaine de l'information n'est pas une spécificité française.

En Grande Bretagne existe en plus de la "misreprésentation" qui correspond au dol, "l'innocent misreprésentation" qui est le fait pour le professionnel d'avoir donné des informations inexactes ou fausses ayant provoqué une erreur mais sans intention frauduleuse.

Le Conseil de l'Europe a également rédigé plusieurs recommandations ou résolutions⁸³ allant dans le sens d'une obligation positive de renseignements à charge du professionnel doublée de mesures d'éducation⁸³.

L'Assemblée Générale des Nations Unies a, dans une résolution du 9 avril 1985⁸⁴ énoncé un grand nombre de "besoins légitimes" des consommateurs parmi lesquels l'accès à l'information leur permettant de faire un choix éclairé selon leurs désirs et leurs besoins.

⁸² Civ. 1ère - 27 avril 1953 - D. 1953 - 440 ; Civ. 3ème, 27 mars 1991 - C.C.C. juin 1991 n° 133 note J.L. Aubert.

⁸³ Recommandation R (79) 1 du Comité des Ministres, 6 février 1979.

⁸⁴ Résolution 39/248 sur la protection du consommateur, 39ème session de l'Assemblée Générale des Nations Unies, point 12 de l'ordre du jour, 106ème séance plénière, 9 avril 1985. United Nations publication n° E - 86 - IV - 2 ST/ESA/170, New-York 1986.

La volonté de donner au consommateur une information précise et appropriée est donc évidente. Elle se manifeste tout d'abord en droit français par une législation qui n'appelle pas la critique. Il s'agit des obligations de marquage et d'affichage des prix en matière de vente de produits⁸⁵ ou un certain nombre de dispositions destinées à assurer une protection légitime de la santé et de la sécurité des consommateurs⁸⁶.

La loyauté ne doit, en effet, pas être exempte des pratiques commerciales de même que chacun a droit à la protection de son intégrité.

Il en va cependant autrement du devoir d'information *stricto sensu* que la jurisprudence a fait peser sur le professionnel avant que la loi n'en ait fait un principe général.

2 - Le devoir du professionnel de renseigner le consommateur

Rien dans le Code Civil ne prévoyait à l'origine que le vendeur était tenu d'une quelconque obligation d'informer ou même de "parler" selon l'expression de Planiol.

Dans les années soixante-dix cependant, certains arrêts ont sanctionné la rétention d'une information sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil⁸⁷ en semblant révéler l'apparition d'une obligation préexistante⁸⁸.

Ce n'est que progressivement, selon une démarche prétorienne, qu'est apparue l'obligation pour le professionnel de renseigner le consommateur.

⁸⁵ Article L. 113 - 3 Code cons.

⁸⁶ Articles L. 221 - 1 et s. Code cons. Il existe aussi, dans ce domaine, un grand nombre de directives communautaires.

⁸⁷ Civ. 1ère 16 avril 1975 - D - 1976 - 514 note Chirez.

⁸⁸ Voir C. Lucas de Leyssac - L'obligation de renseignement dans les contrats dans : L'information en droit privé. L.G.D.J. 1978 sous la direction d'Y. Loussouarn et P. Lagarde n° 24 et s. p. 318 et s.

Pour être clair, il faut tout de suite préciser que ce devoir est pré-contractuel et a pour objectif de faciliter l'expression d'un consentement éclairé. Il est différent de l'obligation contractuelle d'information qui, elle, est relative à l'usage de la chose vendue ou concerne la prestation fournie.

L'obligation pré-contractuelle a tout d'abord été réservée au domaine des produits dangereux ou techniquement nouveaux⁸⁹ ce qui peut logiquement se justifier par l'inexpérience ou l'incompétence scientifique du profane le plaçant dans une situation dépendante⁹⁰.

Elle fut par la suite rapidement étendue. Le véritable principe général d'une obligation précontractuelle d'information ou de renseignements⁹¹ à charge du professionnel a été posé par deux célèbres décisions du 9 décembre 1975⁹². Cette solution s'est vue ensuite consacrée par l'article 2 de la loi du 18 janvier 1992 repris aujourd'hui par les articles L. 111 - 1 et s. Code cons.

Il est donc clair qu'il s'agit d'imposer à "tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services" la transmission d'une information. Autrement dit, au devoir de se renseigner se substitue un devoir de renseigner.

Cette obligation positive n'est pas nouvelle et joue également en sens inverse puisque déjà en 1930, la législation en matière d'assurances⁹³ imposait à l'assuré, sous peine de nullité du contrat, de déclarer toute circonstance de nature à augmenter les risques de sinistre.

⁸⁹ Voir par exemple :

T. corr. de Lyon - 20 novembre 1972 - G.P. 1973 - 1 p. 3.

C. appel de Lyon - 13 juillet 1973 - G.P. 1973 - 2 p. 830

Cass. crim. 14 mars 1974 - G.P. 1974 - 1 p. 417.

⁹⁰ En sens contraire, voir : P. le Tourneau - De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil. D. 1987 chron. p. 101.

⁹¹ Cette obligation de nature précontractuelle n'est pas à confondre avec l'obligation contractuelle de renseignements qui dérive du contrat comme par exemple l'obligation du médecin d'informer son patient sur les risques du traitement. Ces deux obligations, bien que différentes, ont cependant le même objet : pallier la faiblesse du non-professionnel.

⁹² Civ.1ère - 9 décembre 1975 - D. 1978 - 205 ; J.C.P. 1977 - II - 18588 note Malinvaud.

Dans ces deux espèces, le produit concerné n'était ni dangereux ni nouveau, mais avait entraîné un dommage.

⁹³ Article 21 de la loi du 13 juillet 1930 devenu l'article L. 113 - 8 du Code des assurances.

L'article L. 111 - 1 Code cons. reprend cette idée en rendant le consommateur créancier d'une information lui permettant de "connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service".

Avec cette disposition qui a le mérite de la clarté, la loi vient ainsi expressément ajouter à l'obligation négative de ne pas tromper, l'obligation positive d'aider la partie réputée faible.

Elle réalise alors une inversion pure et simple des règles traditionnelles en matière contractuelle au profit du consommateur.

Mais dès lors se pose la question de savoir si cette protection n'est pas quelque peu excessive. Etendre l'obligation d'information pour en faire un principe général, indépendant de toute notion de dangerosité ou de nouveauté d'un produit ou d'un service paraît en effet abusif.

S'il est clair que pour certaines choses complexes, il n'est pas acceptable que l'acheteur soit obligé de suivre la volonté du plus fort⁹⁴, il n'en demeure pas moins qu'en systématisant le devoir de renseignements, la loi tend à déresponsabiliser un peu trop le consommateur.

Certes, ce dernier semble considéré comme un ignorant qui se trouve face à un professionnel "maître de sa technique" mais l'est-il vraiment dans tous les cas ?

Le Professeur le Tourneau qui plaide pour un "allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil" pense que cette vision est un peu caricaturale. "Depuis l'instauration de la civilisation technique, bien des évolutions se sont produites dans les mentalités et, aujourd'hui, rares sont les profanes, même en matière technique"⁹⁵.

⁹⁴ Cass. com. 3 décembre 1985, Bull. civ. IV n° 284 p. 242 ; R.T.D. Civ. 1986 - 372 obs. P. Rémy.

⁹⁵ P. le Tourneau, précité.

Nous pouvons penser en effet que dans bien des cas le client se trouve beaucoup plus "initié" que le vendeur ceci rendant alors inutile le régime de protection développé en matière d'information⁹⁶.

Pourtant, la jurisprudence reste timide quant au caractère relatif de l'obligation d'information, ne semblant accepter un partage de responsabilité, en cas de manquement, que lorsque le bénéficiaire est un professionnel avisé.

Un consommateur non-professionnel "initié" pourrait-il cependant invoquer le défaut de renseignements précontractuels ?

Ceci n'est pas à exclure lorsque l'on sait qu'en matière de clauses abusives, par exemple, la jurisprudence s'est déjà refusée à rechercher toute compétence éventuelle du consommateur⁹⁷.

Dès lors assiste-t-on à une sorte de systématisation du devoir de renseignement qui enlève au consommateur l'autonomie et la responsabilité propres à tout sujet de droit.

La loi pêche ainsi par excès en condamnant l'une des parties à la passivité, en lui ôtant toute capacité d'initiative, créant ainsi un véritable régime dérogoratoire au droit commun.

Une sorte de présomption irréfragable d'incompétence semble peser inoxtérablement sur le consommateur en raison même de la qualité de profane qui le caractérise et justifie sa protection.

Corrélativement, la sanction du non respect de ce devoir d'informer se traduit par la mise en jeu de la responsabilité délictuelle du professionnel "initié" c'est-à-dire soit par une réduction de prix, soit par le versement de dommages et intérêts à titre de réparation.

⁹⁶ Ceci est particulièrement vrai dans les domaines des ventes de matériel informatique ou d'automobiles dans lesquelles les acheteurs sont parfois des passionnés très renseignés sur l'objet de leur achat.

⁹⁷ Civ. 1ère 3 mai 1988 - R.T.D. Civ. 1988 - 63. Note Mestre ; Bull. civ. I n° 125 ; D. 1990 - 61, note Karila de Van.

Il ne faut pas non plus exclure la possibilité d'une résolution du contrat, le régime appliqué étant alors très proche de celui relatif à la nullité pour dol⁹⁸.

Doit-on alors en déduire qu'en l'absence d'information transmise par le professionnel, la volonté du consommateur ne saurait être réelle ?

Il paraît difficile d'accréditer cette thèse manifestement excessive et pourtant la démarche de notre droit positif y tend quelque peu.

Si le consommateur se voit déchargé de l'une des obligations qui incombent à tout contractant, celle de se renseigner, n'est-ce pas parce qu'on l'estime incapable de mener par lui-même les investigations nécessaires à l'expression d'une volonté éclairée ?

Certes, il convient de l'admettre au regard des techniques modernes de communication et de publicité qui, reconnaissons-le, sont de nature à dérouter le "bon père de famille", sujet de droit de référence.

Ainsi, la démarche du législateur et de la jurisprudence trouve sa justification dans l'impuissance, souvent légitime, du consommateur qui ne peut valablement mettre en œuvre le droit commun. Dès lors, toutes les dispositions mises en œuvre laissent croire qu'il vaut mieux parler "d'aide juridique au consommateur" plutôt que de "droit de la consommation"⁹⁹. Elles n'ont qu'un objectif : obtenir le consentement le plus éclairé possible.

Mais, partant de là, l'hypothèse de faiblesse caractérisée du consommateur étant retenue, les moyens donnés à ce dernier sont-ils suffisants ?

Oui, serait-on tenté de répondre dans une optique libérale.

⁹⁸ Paris 4 janvier 1980. J.C.P. 1982 - II - 19734.

⁹⁹ T. Bourgoignie. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation. Au regard des développements du droit Belge et du droit de la C.E.E.* Centre du droit de la consommation - 1988 - n° 63 p.14.

Le non-professionnel disposant de tous les éléments d'appréciation, le principe d'autonomie de la volonté lui laisse alors toute liberté pour prendre la décision de contracter ou non.

Mais dans la logique de protection du droit positif, l'idée d'assistance doit aller plus loin. Eloignant encore plus le consommateur des sujets de droit traditionnels, la jurisprudence vient renforcer l'obligation de renseignement par la nécessité d'une information plus subjective : le devoir de conseil à charge du professionnel.

3 - De l'information au conseil

Nous savons maintenant que, grâce à la loi, le consommateur dispose de tous les éléments nécessaires à l'expression d'un consentement sérieux.

Il lui faut analyser la somme d'informations et de renseignements fournie par le professionnel et prendre sa décision.

Mais, dans la logique de protection définie par notre droit, logique reposant sur la faiblesse présumée du consommateur, rien ne prouve les capacités de ce dernier à utiliser utilement le savoir qui lui a été communiqué.

Aussi, dans le souci de supprimer cette crainte la jurisprudence a-t-elle adopté une conception extensive de l'obligation d'information en la doublant d'un véritable devoir de conseil à charge de la "partie dominante". C'est ainsi qu'est envisagée la possibilité, pour le professionnel, de livrer à l'autre partie une "panoplie cohérente d'informations à même de servir d'aide à la décision du client ou de lui faciliter la réalisation d'opérations projetées, en prenant toutes dispositions pour que celles-ci soient efficaces".

Par cette démarche est montré clairement l'intérêt prioritaire accordé à la situation du consommateur par rapport aux autres acteurs économiques. Tel est par exemple le cas lorsque sont en cause des produits ou services d'une certaine spécificité. Le professionnel se trouve alors tenu d'une obligation de mise en garde devant les risques et périls d'une éventuelle opération.

Il s'agit du garagiste qui, en sa qualité de technicien, doit éclairer le client incompetent sur l'opportunité d'une réparation¹⁰⁰ ou encore du vendeur de matériel informatique devant conseiller à l'acquéreur de ne pas acheter un matériel inutile¹⁰¹.

Dans ce dernier domaine, celui de l'informatique, existe d'ailleurs un véritable contrat de conseil qui peut être défini comme la convention par laquelle "une personne spécialiste d'une catégorie de connaissances ou de techniques s'engage, contre rémunération à fournir une prestation intellectuelle à une autre personne, profane, apte à rendre les décisions de cette dernière fondées et ses actes efficaces"¹⁰².

Le recours à une telle technique se comprend aisément lorsque sont en cause des domaines nécessitant nécessairement une certaine compétence.

Mais bien plus, comme le note M. Rieg, "plusieurs décisions attestent que le devoir de conseil du vendeur existe pour des produits beaucoup plus simples"¹⁰³ comme la vente et la pose de tapis¹⁰⁴ ou la vente de produits d'étanchéité¹⁰⁵ qui, reconnaissons le, ne semblent pas faire appel à une haute technicité.

Cette obligation de conseil se veut alors très contraignante et très lourde pour les professionnels.

¹⁰⁰ Cas. com. 12 mai 1966. Bull. civ. III n° 217. Rouen 18 mai 1973. G.P. 1973 - 2 - 740.
Cass. com. 25 février 1981. Bull. civ. IV n° 109.

¹⁰¹ Paris - 15 mai 1975 - J.C.P. 1976 - II - 18265 note. Boitard et Dubarry.

¹⁰² Droit de l'informatique - Lamy - 1994 n° 753 précité.

¹⁰³ A. Rieg - La protection du consommateur en France (Approches de droit privé) dans journées de la société de législation comparée - 1979 p. 631.

¹⁰⁴ Aix en Provence - 11 février 1975 - D. 1976 som. p. 4.

¹⁰⁵ Cass. com. 11 juillet 1988 - Bull. civ. IV n° 250 p. 172.

Comme le recense M. Ghestin¹⁰⁶, les conseils donnés doivent être pertinents et adaptés à la situation¹⁰⁷. Ils doivent également porter sur l'opportunité de conclure l'opération projetée¹⁰⁸, le devoir de conseil comprenant aussi celui de déconseiller¹⁰⁹.

Le professionnel est tenu de transmettre une information au consommateur, ce qui serait une obligation de résultat. Mais il doit aussi faire en sorte que celle-ci puisse être comprise par le profane, la détermination du conseil adéquat semblant être alors une obligation de moyens¹¹⁰.

Les charges imposées au professionnel sont donc relativement lourdes. Il doit faire preuve d'esprit d'initiative, d'imagination, de compétence. Autant de qualités qui semblent déniées au consommateur que la loi réduit au rang de sujet de droit assisté donc plus ou moins contraint à la passivité.

Le conseil implique en effet une certaine réflexion qui, au lieu d'être menée par le consommateur, l'est par le professionnel, comme si le premier en était incapable. Il doit "savoir" à la place du consommateur comme le dispose par exemple cet arrêt de la Cour de cassation qui rappelle "qu'il appartient à l'assureur dans l'exercice de son devoir d'information et de conseil, d'examiner l'ensemble des données de droit et de fait particulières à la situation de l'assuré"¹¹¹.

Cet "effort prétorien de moralisation professionnelle"¹¹² reposant sur un "tribut de confiance"¹¹³ accordé au vendeur semble abusif et ne contribue sûrement pas à glorifier l'image du consommateur.

¹⁰⁶ J. Ghestin - Traité de droit civil, tome 2 : le contrat, formation - L.G.D.J. 2ème édition 1988 p. 528 et s.

¹⁰⁷ Versailles - 25 mai 1989 - D. 1989 IR 210.

¹⁰⁸ Cass. civ. 20 juin 1979 - D. 1980 IR p. 38.

Voir aussi : Lucas de Leyssac - L'obligation de renseignement dans les contrats. Précité p. 339.

¹⁰⁹ Versailles - 20 novembre 1987 - D. 1988 IR 2 ; G.P. 1988 - 1 - 101.

¹¹⁰ Voir M. Fabre - Magnan - De l'obligation d'information dans les contrats - L.G.D.J. 1992 n° 494 et s.

¹¹¹ Civ. 1ère - 7 mars 1989 - Bull. civ. I n° 107.

¹¹² G. Cornu - Le devoir de conseil. R.T.D.Civ. 1972 p. 418.

¹¹³ R. Savatier - Les contrats de conseil professionnel en droit privé. D. 1972 chron. p. 139 n° 8.

Au contraire, il semble aller à l'encontre des grands principes de liberté contractuelle et plus particulièrement celui du consensualisme.

Sans revenir sur le traditionnel débat et la controverse classique sur ce sujet¹¹⁴, il faut bien reconnaître que nous sommes bien loin de la conception libérale du Code civil de 1804.

Certes, le postulat de départ retenait par hypothèse l'égalité des contractants n'est plus de mise aujourd'hui.

Certes, la nécessité d'une protection résultant de cette inégalité paraît souhaitable.

Certes, la mise en garde du non spécialiste sur les dangers ou les spécificités de la chose est un souci légitime mais ne semble-t-il pas excessif et maladroitement pris en compte ?

4 - Les excès de la protection

L'excès de l'œuvre prétorienne réside sans aucun doute dans l'élargissement sans cesse croissant du devoir d'information et de conseil. Ce dernier occupe en effet une place toute particulière au sein du droit des obligations.

De prime abord, il faut remarquer qu'il ne saurait être assimilé à un véritable contrat de conseil, une doctrine unanime ne l'envisageant normalement que comme une convention à titre onéreux¹¹⁵. Pourtant, l'obligation positive de conseiller est bien réelle et, sans avoir véritablement consacré de principe général, la jurisprudence a néanmoins, par la réalité de ses positions, tendu à le faire croire.

¹¹⁴ Voir sur ce sujet et entre autres :

- G. Rouhette : Droit de la consommation et théorie générale du contrat. Dans : Etudes offertes à René Rodière - Dalloz 1981 p. 247.

- Michel Borysewicz : Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Dans: Etudes offertes à Pierre Kayser - P.U.F. Aix-Marseille 1979 p. 91.

¹¹⁵ Entre autres : Le droit contemporain des contrats - Travaux coordonnés par Loïc Cadet - Travaux et recherches - Faculté des sciences juridiques de Rennes - 1985-1986 Economica.

C'est justement là que se pose le problème de la protection car celle-ci ne devrait exister que lorsqu'elle est strictement nécessaire, ce qui est la logique pour un régime d'exception dérogatoire au droit commun.

Or, au lieu de faire jouer le devoir d'information et de conseil uniquement dans les cas où l'obligation de se renseigner est impossible à respecter, la loi et la jurisprudence tendent à le systématiser. Autrement dit, l'exception semble devenir la règle. Il s'agit là d'une situation difficilement acceptable.

En voulant placer le consommateur au centre du régime de protection au lieu de prendre en considération l'acte de consommation par lui-même, la réglementation fait de la partie faible un sujet de droit sans grande autonomie.

Le professionnel, en revanche, se doit d'être très actif et se trouve chargé d'obligations relativement lourdes, allant jusqu'à devoir savoir résister à la tentation de profiter d'un trop bon client en s'abstenant de l'éclairer¹¹⁶.

Dès lors, il ne s'agit ni plus ni moins que de sauvegarder une certaine morale dans le jeu des affaires souvent enclin à s'en écarter.

Mais pour ce faire, c'est quasiment à une obligation de garantie que se trouve tenu le professionnel, celui-ci ne devant inciter son client à contracter que si le résultat de l'opération contractuelle lui sera favorable. Il est donc demandé au professionnel d'exercer en quelque sorte une influence sur la volonté du consommateur sans toutefois excéder certaines limites qui pourraient entraîner la reconnaissance d'un consentement forcé par une forme bien particulière de violence morale. Le vendeur ou prestataire de service dispose alors d'une marge de manœuvre étroitement délimitée. Il ne se doit d'engager le processus contractuel que dans la mesure où le consommateur en trouvera bénéfice.

¹¹⁶ Civ. 1ère - 16 juin 1993. C.C.C. novembre 1993 n° 191 note Laurent Leveur.

En l'espèce, il s'agissait d'un médecin s'étant ruiné par l'exploitation d'un domaine sur lequel il avait fait effectuer des plantations.

La responsabilité du professionnel s'est trouvée engagée pour n'avoir pas attiré l'attention de son client sur le caractère ruineux de ce type d'arboriculture.

Le cas échéant, la responsabilité du professionnel pourra être engagée sur un fondement délictuel, l'obligation devant s'exécuter au stade de la formation du contrat¹¹⁷ encore que la frontière existant entre le devoir pré-contractuel de conseiller et celui qui s'inscrit dans la période d'exécution du contrat ne soit pas toujours très nette¹¹⁸.

Sur le plan pratique, il sera néanmoins difficile pour la partie faible d'apporter la preuve du défaut de conseil et nul doute que la part d'appréciation du juge jouera un rôle déterminant.

Il n'en demeure pas moins cependant que, par l'intermédiaire de cette obligation de conseil, le professionnel va exercer une action plus ou moins directe sur la volonté du consommateur.

Certes, ce dernier reste seul maître de sa décision mais la réflexion préparatoire à celle-ci lui est en partie "offerte".

Peut-on alors parler d'une quelconque pression sur le consentement ? Quelle va être la limite du conseil ? Il y a là un certain nombre d'interrogations qui laissent à croire que ce devoir de conseil doit être envisagé avec précautions.

Mais sans aucun doute y-a-t-il dans ce régime de protection une assistance trop systématique du consommateur au détriment du professionnel. "A situation différente, règle différente, telle doit être la consigne en la matière. D'une façon plus générale, il semble urgent de redonner aux sujets de droit le sens de leur propre responsabilité en repoussant l'infantilisme juridique dans lequel ils sont aujourd'hui trop souvent confinés"¹¹⁹.

117 Voir : J. Schmidt, La sanction de la faute pré-contractuelle. R.T.D. Civ. 1970 p. 72.

118 Voir : R. Savatier, Note J.C.P. 1972 - II - 1702.

119 P. le Tourneau - Précité.

Afin de tenir compte du déséquilibre existant entre professionnel et profane, peut-être serait-il intéressant de développer un devoir réciproque de collaboration entre ces deux parties à l'image de ce qui existe dans le domaine des contrats informatiques, ce qui aurait au moins le mérite de laisser à chacun une part d'initiative et de responsabilité¹²⁰.

Laisser au contraire au professionnel le soin exclusif de conditionner l'information sous forme de conseils paraît pousser la protection à son paroxysme.

Ceci pourrait d'ailleurs produire des effets inverses de ceux recherchés à l'origine. En permettant en effet à la partie économiquement forte de "guider" son interlocuteur, ne risque-t-on pas de transformer l'information objective souhaitée par la loi et la jurisprudence, en un message subjectif, une nouvelle forme de publicité dictée par le professionnel dominant ?

Les dangers de ce que Luc Bihl appelle la "mauvaise information"¹²¹ sont évidents.

"La règle selon laquelle chacun doit veiller à la conservation de ses propres intérêts et se renseigner par soi-même avant de pouvoir exiger des autres qu'ils nous instruisent, s'impose au contraire plus que jamais face au développement des obligations de renseignement.

Elle en constitue le frein salutaire permettant d'en éviter les excès et d'écarter les risques toujours possibles d'inflation"¹²².

Il semble donc clair que la protection est maladroite. En ce sens, les dispositions de la loi du 18 janvier 1992 insérées aujourd'hui dans l'article L. 111-1 Code cons. contribuent à accentuer ces maladresses en posant un principe inutile.

¹²⁰ Voir par exemple : Paris 18 juin 1984, R.T.D. Civ. 1986 - p. 100. n° 2 obs. J. Mestre, Civ. 1ère, 18 mai 1989 - D. 1989 - IR - 184.

¹²¹ Luc Bihl - La loi n° 78 - 23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur. J.C.P. 1978 - Doctrine 2909.

¹²² Patrice Jourdain - Le devoir de se renseigner - Précité.

En effet, outre des obligations particulières d'information relatives aux pièces détachées, au délai d'exécution du contrat ou en matière de vente à distance, se trouve établie une obligation générale d'information à charge de "tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services".

Sur le plan théorique, il semble que le législateur soit allé trop loin en "déchargeant" partiquement implicitement le consommateur de son devoir de se renseigner, la responsabilité d'une bonne information précontractuelle semblant reposer exclusivement sur le professionnel.

Pourtant, en pratique, nous pouvons penser que la portée de ces dispositions reste réduite puisqu'elle n'a, en fait, pour seul objectif, que de réaffirmer les principes classiques déjà dégagés par la jurisprudence permettant l'expression d'un consentement éclairé.

D'autre part, l'absence de sanction particulière prévue par les textes entraîne nécessairement le recours au droit commun, c'est-à-dire au dol ou à l'erreur sources d'annulation du contrat.

Nous retrouvons alors le problème de savoir si, en cas de non-respect de l'obligation de conseil, ce n'est pas une action en garantie qui peut être exercée.

Le contrat, désavantageux pour le consommateur est alors susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité et le versement de dommages et intérêts, comme il l'a déjà jugé dans le domaine des conventions relatives au domaine de l'informatique¹²³. La volonté protectrice du législateur est donc quelque peu décalée au regard de la réalité et l'on peut d'ailleurs constater que, paradoxalement, la loi n'a pas consacré le devoir de conseil, peut-être par crainte d'aller trop loin.

Il n'en demeure pas moins que le consommateur dispose désormais, même au prix d'une piètre image, de tous les éléments nécessaires à la prise de décision face au contrat.

¹²³ Sur le fondement de l'article 1149 C. civ., la perte subie ou le gain manqué peuvent être réparés. Voir : Paris 25ème ch. civ. B - 1er juin 1990 - Précité.

Mais peut-il le faire aussi facilement ?

Son consentement est-il véritablement éclairé ?

Ne faut-il pas à ce stade encore, lui porter assistance ?

N'en étant pas entièrement convaincue, la loi a prévu des aménagements supplémentaires permettant la réflexion du consommateur, seule susceptible d'une utilisation rationnelle de l'information. Elle a également pris en compte la situation de certains consommateurs pouvant les amener à conclure des conventions qu'ils n'auraient pas vraiment souhaité.

Il s'agit alors de véritables "mesures d'assistance au consentement"¹²⁴.

¹²⁴ G. Cornu - L'évolution du droit des contrats en France. Dans : Journées de législation comparée - Précité p. 447 n° 27.

Paragraphe 2 - Conditionnement du consentement

L'information et le conseil donnés au consommateur sont de nature à lui permettre d'exprimer un consentement éclairé.

Mais, agir en toute connaissance de cause ne signifie pas pour autant donner un consentement réfléchi. Si, dans le droit commun, il appartient à chacun d'organiser par lui-même sa propre réflexion, la logique de protection du consommateur pensée par la loi impose que soit ménagé un délai de réflexion avant la conclusion du contrat (A). Elle estime aussi nécessaire de réprimer l'abus de la faiblesse du consommateur (B).

A - L'organisation de la réflexion

1 - L'insuffisance de l'information

La tradition individualiste du Code civil implique que chaque sujet de droit veille à la défense de ses propres intérêts.

Le fondement même de notre droit des obligations repose sur un élément essentiel : la volonté des contractants.

Il s'ensuit donc que cette volonté doit être éclairée et nous avons vu les efforts, parfois maladroits, déployés par l'ordre juridico-étatique pour garantir la sécurité matérielle du consommateur.

Mais l'information n'est pas tout. Encore faut-il savoir l'utiliser.

Dans la conception classique du contrat, il appartient à chaque partie de mûrir son consentement, ce qu'elle fait plus ou moins nécessairement au cours de la phase de négociation.

En essayant de trouver la solution contractuelle la plus favorable à ses intérêts, chacun se ménage un temps de réflexion active et peut ainsi exprimer sa volonté sérieusement.

L'évolution en matière de contrats de consommation a été cependant telle que dans la grande majorité des cas, pour ne pas dire dans tous les cas, le débat pré-contractuel a disparu, le consommateur se contentant d'adhérer ou de refuser d'adhérer à un modèle de convention établi par avance par le professionnel.

Le contrat n'étant plus l'œuvre commune des parties, il convient donc que l'adhérent n'accorde pas son consentement dans la précipitation au risque de le regretter par la suite.

Aussi, comme le droit commun l'y autorise, et dans le respect du consensualisme, ce dernier peut demander à ce que soit permis un délai propice à la réflexion.

Mais la réalité lui permet-elle réellement de le faire ? Tout porte à croire que le consommateur désireux d'acquiescer un bien ou de bénéficier d'un service ne cherchera pas à s'embarasser de questions d'ordre juridique même s'il y va de son intérêt. Empressé de conclure la convention indispensable à la satisfaction de son besoin, l'individu va être tenté de suivre les prescriptions du professionnel qui, de son côté, a le souci légitime de voir son interlocuteur se transformer en client.

Qui plus est, usant de son devoir de conseil, le vendeur ou prestataire de services, peut exercer une influence déterminante sur le consommateur. Il apparaît donc clairement que les mesures d'aide au consentement prévues en faveur de la partie faible doivent aller au-delà de la simple information.

Le système mis en place est donc tel que la protection appelle la protection, l'inconvénient majeur qui en découle étant que le consommateur reste pensé comme un sujet de droit partiellement inapte.

C'est ainsi que, pour poursuivre l'assistance déjà mise en œuvre en matière de renseignements et de conseils, le législateur a prévu dans certains cas spécifiques, l'organisation d'un délai légal de réflexion au profit du consommateur afin de pallier l'expression d'un consentement irréfléchi.

2 - Nécessité d'organiser la réflexion

La réflexion est sans aucun doute le corollaire évident de l'expression d'une volonté sérieuse et mûrie.

Aussi convient-il pour le législateur, de permettre sa réalisation, tout au moins sur le plan matériel. C'est bien sûr vers les engagements les plus importants que se portent les efforts de la loi.

La réflexion comme gage de limitation des abus ou des excès se voit organisée dans de nombreux cas ce qui semble somme toute, très naturel au regard de l'importance inhérente à certaines décisions.?

Pour ne citer que quelques exemples, nous pouvons évoquer l'article L. 122 - 14 - 1 du Code du travail qui dispose que la lettre de licenciement pour cause personnelle ne peut être expédiée moins d'un jour franc après la date à laquelle le salarié a été convoqué ou bien encore certaines dispositions propres à la matière immobilière.

Dans ce domaine en effet, la réflexion semble indispensable. Outre la réglementation propre au crédit, la loi du 3 janvier 1967 relative aux ventes de logements à construire a institué un "contrat préliminaire de réservation" destiné à permettre une "période de décantation"¹²⁵. Comme son nom l'indique, il s'agit là d'une véritable convention, d'un avant-contrat avec des obligations qui pèsent notamment sur le réservataire¹²⁶. Un tel dispositif qui engage les parties à contracter sous certaines conditions, trouve sa justification dans l'importance et l'ampleur de l'opération conclue. Mais, en revanche, beaucoup plus protectrices sont les dispositions prévues en matière mobilière.

¹²⁵ D. Ferrier - les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants. D. 1980 chron. p. 177 n° 8.

¹²⁶ Sur la nature juridique de cet avant-contrat : (convention sui generis ou promesse unilatérale de vente) voir :

- Cass. civ. 27 octobre 1975. D. 1976 - 97 note Franck.
- Cass. civ. 20 janvier 1975. JCP 1975 - II - 18151 note J.L. Bergal.
- Cass. civ. 21 juin 1977. Bull. civ. III - 206.

Destinées à limiter les risques engendrés par certaines situations, elles trouvent à s'appliquer lorsque le consommateur souhaite conclure un type de contrat précis pour lequel le législateur a estimé utile de prévoir un encadrement juridique spécifique.

C'est par exemple en matière d'enseignement à distance que la loi du 12 juillet 1971, dans ses articles 8 et 9¹²⁷ impose la réflexion avant que l'engagement ne soit définitif.

Cette véritable protection du consommateur contre lui-même exige que soit envoyé à celui-ci un "contrat mentionnant le prix, les conditions relatives à l'enseignement et celles exigées de l'élève". Sous peine de nullité, cette offre doit être maintenue pendant six jours francs entre la réception du contrat par le consommateur et sa signature valant acceptation. Par cette dernière exigence, il est ainsi dérogé aux règles du droit commun, le retrait de l'offre pendant la période légale entraînant la responsabilité délictuelle du professionnel sur la base d'une faute. Dans le cadre de cette loi, le délai de réflexion est donc un délai d'ordre public, préalable à la formation du contrat et ne pouvant être abrogé par une convention particulière, les textes interdisant au consommateur d'accepter l'offre avant l'expiration de la période prévue¹²⁸.

Sur le plan théorique, l'originalité de ce mécanisme ne résulte que de son caractère obligatoire.

Offre et acceptation sont l'expression de deux volontés unilatérales qui, une fois unies, formeront le contrat. Simplement, alors qu'une rétraction de la part du pollicitant est en principe libre avant l'acceptation, elle peut prendre ici un caractère fautif en raison de l'obligation imposée par la loi au professionnel. Il est donc interdit à la partie "dominante" de porter exception aux règles posées qui permettent de rétablir une certaine moralité dans le déroulement du processus contractuel.

¹²⁷ Loi n° 71 - 556 du 12 juillet 1971. J.O. du 13 juillet 1971. Décrets n° 72 - 1218 et n° 72 - 1219 du 28 décembre 1972. J.O. du 29 décembre 1972.

¹²⁸ Article 9 de la loi.

Le temps semble être envisagé comme un facteur de protection, comme la garantie de l'expression d'une volonté éclairée.

La loi intervient donc pour éviter que le professionnel ne vienne limiter le laps de temps nécessaire à la réflexion et au mûrissement du consentement. Stricte-ment encadrés par la loi, ne pouvant, même d'un commun accord échapper aux dispositions légales, consommateurs et professionnels deviennent alors des sujets de droits à l'autonomie limitée comme si leur capacité l'était également.

Comme en matière de droit du travail où salarié et employeur se voient dans l'obligation de respecter de part et d'autre des dispositions d'ordre public très strictes, la protection de la partie faible semble s'opposer à la liberté des parties, fut-elle favorable au consommateur ou à l'employé.

Le législateur formule donc le choix de favoriser l'application du droit commun en utilisant pour cela des moyens juridiques qui y dérogent par leur caractère impératif.

Si l'efficacité d'une telle conception n'est pas réellement contestable¹²⁹, il n'en demeure pas moins qu'elle donne au consommateur une vision peu gratifiante.

Dénué de toute possibilité de renoncer, même de son plein gré, aux dispositions légales, le consommateur se trouve déresponsabilisé.

Mais aussi et surtout, le législateur semble présumer de manière irréfragable que le consentement qui serait donné avant l'expiration du délai est inévitablement vicié et irréflecti, ce qui n'est pas nécessairement le cas.

Plus nuancés semblent être, en revanche, les articles L. 311 - 8 et s. Code cons. relatifs aux contrats de crédit mobilier¹³⁰.

¹²⁹ Voir : Vassili Christianos - Délai de réflexion, théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs. D. 1993 chron. p. 28.

¹³⁰ La réglementation touche certaines opérations de crédit consenties à titre habituel par des personnes physiques ou morales à l'exclusion des financements pour des besoins professionnels.

Tout en ayant prévu également le système de l'offre préalable, ils permettent néanmoins au consommateur d'abrégé le délai de réflexion légalement prévu.

Cette liberté rendue à la partie faible ne constitue pas une faille dans le système de protection. Elle trouve sa justification dans l'existence d'une arme beaucoup plus puissante mise à la disposition du consommateur de crédit et que nous étudierons plus loin : la faculté de rétraction. Sous l'apparence de laisser davantage d'autonomie à la partie faible, le principe du délai de réflexion en matière de crédit mobilier sous-entend plus que jamais le souci de protection et peut être avec encore plus d'acuité car le crédit "tend à rendre illusoire tout ce que l'on possède"¹³¹ et multiplie par deux les risques de pression, le non-professionnel étant "deux fois consommateur : consommateur en général et consommateur de crédit"¹³². La volonté d'assister les individus les plus exposés aux risques du contrat est donc évidente. Ce souci se manifeste d'ailleurs à travers le champ d'application de ces dispositions puisque sont exclus les prêts dont le montant dépasse 140 000 F., l'emprunteur étant alors présumé être dans une situation plus confortable que le consommateur moyen. La loi joue donc la carte du temps, la durée étant synonyme de réflexion, de consentement éclairé.

Il est d'ailleurs significatif de constater qu'un dimanche est obligatoirement inclus dans chaque délai, ceci étant censé favoriser la discussion en famille.

Mais, dès lors, nous pouvons nous interroger sur la mise à profit de cette période par le consommateur et la nécessité de mesures destinées à favoriser la réflexion.

¹³¹Nicole Chardin - Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté. L.G.D.J. 1988 n° 124.

¹³² Nicole Chardin - Précité n° 38.

3 - L'incitation à la réflexion

Grâce à l'aménagement d'un délai impératif avant la prise de décision, de nombreuses lois étrangères permettent au non-professionnel de se consacrer à la réflexion¹³³.

Mais, comme en France, il ne s'agit que d'inciter l'individu à réfléchir de façon matérielle, rien n'indique qu'il va préparer un consentement mûri.

Si en effet, le consommateur est inapte à mesurer immédiatement la portée de son engagement en raison de sa faiblesse, en est-il soudain capable au terme du délai légal ?

A-t-il judicieusement profité de cet aménagement temporel pour étudier l'offre de façon sérieuse ?

En l'état actuel des textes, il est impossible de s'en assurer véritablement. Dans la pratique en revanche, il semble que les résultats soient relativement mesurés.

Il faut en effet constater que "la masse des consommateurs ignore jusqu'à l'existence du délai de réflexion"¹³⁴ et, le cas échéant, dispose d'une "capacité d'absorption d'information limitée"¹³⁵.

Sans vouloir généraliser de façon abusive, les efforts du législateur apparaissent donc salutaires mais à la condition d'en connaître l'existence, d'une part, et de mener une véritable réflexion dans le délai imparti, d'autre part.

¹³³ Pays-bas : Loi du 7 septembre 1973.

Norvège : Loi du 24 mars 1972.

Suède : Loi du 1er juillet 1971.

Belgique : Loi du 8 juillet 1970.

Royaume-Uni : Consumer Credit Act 1974.

¹³⁴ Jean Calais - Auloy et Hélène Bricks - Jurisclasseur civil - Contrats et obligations - Protection du consommateur n° 25.

¹³⁵ Nicole Chardin - Précité n° 140.

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que, en dehors de l'action directe des pouvoirs publics, il est mis en place une sorte d'environnement propice à aider le consommateur.

De manière extra-juridique, les organisations étatiques, la plus célèbre d'entre-elles étant sans aucun doute l'Institut National de la Consommation (I.N.C.) ou les associations de consommateurs, participent à l'assistance accordée aux plus faibles.

Par leurs essais comparatifs, tests, enquêtes, elles offrent aux consommateurs des éléments précieux de nature à faciliter leur réflexion, voire à la pré-établir.

Ces informations sont largement diffusées, le mode de communication le plus porteur étant sans aucun doute la télévision. Certaines chaînes l'ont d'ailleurs compris en inscrivant dans leurs programmes, et de leur propre initiative, des émissions destinées à conseiller sur l'opportunité d'un achat ou à informer sur les qualités de certains produits.

Il existe donc autour du consommateur un encadrement juridique et extra-juridique très étroit. La volonté d'assister la partie faible, de sauvegarder pleinement ses droits en réfléchissant en partie pour elle, comme par une sorte de "tutorat institutionnel" fait inévitablement penser à l'action de parents qui aideraient leur enfant mineur à prendre une décision.

Le droit commun se trouve donc enrichi d'une réglementation impérative et un ensemble de règles supplétives dont le but est de préparer au mieux la décision de contracter ou non.

La volonté du consommateur, si elle reste juridiquement libre et consciente, est néanmoins, il faut le constater, une volonté influencée.

Cette influence sur le consentement, voulue dans un but protecteur, occupe cependant une place bien particulière au sein du droit des obligations dans la mesure où elle ne résulte pas exclusivement de l'individu lui-même, en l'occurrence le consommateur.

Cette "intervention" sur la volonté incite à une rationalisation, voire à une uniformisation du consentement. L'autonomie de la volonté, si elle n'est pas réellement remise en cause, est néanmoins complètement redéfinie.

4 - Une nouvelle forme d'autonomie de la volonté

Le système protecteur du consommateur est-il vraiment dérogoire au droit commun ?

Certes, le délai légal de réflexion pré-contractuel étant fixé impérativement, en même temps qu'il distribue tout aussi impérativement les rôles de l'offrant et de l'acceptant, nous serions tentés de répondre par l'affirmative à la question posée¹³⁶. Mais en poussant plus loin l'analyse, il semble cependant que, contrairement aux apparences, la législation est justement conçue comme étant l'assistance indispensable à une application satisfaisante du droit commun.

"L'autonomie de la volonté est limitée par la loi pour être ensuite restituée dans sa substance au consommateur qui en était théoriquement pourvu mais en fait dépourvu"¹³⁷. En effet, la société de consommation est telle que le droit commun n'est plus à la portée du *bonus pater familias* consommateur.

L'expression d'un consentement libre et éclairé n'est plus évidente. Au contraire, au lieu d'être présumé comme tel selon le principe classique de l'autonomie de la volonté, le droit de la consommation opère un raisonnement inverse : le consentement immédiat du consommateur est présumé vicié, nécessitant et justifiant l'organisation matérielle d'un délai de réflexion.

La situation du consommateur, en position de faiblesse face au professionnel, pose donc des limites modernes à la théorie traditionnelle de l'autonomie de la volonté.

¹³⁶ Dans un arrêt du 19 janvier 1994 (1ère civ. C.C.C. 1994 n° 85) la C. cass. a réaffirmé le caractère d'ordre public de l'offre préalable.

¹³⁷ Georges Rouhette - Droit de la consommation et théorie générale du contrat - Etudes Rodière - Dalloz 1981 p. 247.

Celle-ci prend alors une nouvelle dimension. Elle devient éduquée, préparée. Dès lors, les grandes règles en matière contractuelle ne sont pas directement atteintes par les dispositions législatives spécifiques mais elles se trouvent modifiées.

Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans trois décisions¹³⁸, l'autonomie de la volonté et d'autres principes fondamentaux en cause "doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers".

Mais si, comme le relèvent certains auteurs, "les lois de protection du consommateur sont un apport à l'autonomie de la volonté, à la liberté contractuelle, cela est beaucoup moins sûr"¹³⁹.

Il est en effet clair que l'assistance offerte au consommateur pour lui faciliter l'accès au droit commun le place sous une sorte de protection *sui generis* l'éloignant des autres sujets de droit.

Elle a aussi pour conséquence inévitable de réduire la partie faible au rang d'un "individu impuissant à résister aux sollicitations trop habiles ou aux abus de la puissance économique"¹⁴⁰, ce qui, reconnaissons-le, est peut-être aussi, tout simplement, le postulat de départ justifiant l'assistance. L'organisation matérielle d'un délai de réflexion est probablement, sur le plan civil, l'une des dispositions qui souligne le mieux le caractère "paternaliste" du droit de la consommation¹⁴¹.

La technique mise en œuvre tend à partir du principe selon lequel le consommateur est un "incapable". Elle ne contribue pas à remédier à cette situation mais procède à des aménagements ayant pour centre d'intérêt non l'acte de consommation, mais le consommateur lui-même.

¹³⁸Déc. 59 - 1, FNR du 27 novembre 1959.

Déc. 61 - 3, FNR du 8 septembre 1961.

Déc. 61 - 4, FNR du 18 octobre 1961.

¹³⁹J. Calais - Auloy et Hélène Bricks - Précité.

¹⁴⁰G. Rouhette - Précité.

¹⁴¹Ironie de M. Malaurie.

Peut-être serait-il préférable de favoriser l'éducation plutôt que l'assistance *stricto sensu* qui déresponsabilise l'individu. En ce sens, un projet de résolution concernant l'éducation du consommateur dans l'enseignement primaire et secondaire a été présenté par la Commission européenne au Conseil des Ministres le 6 août 1985 et adopté par celui-ci le 9 juin 1986¹⁴².

Nous ne pouvons que souhaiter que, comme le préconise la norme européenne, l'éducation des consommateurs soit intégrée dans les programmes scolaires car c'est vraisemblablement la seule mesure pouvant conditionner le succès des autres règles protectrices du consommateur.

Pour l'heure, les mesures d'assistance systématique paraissent trop excessives car elles refusent de considérer que certains individus sont à même d'assurer leur protection par eux-mêmes.

Mais si le législateur se refuse à considérer l'existence de consommateurs moins faibles que la moyenne, il ne néglige pas de s'intéresser aux plus faibles parmi les faibles.

La lutte contre les pressions sur le consentement constitue avec le délit d'abus de faiblesse, la consécration de l'excès.

¹⁴² Projet du 6 août 1985 - J.O.C.E. du 19 septembre 1985, C 238/7.
Résolution du 9 juin 1986. J.O.C.E. du 23 juillet 1986, C 184/21.

B - L'interdiction d'abuser de la faiblesse du consommateur

1 - L'inadaptation du droit commun

Réglementation de la publicité et de l'information, obligation de renseignement et de conseil, délai de réflexion pré-contractuel : toutes ces dispositions d'ordre public trouvent leur fondement direct dans la faiblesse présumée du consommateur.

Elles consacrent la volonté affirmée du législateur de protéger les contractants les plus démunis en permettant, parfois de manière contestable, une plus juste application du droit commun.

Permettre l'expression d'un consentement réel et sérieux est l'objectif principal recherché. C'est en effet la meilleure des protections que de favoriser ou permettre l'accès aux règles générales du droit des obligations, règles qui s'appliquent à tous les sujets de droit. Mais, cette réglementation d'assistance assure une aide générale et impersonnelle du consommateur moyen, la jurisprudence se référant souvent à la notion traditionnelle de bon père de famille¹⁴³.

Il est néanmoins des situations où certains abus peuvent être commis à l'égard d'individus particulièrement faibles ou ignorants. Leurs dispositions intellectuelles, psychologiques, sociales ou économiques peuvent conduire des vendeurs ou prestataires de services à tirer profit de cet état de fait.

Certes, il n'est pas question de donner des professionnels une vision trop sévère en les assimilant à des agresseurs ou à des personnes sans cœur, mais il faut bien constater qu'il est parfois difficile de relever la différence entre les artifices normaux du commerce et de la déloyauté entraînant le "forçage" du consentement.

En profitant de la détresse morale ou matérielle d'un individu, il est beaucoup plus facile de conduire celui-ci à adopter une attitude déterminée.

¹⁴³ Voir Brigitte Belloir Caux - Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance : une protection excessive ? Les petites affiches n° 70 - 11 juin 1993. p. 19.

Aussi est-il apparu que, dans certaines circonstances, le consommateur pouvait être tenté d'exprimer une volonté dont il était incapable de mesurer la portée et les effets. Il ne s'agit pas ici de la transmission d'une mauvaise information ou d'un mauvais renseignement mais de la conjonction d'éléments habilement exploitée par un professionnel. Il ne s'agit pas non plus d'un véritable consentement vicié par erreur, dol ou violence mais plutôt d'un consentement influencé par l'exploitation d'une faiblesse. Ainsi, certains procédés de vente généralement qualifiés d'agressifs sont également de nature à exercer une pression psychologique sur les sujets les plus vulnérables. C'est pourquoi le législateur, dans son ambitieux souci de protection, a voulu prendre en compte ces différents cas de figure qui "nécessitent une capacité de résistance que ne possède par toujours le consommateur"¹⁴⁴. L'exigence d'une réglementation spécifique a donc conduit la loi à intervenir, cette dernière constatant l'impuissance relative du droit commun face au problème du *dolus bonus*.

En effet, comme nous venons de le souligner, ni l'erreur, la violence ou le dol, malgré quelques tentatives d'extension¹⁴⁵ n'ont apporté de réponse satisfaisante, leur invocation s'avérant trop difficile, les problèmes posés touchant le plus souvent à des questions de preuve.

Pourtant, "profondément individualiste, le Code civil n'a pas imaginé que l'état permanent d'infériorité d'un individu puisse provenir d'une autre source que de lui-même. Aussi ne protège-t-il la personne qu'en raison de certaines déficiences qui lui sont personnelles"¹⁴⁶. C'est en ce sens que le législateur va plus loin, renforçant la protection dans des situations où, même si ce sont les circonstances de la cause qui se trouvent à l'origine du déséquilibre entre professionnel et consommateur, c'est toujours la propre faiblesse de ce dernier qui justifie l'intervention de l'ordre juridico-étatique.

¹⁴⁴ J.P. Pizzio - Un apport législatif en matière de protection du consentement. R.T.D. Civ. 1976 n° 4.

¹⁴⁵ Voir par exemple : Colmar - 30 janvier 1970 - D. 1970 - 297. Note E. Alfandari.

¹⁴⁶ J.P. Pizzio - Précité n° 13.

Le contrôle de la volonté du consommateur se poursuit par l'existence du délit d'abus de faiblesse. La loi entend placer ainsi sous étroite surveillance des techniques de vente réputées dangereuses, techniques qui laissent présumer de la nécessité d'une protection renforcée.

2 - Le renforcement de la protection

Au lieu de rechercher à lutter contre l'abus de la faiblesse d'un individu par une quelconque extension de la théorie des vices du consentement, le législateur a préféré jouer la carte de la dissuasion en formulant le choix de créer une infraction pénale.

Nul doute cependant que c'est sur le plan civil qu'en sont principalement attendues les conséquences.

Innovation de la loi du 22 décembre 1972, le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance a tout d'abord été institué dans le cadre du démarchage et de la vente à domicile avant de voir son champ d'application considérablement élargi par l'article 1er de la loi du 18 janvier 1992.

Aujourd'hui codifié dans les articles L. 122 - 8 et suivants du code de la consommation, le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance vise à protéger toute personne¹⁴⁷ sollicitée chez elle par des visites, par téléphone ou par télécopie¹⁴⁸.

L'incrimination vise aussi la sollicitation personnalisée invitant le consommateur à se rendre sur un lieu de vente, les transactions effectuées au cours de réunions ou d'excursions, les ventes faites dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé dans le cadre de foires et salons et enfin les opérations conclues dans une situation d'urgence¹⁴⁹.

¹⁴⁷ La loi n'emploie pas le mot "consommateur" mais utilise l'expression "toute personne".

¹⁴⁸ L'article 10 de la loi n° 89 - 1008 du 31 décembre 1989 institue l'interdiction du démarchage publicitaire effectué par télex ou télécopie de toute personne inscrite depuis plus de deux mois dans un fichier spécifique.

¹⁴⁹ Cette dernière disposition vient en complément de l'arrêté du 2 mars 1990 prévoyant l'obligation pour le professionnel de délivrer un devis pour tous travaux supérieurs à 1 000 F.

Il s'agit donc d'une énumération de cas de figures dans lesquels le professionnel doit se garder d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance de son interlocuteur sous peine de sanctions pénales¹⁵⁰.

La loi apporte donc une protection particulière aux consommateurs les plus faibles victimes des "excès de la société de consommation"¹⁵¹.

Il est donc intéressant de noter que l'individu ici protégé est différent du consommateur moyen. Il doit être dans l'incapacité d'apprécier la portée des engagements qu'il prend, c'est-à-dire qu'il devra se trouver dans une situation de faiblesse ou d'ignorance plus importante que celle dans laquelle se serait trouvé le consommateur moyen.

Il apparaît ainsi que les circonstances dans lesquelles se déroule le mécanisme juridique de la vente ou de la prestation de service peuvent affecter l'autonomie de la volonté du consommateur.

Sans que l'assimilation puisse être faite, ce dernier semble être affecté d'une incapacité partielle l'empêchant de donner un consentement sérieux.

Cette incapacité se traduit, non pas par l'impossibilité de déjouer une violence, un mensonge ou une manœuvre dolosive, mais par celle de ne pouvoir déceler la ruse du vendeur ou prestataire de services.

Un parallèle peut alors être établi avec l'incapacité du mineur qui n'intervient que dans la mesure de la lésion puisque c'est essentiellement le comportement du professionnel face à une situation donnée qui va conditionner ou non le jeu de l'infraction pénale. La loi ne précise d'ailleurs pas si le professionnel doit ou non connaître la faiblesse de son cocontractant pour que le délit soit caractérisé ce qui constitue, en soi, une importante lacune.

¹⁵⁰ Le délit d'abus de faiblesse est sanctionné par une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et d'une amende de 3 600 F. à 60 000 F. ou de l'une de ces deux peines.

¹⁵¹ Luc Bihl - Le délit d'abus de faiblesse. G.P. 25 - 26 novembre 1992 - Doctrine p. 16.

Rien cependant ne laisse penser que l'élément intentionnel soit indispensable à la constitution de l'infraction car, dans cette hypothèse, sa distinction avec l'escroquerie deviendrait très difficile. Telle semble d'ailleurs être la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁵² qui vient ainsi renforcer considérablement le champ d'application du texte.

Dès lors, seule la fragilité du consommateur doit être prise en compte. Cette fragilité tient bien sûr aux circonstances qui entourent la vente et dont le démarcheur a profité pour forcer le consentement sans qu'il y ait toutefois tromperie mais elle tient aussi et surtout de la condition personnelle du consommateur.

Ainsi, par cette disposition pénale qu'est le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance et qui vient s'ajouter aux mesures civiles d'assistance en en partageant le même fondement, "le droit positif français reconnaît donc l'existence de consommateurs fragiles en plus des incapables"¹⁵³.

Tout dans l'esprit de cette incrimination pénale gravite autour du sujet de droit qu'est le consommateur et qui, une fois encore, fait l'objet de toutes les attentions du législateur et de la jurisprudence.

3 - La seule prise en compte de la qualité de consommateur

Contrairement à la nature de la publicité qui s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire en fonction du consommateur moyen, le délit d'abus de faiblesse est apprécié *in concreto* par la jurisprudence qui statue au cas par cas¹⁵⁴.

La situation de l'individu est donc déterminante. C'est ainsi que doit être pris en compte l'état psychique ou l'ignorance de la victime ne lui permettant pas d'apprécier la portée de l'engagement qu'elle prend¹⁵⁵.

¹⁵² Cass. crim. - 26 février 1979 - Bull. crim. n° 85.

¹⁵³ Brigitte Belloir Caux - Précité n° 70 p. 19.

¹⁵⁴ Cour d'appel de Paris - 9ème ch. des appels correctionnels. B - 17 janvier 1992 - C.C.C. 2ème année n° 170.

¹⁵⁵ Cass. crim. 26 février 1979 - Précité.

L'âge, jeune ou avancé du consommateur, est souvent constitutif de faiblesse¹⁵⁶ sans qu'il puisse y être déduit une quelconque présomption¹⁵⁷, alors que l'inutilité de l'achat¹⁵⁸ fait présumer la contrainte¹⁵⁹ ainsi que l'état de santé de la victime ou le fait qu'elle soit sous l'empire d'un état alcoolique¹⁶⁰.

Est encore retenu pour qualifier le délit d'abus de faiblesse, le fait pour les victimes de se trouver dans des circonstances économiques et sociales difficiles¹⁶¹ ou, plus révélateur, le fait qu'elles aient un "niveau d'instruction et une attitude au raisonnement très bas"¹⁶².

Il apparaît donc clairement que pour retenir l'infraction pénale, la jurisprudence ne s'attache pas exclusivement à la démarche ou à la méthode de persuasion qu'emploie le professionnel mais uniquement à la condition même du consommateur de laquelle sera déduite, éventuellement, l'illicéité du procédé mis en œuvre.

L'ensemble du processus gravite autour du consommateur. Dès que sa faiblesse particulière est démontrée, le délit peut être retenu. A ce stade, il est d'ailleurs intéressant de constater que le déséquilibre existant entre professionnel et consommateur n'a pas la même origine que celle retenue dans le cadre de la réglementation de la publicité ou du devoir d'information et de conseil.

En effet, dans ces deux derniers cas, c'est la supériorité technique ou économique du vendeur ou prestataire de services qui se démarque des capacités du consommateur moyen.

156 Trib. corr. d'Albi - 11 juillet 1985 - G.P. 1985 - 2 - 588.

Cour d'appel de Paris - 8 juin 1988 - Jurisdata 025991.

157 Paris - 9ème ch. des appels correctionnels - B. 17 janvier 1992 - Précité.

158 T. corr. de Poitiers - 24 janvier 1992 - C.C.C. 2ème année n° 193.

C. d'appel de Lyon - 19 septembre 1990 - D. 1991 - 250 note Ruellan.

159 Voir O. Domenach - Lacour - J. Cl. Pénal 1990. Voir : démarchage, vente à domicile n° 104.

160 C. d'appel d'Angers - 19 avril 1988 - Jurisdata 044 948.

161 T. corr. d'Albi - 11 juillet 1985 - Précité.

162 C. d'appel de Lyon - 19 septembre 1990 - Précité.

Pour le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance en revanche, le déséquilibre vient du fait que l'individu-victime dispose de moyens intellectuels, moraux ou économiques moins importants que ceux du consommateur moyen.

Profitant de cet état de fait, le professionnel va, sans qu'il lui soit nécessaire de mentir ou d'exercer une violence, agir psychologiquement sur l'individu et obtenir son consentement à l'opération contractuelle. Il s'agira alors, non d'une volonté véritablement libre mais plutôt d'une volonté "soutirée".

En quelque sorte, il semble que le délit soit constitué lorsqu'il apparaît que la convention n'aurait pas dû être conclue, le consommateur n'y ayant aucun intérêt particulier.

Dans ce cas, l'utilité de la théorie des vices du consentement retrouverait tout son intérêt puisqu'ayant pour sanction la nullité du contrat. Le peu de jurisprudence relative au délit d'abus de faiblesse ne nous permet pas cependant d'affirmer que les tribunaux déduisent un quelconque vice de la volonté lorsque le délit est constitué ou même une simple présomption.

Et pourtant, cette législation spécifique s'est donnée pour but de protéger les plus faibles parmi les faibles. Il s'agit en réalité d'aider une sous-catégorie de consommateurs d'une fragilité plus importante et plus avilissante que la majorité des autres.

Il en résulte une vision dégradante des victimes, la condamnation d'un démarcheur pour abus de faiblesse ayant pour conséquence de tracer un "portrait humiliant" de celles-ci¹⁶³.

La protection offerte semble donc très large. Mais en cela, la loi paraît pêcher par excès et par maladresse.

Les conséquences qui en découlent sont d'une certaine importance.

¹⁶³ J.H. Robert - Note sous crim. 3 juillet 1991. Revue de droit pénal - 1992 n° 12.

4 - La consécration de l'excès

Au vu des développements précédents, nous sommes en droit de nous demander si avec cette notion d'abus de faiblesse, nous ne sommes pas en train "de mettre le consommateur dans un état d'infériorité, voire même d'incapacité juridique, inapte à négocier son contrat et à avoir des exigences contractuelles envers un professionnel qui n'est pas toujours en situation de supériorité face à une concurrence de plus en plus agressive"¹⁶⁴.

Le rapprochement avec le régime de protection des incapables est en effet l'une des premières vues qui viennent à l'esprit lorsque l'on évoque le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance.

Certes, la comparaison est limitée en raison des nombreuses différences qui séparent ces deux notions mais, dans l'esprit, c'est le même souci de protéger un "irresponsable" qui anime le législateur, ne fût-ce que le temps d'un acte de consommation.

Pourtant, c'est une démarche maladroite qui a été employée. Le professionnel peut en effet, tout en utilisant la même technique de vente ou les mêmes procédés, être incriminé ou non selon la qualité de son cocontractant.

Nous comprenons alors difficilement, ainsi qu'une grande partie de la doctrine, l'énumération limitative des différentes "ventes dangereuses".

Certes, elles constituent à elles seules des circonstances particulières au cours desquelles l'expression d'un consentement sérieux est plus difficile mais, la situation de faiblesse, si elle est propre au consommateur, ne se manifeste pas exclusivement avec ces types de démarches commerciales.

¹⁶⁴ F. Jaze - Dekeuwer - Commentaire de la loi n° 92 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs - Les petites affiches - 29 janvier 1993 n° 13 p. 11.

Certains auteurs ne comprennent pas pourquoi la loi de 1992 n'a pas posé un principe général permettant de réprimer l'exploitation de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur par le professionnel¹⁶⁵ suivant ainsi les propositions de la Commission de refonte du droit de la consommation¹⁶⁶. L'avantage retiré aurait sans aucun doute été celui d'une plus grande cohérence et d'une plus grande simplicité, mais l'inconvénient n'aurait-il pas été celui d'une dévalorisation plus catégorique de la condition de consommateur ?

Toujours est-il que la solution retenue cultive le paradoxe.

Cette disposition pénale porte, dans un premier temps, atteinte au principe de l'égalité de tous devant la loi.

La notion de consommateur, déjà difficilement cernable se trouve alors morcelée par le législateur qui crée deux catégories de faibles en visant les plus fragiles parmi ceux-ci¹⁶⁷.

La loi consacre par là même une conception subjective de la réglementation puisqu'elle est variable en fonction des capacités du sujet de droit en cause¹⁶⁸.

Mais, le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance offre également une surprotection qui s'avère davantage théorique que pratique. A vouloir trop protéger, la loi finit par voir ses objectifs menacés.

Cet état de fait tient d'abord au délit lui-même qui, comme l'exige la règle en matière pénale, nécessite la réunion de conditions strictes.

¹⁶⁵ Luc Bihl - Précité.

¹⁶⁶ L'article L - 94 du projet proposait une incrimination d'ordre général : "tout professionnel qui, pour obtenir un paiement ou un engagement abuse de la faiblesse ou de l'ignorance d'un consommateur, tenant à son âge, à sa santé ou à sa condition, sera puni...".

¹⁶⁷ Voir Luc Bihl - La protection du consommateur particulièrement fragile. J.C.P. 1985 éd. N. 9397.

¹⁶⁸ Voir : Théodore Ivainier - Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes". J.C.P. 1977 Doctrine 2876.

Voir aussi et surtout : B. Berlioz - Houin et G. Berlioz - Le droit des contrats face à l'évolution économique. Etudes en l'honneur de Roger Houin - D.S. 1985 p. 32.

Or, chacun sait qu'il incombe à la victime elle-même de mettre en œuvre le mécanisme répressif mais son état de faiblesse le lui permet-il ? A-t-elle seulement connaissance de la loi ? Le peu de jurisprudence existante semble montrer le bien-fondé de cette interrogation. Peut-être faut-il y voir aussi la crainte des individus de saisir un appareil judiciaire qui ne semble pas toujours à leur portée.

Regrettons sur ce point que ne soit pas développé le recours aux conseils de certains professionnels du droit ou même de certaines associations, ce qui pourrait pourtant éviter au consommateur bien des procédures et des déconvenues. Le cas échéant, si la justice est saisie se pose l'important problème de la preuve qui incombe à la victime, celle-ci devant démontrer sa propre faiblesse même si la loi énumère les différentes situations au sein desquelles l'abus peut être plus facilement rencontré¹⁶⁹.

En réalité, nous pensons que ce délit d'abus de faiblesse est un mécanisme dont notre droit aurait pu faire l'économie.

Il semble être avant tout un moyen prévu par la loi afin de pallier les difficultés de mise en œuvre de la théorie des vices du consentement en l'évitant mais tout en en conservant les fondements.

Par quelle subtilité en effet l'abus de faiblesse pourrait-il être constaté sans que le consentement ne s'en trouve vicié ?

Peut-on dire, lorsqu'un professionnel a profité d'une situation pour pouvoir exercer une influence assez forte sur un individu, que ce dernier a exprimé une volonté réelle et sérieuse ?

Les liens entre le délit d'abus de faiblesse et la théorie des vices du consentement semblent assez étroits et en même temps quelque peu ambigus. Peut-être peut-on penser que le législateur, en introduisant une incrimination pénale dans le dispositif de protection, a voulu essentiellement jouer sur les effets dissuasifs qui y sont attachés.

¹⁶⁹ Art. L. 122-9 Code cons.

La pratique nous montre pourtant que le résultat est décevant, l'infraction étant très rarement retenue, même dans des cas parfois bien particuliers. La rigueur nécessaire et de principe en matière répressive y contribue largement ainsi que les difficultés, pour le consommateur, d'apporter la preuve de sa propre faiblesse.

Il apparaît donc que ce délit apporte plus de complications que de solutions, suscitant même parfois certains excès telle la position de Monsieur Calais - Auloy¹⁷⁰ qui souhaiterait que soit établie une présomption de faiblesse ou d'ignorance en faveur "des femmes, des vieillards ou des personnes issues de milieux défavorisés".

Nous ne pouvons cacher qu'une telle analyse qui bafoue très nettement le principe de non discrimination devant la loi paraît surprenante et de nature à entraîner les protestations des catégories de personnes concernées. D'autres auteurs vont même jusqu'à proposer que soit réalisé un "examen médico-psychologique"¹⁷¹ renforçant ainsi le parallèle qui vient inévitablement à l'esprit entre le droit de la consommation et le régime des incapacités juridiques.

L'état de consommateur serait-il devenu une maladie ? A travers cette parabole quelque peu excessive se résume malgré tout l'esprit de la loi.

La volonté de protéger est allée trop loin. La jurisprudence elle-même ne s'y est pas trompée en refusant la surprotection systématique et par là même la déresponsabilisation consécutive de l'individu.

Elle estime en effet que "tout consommateur est tenu à un devoir de vigilance même lorsqu'il fait l'objet d'un démarchage à domicile"¹⁷².

¹⁷⁰ J. Calais - Auloy - La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs. D. 1973 chron. p. 266.

¹⁷¹ P.J. Doll et H. Guérin - Le démarchage et la vente à domicile - J.C.P. 1973 - Doctrine 2524.

¹⁷² Notamment T. corr. de Belley - 14 décembre 1989. R.T.D. com. 1990 p. 291 obs. Bouzat.

Le droit positif se démarque ainsi quelque peu de la loi qui fait du consommateur un sujet de droit à géométrie variable mais globalement isolé des autres personnes juridiques.

Plus ou moins inapte à exprimer un consentement valable par lui-même, il se trouve encadré par toute une série de mesures d'assistance qui donnent une vision pessimiste des facultés dont il est censé disposer. Devenu un sujet de droit dont la volonté se trouve ainsi conditionnée, il voit aussi, par les nombreuses prescriptions du législateur, son initiative relativement réduite.

Il est alors également un sujet de droit à la volonté limitée.

Section 2 : UN SUJET DE DROIT À LA VOLONTÉ LIMITÉE

Nous l'avons vu, le développement de la société de consommation ne permet plus aux individus d'assurer par eux-mêmes leur sécurité juridique en matière contractuelle.

Très sollicité, le consommateur doit résister aux nombreuses tentations commerciales et nous avons vu les efforts de notre droit pour l'y aider.

Mais au moment de la conclusion du contrat, au moment de la concrétisation de la décision prise, force est de reconnaître qu'il reste encore un sujet de droit dont l'initiative est quelque peu amoindrie. Que ce soit sur la forme ou sur le fond, le contenu du contrat lui échappe partiellement (§1) de même que la mise en œuvre d'une certaine technique contractuelle organisée par la loi (§2).

Paragraphe 1 - L'absence d'emprise sur la formation du contrat

La production de masse a entraîné la multiplication de contrats au contenu identique. Elaborés par le professionnel, ils sont proposés au consommateur qui, en les acceptant ou en les refusant, réduit sa volonté à la question de l'adhésion (A).

Cette standardisation des conventions peut être la source d'abus de la part de la partie dominante. Pour les éviter, la loi impose alors le respect d'un formalisme vigoureux (B).

A - La volonté réduite à l'adhésion

1 - Philosophie du contrat d'adhésion

Dans la conception classique du Code civil, le contrat est l'œuvre commune des parties.

L'autonomie de la volonté, quant au fond de la convention, comprend non seulement le droit de contracter ou de ne pas contracter, mais aussi et surtout la possibilité d'élaborer le contenu du contrat.

Cette vision libérale propre à l'esprit du XIX^{ème} siècle n'est cependant plus transposable à notre époque. Elle repose en effet sur le fait que les parties contractantes se trouvent sur un relatif plan d'égalité, en matière économique principalement.

Or, de nos jours, nous savons qu'un tel postulat n'est plus valable.

Le développement de la production de masse, l'évolution grandissante de la technique, ont fait souvent du professionnel un interlocuteur en position dominante au détriment du consommateur.

La négociation du contenu contractuel s'en est trouvée affectée, le profane n'étant pas en mesure de tenir son rôle en raison de ce déséquilibre.

"L'immense majorité des contrats dans l'économie aujourd'hui n'est plus débattue librement par les parties " [...] L'une d'entre-elles, "le consommateur, se borne à adhérer au contrat préétabli et préédigé dans toutes ses dispositions par l'autre, producteur ou distributeur"¹⁷³.

Les raisons et les causes de cet état de fait trouvent leur origine dans la naissance et le développement du capitalisme industriel. La prolifération de contrats-types correspond aux besoins profonds de la société de consommation, aux impératifs d'efficacité des professionnels, elle constitue en quelque sorte la traduction juridique des nécessités économiques.

¹⁷³ Luc Bihl - Vers un droit de la consommation. G.P. 1974 - 2 - Doctrine p. 754.

Autrement dit, le contrat devient l'œuvre d'une seule partie, le professionnel, l'autre, le consommateur se contentant de donner ou de refuser son accord. La volonté se trouve ainsi réduite à l'adhésion d'où l'expression de contrat d'adhésion généralement employée¹⁷⁴.

De façon synthétique, celui-ci peut être défini comme étant une convention dont le contenu a été fixé totalement ou partiellement de façon abstraite et générale avant la période contractuelle.

Il ne s'agit pas là d'une technique uniquement propre au droit de la consommation. "Une partie non négligeable des rapports commerciaux n'a pas d'autre support juridique que ce genre de conventions : ainsi les garanties dites "à première demande", l'ensemble du fonctionnement des cartes bancaires, les conventions d'affacturage, pour ne citer que des exemples de droit bancaire, reposent exclusivement sur des conventions-cadre inventées par les juristes de banque"¹⁷⁵.

A titre d'exemple, rappelons aussi que l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ne prévoit d'ailleurs rien d'autre que la nécessité d'utiliser des contrats-types afin d'empêcher toute pratique discriminatoire¹⁷⁶.

¹⁷⁴ L'expression de contrat d'adhésion est due à Saleilles dans son ouvrage de 1901 : De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil. Nouveau tirage - Paris 1929 - art. 13 n° 89 et s. p. 229 et s.

¹⁷⁵ F. Dekeuwer - Défossez - Droit commercial - Montchrestien - 1993 n° XXVI p. 17.

¹⁷⁶ L'article 31 de l'ordonnance impose le facturation mentionnant un certain nombre d'éléments dont, entre-autres, la quantité, la dénomination précise et le prix unitaire hors TVA ainsi que tous rabais, remises ou ristournes...

Ainsi, cette technique bien particulière de l'adhésion a fait l'objet de nombreuses études, le plus souvent pour tenter de la situer par rapport au droit commun des contrats¹⁷⁷.

Pour certains auteurs comme Saleilles et Duguit, c'est la thèse anticontractualiste qui doit être défendue. Ils voient en effet dans le contrat d'adhésion un acte réglementaire, Rieg parlant même de "dégénérescence du contrat"¹⁷⁸.

Ce point de vue nous paraît excessif. Certes, la libre détermination du contenu du contrat n'est plus, comme dans la tradition du Code civil, le fruit d'une réflexion ou d'une analyse commune aux parties mais il ne s'agit pas non plus d'un "acte réglementaire" dans la mesure où les pouvoirs publics n'interviennent aucunement - tout au moins quant au fond - dans la détermination du contenu de la convention¹⁷⁹.

Le principe de la liberté contractuelle demeure la règle mais celle-ci se trouve aménagée en fonction de l'évolution de nos sociétés. C'est cette vision contractualiste que défend Monsieur Berlioz¹⁸⁰.

Il estime en effet que les règles du droit commun sont respectées, l'accord des volontés étant concrétisé par l'adhésion.

Si nous pensons comme lui que les grands principes de notre réglementation ne sont pas bafoués, nous ne pouvons en revanche refuser de reconnaître que la technique de l'adhésion traduit nettement un "déséquilibre de la force contractuelle"¹⁸¹ au détriment du consommateur.

¹⁷⁷ Voir, entre-autres :

- G. Berlioz - Le contrat d'adhésion - Thèse de doctorat - L.G.D.J. 2ème éd. 1976.
- Brigitte Berlioz - Houin et Georges Berlioz - Le droit des contrats face à l'évolution économique. Etudes offertes à Roger Houin - Dalloz 1985 p. 3 à 33.
- Maurice Prelle et G.P. Alexi - Les contrats d'adhésion et la défense du consommateur. G.P. 1973 - 2 - Doctrine p. 715.

¹⁷⁸ A. Rieg - Contrat type et contrat d'adhésion. Etudes de droit contemporain - 1970 tome XXXIII p. 116.

¹⁷⁹ A l'exception des factures commerciales, l'article 31 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifié par la loi n° 93 - 122 du 29 janvier 1993 prévoit une amende en cas de non-respect des dispositions prévues.

¹⁸⁰ G. Berlioz - Précité.

¹⁸¹ Raymond Barre - Economie politique - tome 1 p. 49.

Dès lors, la volonté se doit d'être redéfinie lorsque, dans le cadre d'un contrat d'adhésion, elle est exprimée par le consommateur.

2 - La réduction du domaine de la volonté

A notre avis, la question de savoir si le contrat d'adhésion est ou non un véritable contrat dépend de la définition qui peut être donnée de la notion d'autonomie de la volonté.

Comme l'analyse remarquablement Madame Ranouil¹⁸², il s'agit d'un concept évolutif qui, à l'origine, était le pouvoir qu'avait la volonté de se donner sa propre loi et qui est réduit aujourd'hui à une prise de décision, "la volonté étant à la fois la justification de la force obligatoire du contrat et son élément essentiel".

Cette conception restrictive de la volonté serait donc celle qui serait applicable au consommateur. Elle se distingue de celle qui caractérise le droit commun.

En effet, l'autonomie de la volonté, dans son sens classique, comprend non seulement la décision de contracter mais aussi la création de l'économie du contrat.

La loi entre les parties est normalement le fruit de leur réflexion conjointe, chacun cherchant à défendre au mieux ses intérêts.

Avec le contrat d'adhésion, le consommateur ne dispose plus de la possibilité de choisir le contenu de la convention, celui-ci dépendant uniquement du professionnel, le premier n'occupant pas une position économique suffisante pour négocier les clauses spécifiques du contrat¹⁸³.

¹⁸² Véronique Ranouil - L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept - P.U.F. 1980 - Travaux et recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

¹⁸³ Expression de la Cour suprême de Californie reprise par M. Berlioz - Précité.

Si donc le consommateur n'est pas obligé de contracter, il est pratiquement tenu, s'il décide de le faire, de se conformer aux dispositions voulues par l'autre partie.

La volonté s'en trouve donc corrélativement réduite, mais le contrat d'adhésion prend également d'autres distances avec le droit commun.

Ainsi, les rôles de l'offrant et de l'acceptant sont fixés impérativement et invariablement alors que, traditionnellement, offre et acceptation diffèrent selon les cas¹⁸⁴.

De ce constat nous pouvons donc déduire que lorsqu'un contrat d'adhésion est en cause, l'autonomie de la volonté se trouve redéfinie de façon restrictive. Elle signifie pour le consommateur l'expression d'un simple consentement. Il s'agit uniquement pour lui de prendre la décision ou non d'adhérer à un "moule juridique" pré-établi pour lequel il est étranger.

Le contrat d'adhésion pose alors des limites modernes au principe de l'autonomie de la volonté. La partie faible voit ainsi son initiative considérablement minimisée.

Certes, rien n'empêche le consommateur d'amender la convention qui lui est proposée, de la négocier, de participer à nouveau au processus contractuel, mais encore faut-il qu'il le veuille vraiment et peut-être n'y est-il pas toujours encouragé par le professionnel.

Pressé par ce dernier, qui voit dans la conclusion du contrat un avantage économique et désireux de ne pas s'embarrasser de complications d'ordre juridique, le consommateur va, le plus souvent, s'en remettre au vendeur ou prestataire de service.

Il devient ainsi un sujet de droit bien curieux et sans grande autonomie.

¹⁸⁴ Il se peut néanmoins que le professionnel ne soit pas nécessairement l'offrant. Si celui-ci s'est réservé une clause d'agrément, c'est alors le consommateur qui fait l'offre.

Mais plus grave, profitant de l'incompétence technique du profane, le professionnel peut chercher à exploiter la situation de dominant pour refuser la négociation et tirer à son profit les avantages du contrat. La nécessité d'une protection se manifeste alors.

3 - La régulation des excès

L'existence même des contrats d'adhésion signifie que le vendeur réalise une opération répétée alors que l'adhérent réalise une opération personnelle et isolée. Dès lors, il apparaît clairement que le premier va essayer de préserver au mieux ses intérêts et limiter au maximum les risques qu'il prend.

Souvenons-nous, à titre d'illustration, que les premiers contrats d'adhésion relatifs au domaine des assurances avaient pour but essentiel de protéger les assureurs.

Ainsi conçue, l'opération contractuelle devient une "arme de contrainte"¹⁸⁵, elle devient le moyen par lequel une partie peut faire prévaloir ses propres intérêts de manière égoïste.

Laisser le consommateur assurer les risques d'un tel contrat n'est bien sûr pas concevable pour le législateur. Aussi se charge-t-il d'en réguler les excès.

Curieusement, le contrat d'adhésion ne se trouve pas réglementé directement et en tant que tel. Les tribunaux ont d'ailleurs toujours refusé d'en faire un contrat spécifique¹⁸⁶.

La loi entend cependant que le professionnel n'abuse pas de la confiance de l'adhérent. C'est ainsi que dès 1978, a été instauré un régime de réglementation et d'élimination préventives de certaines clauses jugées abusives sans attendre qu'un litige ne fasse jour pour réputer non écrite une disposition du contrat.

¹⁸⁵ Michel Armand - Prévost et Daniel Richard - Le contrat destabilisé (De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel). J.C.P. 1979 - Doctrine n° 2959.

¹⁸⁶ Ces contrats restent en principe soumis au droit commun. Voir par ex. : Civ. 1ère, 19 janvier 1982 - J.C.P. 1984 - II - 20215 note F. Chabas.

S'inspirant de la politique déjà suivie par l'Allemagne¹⁸⁷ et le Royaume-Uni¹⁸⁸, l'article L. 132 - 1 du Code de la consommation visant "les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs" déclare abusive "les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur ou non-professionnel un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

Lorsque le juge constate de telles stipulations, il les répute non-écrites¹⁸⁹ mais outre cette possibilité, la loi a prévu une autre disposition plus préventive.

Elle confie en effet à la Commission des clauses abusives, organe purement consultatif n'ayant aucun pouvoir juridictionnel, une mission essentiellement informative¹⁹⁰. Par voie de recommandations, elle encourage à la suppression ou à la modification de certaines dispositions exerçant ainsi sur les professionnels une sorte d'action morale qui se révèle être d'une parfaite efficacité¹⁹¹.

C'est donc par un procédé incitatif que les pouvoirs publics tentent de limiter les excès éventuels des contrats d'adhésion se substituant ainsi au consommateur. Alors que c'est à ce dernier que revient normalement le soin d'assurer par lui-même sa propre protection, la loi semble confier indirectement celle-ci à d'autres que lui.

En soi, ce système peut apparaître comme le moyen de contrôler plus facilement les excès.

¹⁸⁷ Loi du 9 décembre 1976. Voir H.W. Micklitz, La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 : Bilan de 11 années d'application : R.T.D. Comp. 1989 p. 104 et s.

¹⁸⁸ Unfair contract terms act de 1977. Voir Treitel, The law of contract. Sevens, 7ème édition 1987 p. 319 et s.

¹⁸⁹ Voir infra.

¹⁹⁰ Voir :

- Anne Sinay - Citerman - La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations. R.T.D. Civ. 1985 p. 471.

- Yves Chartier - La réforme de la Commission des clauses abusives (Décret n° 93 - 314 du 10 mars 1993). J.C.P. du 14 avril 1993 - Actualités p. 15.

¹⁹¹ Voir : Anne Sinay - Citerman - Précité.

En tendant à créer une sorte de standardisation des clauses contractuelles et donc en en réduisant le choix, il semble ainsi plus aisé de limiter les abus. Une bonne maîtrise des "contrats de série" entraîne en fin de compte une collectivisation de la protection dont les effets peuvent s'avérer très bénéfiques¹⁹². Dans le même esprit, l'élaboration de contrats-types se voit même parfois encouragée consacrant ainsi l'autonomie des volontés collectives¹⁹³.

La Commission des clauses abusives, elle-même, a dès la publication de son premier rapport, souhaité que soient établis des contrats-types "assurant un vaste équilibre entre les partenaires économiques"¹⁹⁴.

C'est ainsi qu'existe un grand nombre de protocoles d'accords contribuant à la détermination du contenu des contrats¹⁹⁵.

"Un véritable droit professionnel se crée ainsi parallèlement au Code civil, par le biais des usages professionnels qui s'imposent ensuite à l'ensemble des transactions effectuées dans cette branche professionnelle"¹⁹⁶.

Cette notion de "contrat collectif" qui n'apparaît pas dans les classifications contractuelles classiques fait qu'un groupe d'individus se trouve lié sans que leur consentement soit directement nécessaire.

192 Voir l'exemple des contrats d'adhésion avec des contractants en situation de monopole (SNCF, EDF-GDF...).

193 G. Lyon - Caen - Le droit conventionnel du travail. D. 1963 - chron. p. 15.

194 Rapport de la Commission des clauses abusives de l'année 1978 - Chapitres 2 et 3.

195 A titre d'exemple :

- Engagement du commerce conclu le 27 décembre 1979 entre le Ministre de l'économie et le Conseil national du commerce et la Confédération générale des petites et moyennes entreprises.

- Etablissement d'un cahier de clauses - types applicables aux contrats de garantie et de service après-vente concernant les appareils d'équipement ménagers (Norme AFNOR NF X 50-002 de juillet 1980).

- Protocole d'accord concernant la vente de véhicules d'occasion signé le 20 septembre 1976 entre l'I.N.C. et la Chambre syndicale nationale du commerce et de la réparation des automobiles.

196 Luc Bihl - Vers un droit de la consommation - Précité.

La convention collective émane donc d'une pluralité de personnes liées par un intérêt commun et constitue incontestablement un moyen de lutte contre les excès ou abus des parties dominantes. La formation des obligations se trouve alors bouleversée par une sorte de dirigisme contractuel, la loi tendant à écarter le consommateur du processus classique de formation du contrat.

Tel semble être le prix de la protection.

4 - L'absence de participation à l'élaboration du contrat

Nous venons de voir que la passivité du consommateur dans le domaine du contrat d'adhésion ne gêne aucunement le régime de protection offert par la loi.

Au contraire, celle-ci semble l'utiliser de manière positive pour lui substituer un interventionnisme législatif certes mesuré et nuancé mais néanmoins réel.

Tout se passe comme si moins le consommateur intervient meilleure est sa protection. Sans aller jusqu'à dire que la passivité de la partie faible est une passivité voulue, nous nous devons de reconnaître que les consommateurs se trouvent écartés du processus contractuel.

La négociation du contrat leur échappe. Ils deviennent "les figurants muets d'une partie dont ils sont pourtant censés être le personnage central"¹⁹⁷.

Le droit commun se trouve donc quelque peu mis à mal par l'absence de possibilité d'une véritable négociation du contrat comme le voudrait l'esprit originel du Code civil¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Propos du Président Valéry Giscard d'Estaing cité dans J.O.A.N. 9 décembre 1977 p. 8467.

¹⁹⁸ Voir : Michel Borysewicz - Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats - Etudes offertes à Pierre Kayser - Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille.

P.U.F. d'Aix-Marseille 1979 p. 91.

En effet, la convention pré-établie ne peut être légalement formée que dans le cadre particulier que lui fixe la loi et pour lequel le consommateur est entièrement étranger.

Face aux clauses dites abusives, la réglementation part du principe selon lequel le consommateur se trouve impuissant. Au lieu de lui donner les moyens de pallier cette faiblesse, la possibilité de se défendre par lui-même, le législateur l'écarte du processus contractuel et place la convention sous une sorte de "tutelle" légale.

Cette technique de protection des plus faibles qui tend à rétablir l'équilibre entre les parties de façon autoritaire n'est pas propre au droit de la consommation.

Dans les relations entre salariés et employeurs ou dans le domaine des assurances, de tels systèmes de protection existent également.

Le salarié et l'assuré, comme le consommateur, sont des sujets de droit originaux qui, par leur situation d'infériorité, se trouvent privés d'une partie des prérogatives que leur offre le droit commun. La loi se charge alors de les exercer pour leur compte et pour plus d'efficacité. Le passage du "sur mesure au prêt à porter"¹⁹⁹ correspond aux aspirations de certains auteurs de la fin du XIXème siècle hostiles à l'individualisme juridique mais favorables à un "droit sociétaire"²⁰⁰.

Il marque une étape supplémentaire dans la déresponsabilisation organisée du sujet de droit qu'est le consommateur. La volonté de celui-ci ne constitue plus l'élément essentiel dans la mesure où la loi considère que le consommateur est incapable de l'exprimer valablement.

Aussi semble-t-il bien isolé au sein de ces nouveaux rapports contractuels tant sont multipliés les moyens visant à l'écartier de toute participation à la détermination du contenu de la convention.

¹⁹⁹ Michel Armand - Prévost et Daniel Richard - Précités.

²⁰⁰ L'expression est due au militant socialiste Maxime Leroy - L'esprit de la législation napoléonienne p. 91.

Son incapacité est-elle si forte pour justifier un tel état de fait ? Toujours est-il que ce refus de toute participation active du consommateur consacre une réduction unilatérale de la liberté contractuelle. La loi va pourtant plus loin.

Ecarté du fond, le consommateur l'est aussi de la forme, de la convention, montrant peut-être avec plus d'acuité encore son incapacité présumée.

B - La forme du contrat : œuvre de la loi

1 - De l'importance de la forme

Dans la conception originelle du Code civil, il est admis sans restriction que le contrat puisse être conclu sans formalisme particulier.

La convention possède sa propre existence juridique par le simple échange des consentements, par l'accord de volontés sans qu'il soit nécessaire qu'elle revête une quelconque forme pré-définie.

Qu'il s'agisse d'un écrit, de paroles, de signes ou encore d'un silence, la volonté contractuelle peut être valablement manifestée et suffire pour établir le contrat. Le principe du consensualisme offre donc à la forme un rôle secondaire, une indépendance totale vis-à-vis du fond.

L'exigence de forme peut relever de deux considérations. Elle est le plus souvent une simple règle de preuve à laquelle il peut être suppléé en cas de manquement mais elle peut être aussi une condition de validité de la convention portant ainsi exception au consensualisme.

"En principe, tous les contrats sont consensuels, et le formalisme apparaît comme une exception, non comme une aberration"²⁰¹.

Il existe en effet des conventions qui, en raison de certaines considérations propres à leur importance, se doivent de respecter quelques conditions de forme. Il s'agit des contrats solennels et des contrats réels. Mais il est aussi des situations contractuelles faisant appel à un formalisme rigoureux sans pour autant être de nature immobilière.

²⁰¹ Jean Carbonnier - Droit civil - 4 - Les obligations. P.U.F. 1985 - n° 9.

Le législateur estime en effet important le respect de certaines conditions de forme susceptibles d'assurer la protection de certaines parties. Probablement craint-il que "l'homme honnête, ignorant des affaires, se trouve à la merci d'un adversaire retors et sans conscience, car qui sait se servir de la forme s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté"²⁰².

Aussi est-il apparu utile de réglementer la forme des contrats.

En droit commercial, le formalisme se veut le garant d'une bonne information afin de donner aux acquéreurs de biens la certitude de la qualité des produits achetés.

L'ordonnance du 1er décembre 1986, dans un souci de transparence des conditions de vente, prévoit d'ailleurs dans son article 33 que "tout producteur, grossiste ou importateur, est tenu de communiquer à tout revendeur qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente par tout moyen conforme aux usages de la profession".

Le droit de la consommation, par nature protecteur, accorde lui aussi à l'existence de certaines formalités, des vertus qui peuvent se révéler favorables au consommateur.

C'est donc par une dérogation au principe du consensualisme que la loi vient une fois encore porter assistance à la partie faible en mettant en place un formalisme parfois très strict, véritable acteur d'un ordre public économique désormais inhérent aux contrats de consommation²⁰³.

Certes, cette technique ne leur est pas spécifique. Ces règles de forme sont probablement apparues dès 1930 dans le domaine des assurances.

²⁰² Ihering - L'esprit du droit romain - Traduction O. de Meulenaère - 1887 - T. III n° 50 p. 173.

²⁰³ Voir : Gérard Cornu - L'évolution du droit des contrats en France dans : Journée de société de législation comparée - 1979 p. 447.

Ce qui constitue aujourd'hui l'article L. 112 - 4 du Code des assurances exige en effet que toute clause édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions soit portée en caractères très apparents faute de quoi elle sera réputée non-écrite.

En matière de preuve, l'ancienne technique du "bon pour" était elle aussi une illustration du formalisme exigé. Aujourd'hui encore, les mentions relatives à la quantité ou à la valeur demeurent nécessaires pour qu'un acte sous seing privé ait pleine valeur probante bien que leur émission soit sans influence sur la validité de l'obligation elle-même²⁰⁴.

Dans un autre domaine, la constitution d'hypothèque par acte authentique est aussi un élément qui nous montre que la forme est traditionnellement utile. Partant du même principe et du même esprit, le législateur a fait du formalisme une garantie de protection pour le consommateur.

2 - Le formalisme comme facteur de protection

Nous savons que l'un des soucis principaux des Pouvoirs publics est de faire du consommateur un sujet de droit capable de prendre conscience de ses engagements.

Ainsi est-il prévu en toute logique par l'article L. 133 - 2 Code cons. résultant de la loi du 1er février 1995, que, de manière générale, "les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible".

Mais cette règle de bon sens s'accompagne de mesures plus spécifiques destinées à garantir l'expression d'un consentement réel et sérieux.

²⁰⁴ Civ. 2ème - 18 décembre 1978 - Bull. civ. II n° 280.

En matière de crédit mobilier, par exemple, l'importance de l'opération projetée se doit d'être accompagnée d'un formalisme propre à faire réfléchir le consommateur quant aux actes qu'il entend accomplir.

C'est ainsi que l'article L. 311 - 8 Code cons. impose la remise d'une offre préalable au consommateur. Celle-ci doit obligatoirement être formulée par écrit à l'exclusion de tout autre support susceptible d'effrayer le non-professionnel, en particulier les procédés télématiques ou téléphoniques²⁰⁵.

Etablie selon un modèle type pour permettre au consommateur d'effectuer des comparaisons, l'offre préalable doit être claire et précise, comporter un grand nombre d'informations dont surtout le taux effectif global de crédit²⁰⁶, cette dernière indication ayant pour but d'éviter que n'apparaisse un taux relativement bas qui serait par la suite compensé par des frais de dossier importants. Si l'emprunteur vient à souhaiter que soient abrégés les délais légaux de rétractation comme le permet l'article L. 311 - 24 Code cons., il doit alors rédiger de sa main et sur le contrat une formule type destinée à lui faire mesurer la portée de sa décision et les conséquences qu'elle entraîne.

Toujours dans le domaine du crédit et plus particulièrement en matière de cautionnement, l'article 1326 C. civ. impose que la caution appose une mention manuscrite sur le titre qui constate son engagement.

Dans un arrêt du 7 juillet 1993, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs estimé qu'en l'absence de cette mention manuscrite, la preuve du cautionnement n'était pas rapportée, l'acte ne pouvant servir que de commencement de preuve par écrit²⁰⁷. Peut-être faut-il nuancer cette position tout au moins en ce qui concerne le formalisme propre au consommateur ou au locataire.

²⁰⁵"Ces procédures ne permettent en aucun cas d'engager le client sur la simple manifestation d'un accord par téléphone ou sur écran".

Réponse ministérielle N 36 570 - J.O.A.N. Q. 15 avril 1991 p. 1519.

²⁰⁶ Art. L. 311 - 10. Code cons.

²⁰⁷ Civ. 1^{ère} 7 juillet 1993 - C.C.C. novembre 1993 n° 192.

Mais, de manière générale, le défaut relatif à la forme ne doit pas affecter la validité de l'acte mais simplement entraîner des conséquences quant aux règles de preuve et ce, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la protection des droits de la caution²⁰⁸.

Parmi les autres dispositions imposant le respect d'un certain formalisme, nous pouvons également citer le décret n° 87 - 1045 du 22 décembre 1987²⁰⁹ relatif à la présentation des écrits constatant les contrats de garantie et de service après-vente qui prévoit une formule de contrat-type dont le non-respect est pénalement sanctionné d'une amende.

En matière de démarchage à domicile, l'article L. 121 - 24 Code cons. exige que tous les exemplaires du contrat soient signés et datés de la main même du client.

Enfin, l'article 16 de la loi du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier impose, sous peine de nullité, que le bulletin de souscription mentionne le lieu, la date et la signature de celui qui s'engage.

Tous ces exemples nous montrent clairement les efforts de la loi pour que le consommateur, par des méthodes parfois scolaires, puisse prendre conscience de ses engagements.

Cette réglementation impérative entraîne "le passage de la forme constatée à la forme dirigée"²¹⁰ et ainsi se trouve créé un véritable ordre public économique et social qui s'impose aux parties. Dans un souci de protection, la loi écarte les principes d'autonomie de la volonté et plus précisément du consensualisme pour se substituer, quant à la forme, aux rédacteurs du contrat.

²⁰⁸ - Cass. com. 19 juin 1990. Bull. civ. IV n° 180 ; J.C.P. 1990 - II - 21578 note Legeais.
- Civ. 1ère - 21 février 1995 - C.C.C. 1995 n° 7, contrats n° 127.

²⁰⁹ J.O. du 29 décembre 1987 p. 15328.

²¹⁰ Laurent Aynès - Formalisme et prévention dans le droit du crédit au consommateur. Ouvrage collectif sous la direction de Ibrahim Fadlallah - Litec Droit 1982.

Il est dès lors désormais évident que dans l'esprit du législateur, l'efficacité de la protection du consommateur passe par une intervention positive des Pouvoirs publics.

C'est donc un rôle décisif qui est confié au formalisme, celui de conduire la partie faible à mesurer la portée de sa décision, à prendre connaissance du contrat.

Mais plus loin vont les textes en exigeant des règles de forme qu'elles rappellent au consommateur les droits qu'il tient de la loi.

3 - Le formalisme comme rappel des droits du consommateur

Lorsque le formalisme a pour objectif de faire réfléchir le consommateur, nous pouvons penser qu'il lui offre alors une protection légitime et bienvenue.

Lorsqu'en revanche il a d'autres fonctions et notamment celle de rappeler au contractant les dispositions légales en sa faveur, il semble que la forme absorbe le fond par une trop grande rigueur. Ainsi en est-il cependant pour le consommateur qui conclut certaines opérations jugées "dangereuses" par le législateur.

Dans le cas du démarchage à domicile, par exemple, doit faire partie du contrat et de façon apparente, "le texte intégral des articles L. 121 - 23, L. 121 - 24, L. 121 - 25 et L. 121 - 26" Code cons. ainsi qu'un formulaire pré-établi et détachable permettant au consommateur d'exercer sa faculté de rétraction.

Autrement dit, le contrat se trouve assorti d'une véritable obligation légale d'informer l'une des parties des dispositions d'ordre public assurant la protection du plus faible.

Rien ne permet d'y déroger et le législateur impose la reproduction entière de ces dispositions, n'accordant même pas la possibilité d'un rappel des textes en des termes autres que ceux employés par la loi, sauf exception²¹¹.

De même, les professionnels qui accordent à leur client une garantie contractuelle doivent mentionner clairement qu'en tout état de cause, la garantie légale s'applique et qu'elle oblige le vendeur à garantir l'acheteur contre les conséquences des défauts ou vices cachés de la chose vendue ou du service rendu.

En matière de crédit enfin, l'information relative aux droits du consommateur est également prévue, l'article L. 311 - 10 3ème Code cons. disposant que l'offre préalable se doit de rappeler le contenu des articles L. 311 - 15 à L. 311 - 17 et L. 311 - 32 et, s'il y a lieu, des articles L. 311 - 20 à L. 311 -31, L. 313 - 13 et L. 311 - 37.

A ce stade, il faut bien reconnaître que le formalisme envisagé comme facteur d'information ne l'est pas exclusivement en droit de la consommation. Il est même loin d'être une nouveauté puisque, déjà, la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce impose, par son article 12, des règles de forme relativement importantes concernant l'acte de vente, ces règles étant susceptibles d'être sanctionnées par une nullité relative.

L'article L. 112 - 2 du Code des assurances résultant de la loi du 31 décembre 1989 dispose quant à lui que "l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat". Il doit également remettre à l'assuré un exemplaire du projet de contrat ou une notice d'information sur la convention décrivant précisément les garanties assorties des exclusions ainsi que les obligations de l'assuré.

²¹¹ Article 12 de la loi du 11 juillet 1975 (agences de voyages).
Article L. 112 - 4 du Code des assurances.

De même, en droit du travail, un certain formalisme est attaché, par exemple, au reçu pour solde de tout compte. Outre l'exigence d'une mention manuscrite, l'article L. 122 - 17 du Code du travail qui permet une dénonciation dans les deux mois suivant la signature exige que ce délai de forclusion soit mentionné en caractères très apparents. A défaut, le caractère tardif de la dénonciation ne saurait être opposé au salarié²¹².

Porter à la connaissance d'un individu l'étendue de ses droits n'est donc pas une spécificité du droit de la consommation.

Pourtant, tout porte à admettre que "le consommateur n'est pas et ne peut pas être un simple contractant"²¹³ car le formalisme ici imposé peut paraître surprenant.

Par le rappel impératif des règles de droit, il semble que le traditionnel adage "nul n'est censé ignorer la loi" ne trouve plus à s'appliquer. Au contraire, c'est l'inverse qui tend à s'imposer : le consommateur est censé ignorer la loi, il faut donc la lui rappeler.

Cette conception des choses est incontestablement des plus dévalorisantes pour ce sujet de droit, qui, décidément, ne dispose pas aux yeux du législateur de capacités suffisantes pour être assimilé à un contractant traditionnel.

Elle traduit une certaine vision de la protection offerte par le droit français, vision quelque peu restrictive qui ne trouve son véritable fondement que dans un interventionnisme contractuel bien défini.

La loi, partant de la faiblesse du consommateur, cherche à le responsabiliser en l'informant, en lui apprenant qu'il peut se défendre.

Autrement dit, sous l'apparence de chasser le droit commun, apparaît au contraire la volonté de restituer à la partie faible les prérogatives attachées au principe de l'autonomie de la volonté.

²¹² Cass. soc. 4 octobre 1978 - Bull. civ. V n° 637.

²¹³ Luc Bihl - Vers un droit de la consommation - G.P. 1974 - 2 - Doctrine p. 754.

Dans cet esprit, nous ne pouvons cependant que regretter que ne soit pas mis en exergue l'intérêt d'une éducation appropriée de chaque individu ou bien encore que le recours aux professionnels du droit ne soit pas encouragé.

A cet égard, l'exemple finlandais semble significatif dans la mesure où, malgré l'existence de mesures de protection loin d'être originales, la loi de 1978 met en place un système d'assistance ou d'information du consommateur à l'échelon communal dont les vertus éducatives semblent probantes²¹⁴.

C'est une voie différente qu'emprunte notre système national qui préfère une information *a posteriori* à une éducation *a priori*.

Mais n'est-il pas trop tard pour pallier les faiblesses d'un sujet de droit présumé ignorant ? La loi n'est-elle pas forcée d'aller trop loin et par là même de pêcher par excès ?

Si tel était le cas, le régime de protection alors devenu trop poussé montrerait ses limites.

4 - Un formalisme excessif

Le développement du contrat d'adhésion a largement participé à l'éloignement du consommateur du processus d'élaboration du contrat quant au fond. Avec la nécessité de respecter un certain formalisme, la forme, elle aussi, semble lui échapper, la convention n'est plus "la chose des parties"²¹⁵. Cet interventionnisme croissant des pouvoirs publics en matière contractuelle, qui se concrétise par la détermination autoritaire du contenu de l'acte juridique, consacre l'impuissance et la passivité du consommateur. Dépourvu de toute faculté d'initiative, il assiste au déroulement d'un processus dont il est censé être le personnage central.

²¹⁴ La loi 3/90.1.1978 impose la création d'un service d'assistance dans chaque commune, un délégué communal dont les services sont gratuits étant à la disposition des consommateurs.

²¹⁵ Michel Armand - Prévost et Daniel Richard - Le contrat stabilisé : de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel - J.C.P. 1979 - Doctrine 2952 n° 1.

Cette exigence de formalisme paraît toutefois excessive à certains égards.

Tout porte à l'admettre tant nous pouvons être frappés par "l'exhaustivité et le pointillisme de cette réglementation"²¹⁶.

L'article 1er du décret n° 78 - 509 du 24 mars 1978²¹⁷ contribue largement à dévaloriser l'image du consommateur lorsqu'il dispose que l'offre de crédit doit être présentée de manière claire et lisible, celle-ci devant être rédigée "en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit", l'article L. 311 - 33 Code cons. prévoyant, en cas de non respect de cette règle, la déchéance du droit aux intérêts²¹⁸.

Pourtant, il s'agit là encore d'une disposition destinée à éviter les excès que pourraient commettre les professionnels.

Une telle technique est également employée pour la notice d'information des victimes d'accidents de la circulation auxquelles une transaction est proposée ou bien encore dans le domaine des assurances où la loi exige que la police soit rédigée en caractères "apparents", certaines clauses réputées dangereuses, telles celles relatives aux nullités, déchéances ou exclusions, devant même être formulées en caractères "très apparents".

Suivant donc le même principe, la loi du 12 juillet 1971 concernant l'enseignement à distance exige que certaines dispositions soient rédigées "en caractères gras" tandis qu'en matière de démarchage financier, la loi du 3 janvier 1972 parle de "caractères très apparents".

Cet intérêt du législateur pour les questions typographiques qui, dans un premier temps peut prêter à sourire, est en réalité très significatif de la volonté de protection. En effet, rien ne semble négligé pour permettre au consommateur de consentir ou de refuser de consentir le plus librement possible.

²¹⁶ Gérard Cas et Didier Ferrier - Traité du droit de la consommation - P.U.F. 1986 n° 442.

²¹⁷ J.O. du 1er mai 1978.

²¹⁸ Dans ce sens, voir :

- Rennes 8 mars 1988 - G.P. 1988 - 2 p. 720.

- Lyon 9 juillet 1992 - G.P. 25-26 novembre 1994 p. 40.

Un autre exemple peut être encore aisément trouvé dans la réglementation très pointue du téléachat.

La loi du 6 janvier 1988 aujourd'hui intégrée dans les articles L. 121 - 16 et suivants Code cons. charge le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.) de fixer les normes de ce type de vente.

Sans entrer dans les détails, il est frappant de constater l'exhaustivité des principes posés quant à la durée maximale des émissions, à leur fréquence ou à leurs horaires de diffusion dans la journée et dans la semaine.

Manifestement, il convient dans certains cas de limiter la marge de manœuvre du professionnel.

Strictement encadré, ce dernier se voit moins tenté, voire dans l'impossibilité d'user d'artifices pouvant induire le consommateur en erreur. Mais, dans le même temps, la loi ne traduit-elle pas l'idée d'une évidente minimisation des facultés intellectuelles de la partie faible ?

L'incapacité potentielle de cette dernière semble clairement affichée et même parfois poussée à l'extrême. La jurisprudence, de son côté, se montre très exigeante en matière de formalisme, suivant en cela les positions du législateur.

Elle va jusqu'à déclarer nul un contrat de vente parce que le texte des articles 2, 3 et 4 de la loi du 22 décembre 1972 "était imprimé avec une encre bistre dont la pâleur tendait à se confondre avec la couleur du papier et que le texte, imprimé au verso d'un seul bon de commande, n'avait pas été écrit de façon apparente"²¹⁹.

Le consommateur se voit donc évoluer dans un environnement formaliste qui prend parfois une connotation dégradante.

²¹⁹ Cass. com. - 23 octobre 1984 - Bull. civ. IV n° 279 - J.C.P. 1985 - IV, 7 ; D. 1985 IR 74.

Ainsi en est-il par exemple lorsqu'il lui est demandé de rédiger une formule type élaborée par la loi pour lui faire prendre conscience de ses engagements. La méthode employée paraît alors excessivement pédagogique²²⁰.

Voici dans cette dernière hypothèse que le consommateur est réduit au rang d'un écolier studieux à qui l'on demande de bien assimiler une leçon en la copiant.

Mais qu'en sera-t-il en cas d'analphabétisme ou d'impossibilité physique d'écrire ? Il semble y avoir là une véritable incapacité et seul le recours à la rédaction d'un acte authentique peut être de nature à la contourner.

Les dispositions de la loi paraissent alors bien exigeantes. Comme le constate Monsieur Calais - Auloy, il y a véritablement une résurgence du formalisme²²¹.

Contrairement aux dispositions de l'article 1108 C. civ., la forme est devenue une condition essentielle de validité du contrat, tout au moins pour le consommateur. Ceci a d'ailleurs suscité un grand nombre de critiques et d'oppositions lors du vote des textes, le Sénat estimant notamment que le principe de liberté contractuelle était vidé de sa substance²²². Sans qu'elle soit une fin en soi, force est en effet de reconnaître que la liberté contractuelle est ici quelque peu mise à mal lorsque l'on présume qu'il est difficile pour un sujet de droit particulier de la mettre en œuvre.

Le consommateur est donc véritablement un étrange personnage dont l'étendue des droits est aussi considérable que son inaptitude à les exercer, tout au moins dans la vision qu'en a notre droit positif.

²²⁰ Dans le cadre du crédit, lorsque le consommateur souhaite abréger les délais légaux de rétractation, l'article 3 du décret n° 78 - 509 du 24 mars 1978 impose la rédaction de la formule suivante : "Je demande à être livré immédiatement (ou à bénéficier immédiatement de la prestation de service). Je reconnais avoir été informé que cette demande a pour effet de réduire le délai légal de rétractation. Celui-ci expirera le jour de la livraison du bien (ou de l'exécution de la prestation) sans pouvoir être inférieur à trois jours ni supérieur à sept jours".

²²¹ Jean Calais - Auloy - Communication colloque C.E.E. 1977 - Bruxelles p. 49.

²²² Rapport com. lois - Sénat n° 60 p. 7. JO Débats Sénat - 9 novembre 1977.



Sa volonté se trouve être, par présomption, extrêmement fragile de telle sorte qu'il s'avère nécessaire de la préparer, de la conditionner.

Aussi, la formation des contrats de consommation n'est désormais plus régie par des règles objectives mais selon des considérations d'ordre subjectif qui tiennent compte de la présence du consommateur au sein de la convention.

La forme est devenue un moyen "de protection et d'information et l'obligation de mentions obligatoires est à cet égard très significative"²²³.

En déterminant impérativement les obligations réciproques des parties et les effets du contrat, le formalisme affirmé entend aider le consommateur dans l'expression de son consentement. C'est au fond, une règle de morale et de loyauté qui est imposée ici.

L'exigence de conditions de forme évite toute mauvaise surprise ou désagrément dont pourrait être victime le consommateur.

Les avantages d'un contrat "standardisé" sont bien connus et permettent, notamment, un contrôle plus efficace des excès et des abus.

Tout est alors mis en œuvre afin de permettre au consommateur d'être informé, conseillé, renseigné et détourné de toute induction en erreur.

Volonté assistée ou volonté préparée, la loi consacre par là même l'absence d'emprise du consommateur sur le contenu et la présentation du contrat.

La protection ne s'arrête pourtant pas là dans son entreprise d'assistance de l'individu. Elle va également jusqu'à consacrer l'absence d'emprise sur la technique contractuelle par des aménagements spécifiques dont les rapports avec le droit commun s'avèrent difficiles.

²²³ Philippe Malinvaud - La protection des consommateurs - D. 1981 chron. p. 49.

Paragraphe 2 - L'absence d'emprise sur la technique contractuelle

L'ensemble des efforts accomplis par la loi pour permettre au consommateur de se trouver dans une situation rééquilibrée face au professionnel devrait en principe suffire à assurer une juste sécurité contractuelle.

Dépourvu d'un certain nombre de facultés propres à tout sujet de droit pour mieux assurer sa protection, il est apparu que l'interventionnisme juridico-étatique, pour être efficace, devrait s'étendre également aux techniques contractuelles. c'est ainsi que le législateur a choisi de réglementer le régime des liaisons entre contrats (A) et d'aménager dans certains cas une faculté de rétractation (B) destinée à retarder au maximum l'instant d'exécution de la convention.

A - L'interdépendance de certains contrats

1 - Le principe de l'indépendance contractuelle

Les règles traditionnelles du droit commun prévoient que chaque convention légalement formée possède sa propre autonomie juridique.

L'art. 1134 C. civ. consacre celle-ci entre les parties mais l'indépendance est également réelle entre les différents contrats qui pourraient être passés, fût-ce entre les mêmes parties ou pour la réalisation d'une opération semblable ou complémentaire. La convention forme donc une entité juridique propre et distincte des autres.

Il arrive cependant que certains contrats théoriquement distincts se trouvent implicitement reliés par la connexité de leur objet.

Ainsi en est-il par exemple en matière de crédit où le contrat de vente et le contrat de prêt semblent étroitement liés mais qui, selon les principes généraux, ne doivent dépendre l'un de l'autre ni pour leur formation ni pour leur exécution. Ainsi pourrait-il en être aussi dans le domaine des assurances où la disparition du bien assuré pose le problème de la continuité du contrat d'assurance devenu inutile.

L'absence de lien de droit entre ces différentes conventions peut donc apparaître, à certains égards, comme une gêne pour le consommateur, principalement sur le plan économique.

L'idée d'une interdépendance contractuelle est alors apparue, un contrat pouvant être considéré comme l'accessoire d'un autre.

La jurisprudence saisie sur la question a, jusque 1978, refusé catégoriquement, sauf circonstances particulières, que soit établi un lien de droit entre la vente ou la prestation de service et le prêt nécessaire à son financement²²⁴.

Il s'agit de deux conventions juridiquement distinctes et la vente ne saurait être aucunement la cause du contrat de crédit, puisqu'elles ne dépendent l'une de l'autre ni pour leur formation, ni pour leur exécution.

C'est donc une position strictement conforme au droit commun qui a été retenue, solution qui laisse à chaque contractant le soin de négocier parallèlement et de manière coordonnée l'ensemble des contrats nécessaires à la satisfaction de son besoin.

C'est à lui également qu'il incombe de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour assurer sa propre protection en utilisant le droit commun.

²²⁴ - Civ. 1ère 20 novembre 1974 - Bull. civ. I n° 311.
- Cass. com. 6 novembre 1961 - Bull. civ. III n° 395.
- Cass. com. 14 janvier 1963 - Bull. civ. III n° 32.
- Cass. com. 21 janvier 1963 - Bull. civ. III n° 46.
- Lyon 9 octobre 1974 - J.C.P. 1975, éd. G. IV n° 102.

Par l'utilisation du mécanisme de la condition suspensive, il lui est alors possible de créer une liaison entre plusieurs contrats et de disposer ensuite d'une sécurité juridique et économique appréciable.

Mais, aux yeux du législateur, cette protection nécessitant une participation active du consommateur, est loin d'être satisfaisante.

Partant du principe désormais classique selon lequel celui-ci n'est pas toujours à même d'utiliser pleinement les possibilités que lui offre le droit commun, la loi a donc choisi à nouveau de créer un système impératif propre à porter assistance à la partie faible.

Craignant que l'indépendance entre les deux contrats de vente et de prêt puisse s'avérer néfaste au cas où la chose ne serait pas livrée, le plus souvent en raison de la faillite du vendeur, le législateur a voulu éviter que l'acheteur-emprunteur n'ait à rembourser une somme d'argent qu'il aurait obtenue pour acquérir un bien dont il n'aura pas la jouissance.

S'inspirant de la législation allemande et du droit suisse connaissant la notion de contrats composés ou complexes, la législation française bouleverse le droit du crédit à la consommation en créant une véritable interdépendance contractuelle.

2 - L'interdépendance voulue par la loi

Le champ d'application de la réglementation est ici relativement large. Selon l'article L. 311 - 2 Code cons. elle a vocation à s'appliquer à toute opération de crédit faite à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit²²⁵.

Sont en revanche exclus, entre autres, les crédits destinés au financement des besoins d'une activité professionnelle ce qui n'empêche pas le professionnel de pouvoir bénéficier de la loi pour l'achat d'un bien à usage privé.

²²⁵ Pour une analyse détaillée du champ d'application de la loi, voir : El Moktar Bey - De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

J.C.P. 1978 éd. C.I. II 12845 n° 16) 83.

Chacun mesurera les inévitables problèmes de frontière susceptibles de se poser quant à la détermination de ce champ d'application.

Enfin, n'est ici concerné que le crédit distribué par le vendeur lui-même. Ce type de crédit est relativement répandu dans le domaine de la vente mobilière. Il résulte d'accords passés entre le professionnel et un établissement financier qui permettent au consommateur de n'avoir qu'un seul interlocuteur.

Lorsqu'un achat est réalisé et que le recours au crédit est sollicité, celui-ci sera alors financé par l'intermédiaire d'un prêt accessoire à la vente²²⁶. Dès lors, il suffit que l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de service acquis pour que la loi trouve à s'appliquer²²⁷.

Une véritable liaison est alors créée entre le contrat de vente et le contrat de crédit qui y est affecté.

Bien que s'agissant juridiquement de deux conventions différentes et distinctes, la loi va tenir compte du fait qu'il s'agit néanmoins d'une seule opération réalisée par le consommateur.

D'importantes conséquences en découlent.

Ainsi, le consommateur n'est tenu de commencer à rembourser qu'à partir du moment où il a effectivement reçu le bien²²⁸.

Il s'agit ici d'une faveur insigne qui lui est accordée. Mais, elle n'est pas la plus importante.

En effet, les articles L. 311 - 21 et L. 311 - 25 Code cons. subordonnent l'existence du contrat de vente ou de prestation de service à l'obtention du crédit offert et réciproquement, de telle sorte que si l'une des conventions est annulée ou résolue, l'autre l'est également.

²²⁶ Certaines sociétés, des constructeurs automobiles le plus souvent, ont créé leur propre établissement financier.

²²⁷ Article L. 311 - 23 Code cons.

²²⁸ Article L. 311 - 20 Code cons.

Le dispositif d'assistance offert au consommateur confère à ce dernier de véritables prérogatives "exorbitantes du droit commun", un parallèle pouvant être fait avec les dérogations prévues pour les personnes morales de droit public, en matière de passation de marchés par exemple.

La technique employée est cependant curieuse sur le plan juridique. Un peu de la même manière que pour le crédit-bail qui associe plusieurs formules contractuelles classiques, il existe, en faveur du consommateur, un ensemble complexe de relations entre deux conventions normalement distinctes.

"La nature du lien établi entre celles-ci n'est d'ailleurs pas tout à fait claire. Ce n'est pas semble-t-il la formation elle-même du contrat de crédit qui dépend de l'exécution du contrat de vente mais son exécution"²²⁹.

Beaucoup de tentatives d'explications juridiques ont été avancées relativement à cette interdépendance. Pour certains auteurs, le contrat de prêt serait la cause du contrat principal²³⁰ tandis que d'autres, plus nombreux²³¹, rejettent cette notion comme le faisait la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la loi²³².

Cette thèse ne paraît cependant plus satisfaisante aujourd'hui car la résolution du prêt entraînerait la nullité de la vente alors que la loi prévoit sa résolution.

²²⁹ Jean Stoufflet - La protection du consommateur faisant appel au crédit - Premières réflexions sur la loi n° 78 - 22 du 10 janvier 1978 - Dans : Etudes offertes au professeur Emérentienne de Lagrange.

L.G.D.J. 1978 p. 225.

²³⁰ G. Raymond - La protection du consommateur dans les opérations de crédit.

G.P. 1978 - 2 - Doctrine p. 556.

²³¹ - H. Synvet - Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation - Dans : Le droit du crédit au consommateur. Ouvrage collectif sous la direction d'Ibrahim Fadlallah. Litec Droit 1982 p. 29.

- Jacques Le Calvez - Mirages et maléfices de la protection - Même ouvrage précité p. 503.

²³² Cass. com. 6 novembre 1961 précité.

Cass. com. 21 janvier 1963 précité.

Sans qu'aucune explication ne paraisse donc véritablement adaptée, nous pouvons penser qu'il existe une subordination réciproque entre les deux conventions²³³, celles-ci formant un véritable "groupe" dont la cause leur serait commune.

Le contrat de crédit comme le contrat de vente sont nécessaires au consommateur pour qu'il puisse satisfaire sa volonté.

L'un et l'autre sont indissociables et indispensables et une coordination est ainsi aménagée dans leur exécution et non pas, semble-t-il, dans leur formation. Il apparaît alors sans conteste que cette interdépendance se réalise au prix d'un certain nombre de sacrifices des règles du droit commun.

La protection du consommateur justifiant une telle technique se trouve une nouvelle fois basée sur sa propre faiblesse, son incapacité partielle à utiliser les règles traditionnelles en matière contractuelle.

Il est clair que par une réglementation très spécifique, les parlementaires ont cherché à éviter les maladroites du consommateur²³⁴.

3 - L'interdépendance pour pallier la faiblesse du consommateur

L'objectif pratique de la loi est d'éviter que le consommateur rembourse un crédit sans raison ou se trouve dans l'obligation de payer un bien ou une prestation pour lesquels il n'a pu obtenir les facilités de financement.

Mais, si cette situation peut exister, nous pouvons penser que c'est peut-être parce que celui-ci n'a pas réussi à conclure parallèlement les contrats inhérents à l'opération, ce qui, reconnaissons-le, est cependant difficile à faire.

²³³ En ce sens, voir : J. Calais - Auloy - Droit de la consommation - Précis Dalloz 1986 n° 250.

²³⁴ Voir les travaux préparatoires de la loi n° 78 - 22 du 10 janvier 1978 :

- Au Sénat : rapports de M. Thyraud n° 9 en 1976-1977 et n° 60 et 183 en 1977-1978.

- A l'Assemblée Nationale : rapports de M. Burckel n° 2950, 3123, 3125 et 3303.

Certes, ne nous montrons pas par trop catégorique. Il est clair que le refus d'un crédit peut ne pas être le fait direct du consommateur mais il démontre, dans la plupart des cas, sa propre faiblesse économique dont il ne s'est pas rendu compte en voulant, sans précaution particulière, se lancer dans une opération trop importante pour ses moyens financiers ou risquant de grever dangereusement son budget.

Ce consommateur trop optimiste quant à l'obtention de son prêt est donc bel et bien celui que veut protéger la loi.

La crainte du danger relatif aux opérations de crédit est manifeste. Elle s'illustre d'ailleurs parfaitement par l'interdiction faite au consommateur de s'engager préalablement à payer comptant en cas de refus du prêt²³⁵.

Elle est également consacrée par le placement du contrat principal dans "une stricte allégeance par rapport à l'opération financière".

Il est ainsi prouvé que le législateur a "pris bonne note du caractère parfois irréfléchi de la conclusion du contrat de consommation encouragé par la solution de facilité que constitue l'endettement"²³⁶.

Le consommateur de crédit est donc présumé particulièrement faible. Il est même dans certaines hypothèses assimilé à un incapable, ce qui montre, sans ambiguïté, l'esprit du législateur.

En effet, les articles 311 - 35 et 313 - 13 Code cons. interdisent purement et simplement l'usage des effets de commerce en garantie ou remboursement des crédits, le consommateur étant assimilé expressément et sans ambages à un mineur. Ceci s'explique par l'irrévocabilité des engagements cambiaires.

Cette disposition, semblable à celles qui existent en droit suisse et canadien, est très explicite. Elle a pour objectif d'écarter le principe de l'inopposabilité des exceptions dont les conséquences pourraient s'avérer dangereuses pour le consommateur.

²³⁵ Art. L. 311 - 26 Code cons. qui prévoit la nullité de plein droit.

²³⁶ H. Synvet - Précité n° 43.

Si le principe était applicable, le consommateur se verrait alors dans l'obligation de payer le montant de l'effet sans pouvoir opposer le fait que le contrat principal n'est pas ou mal exécuté.

C'est donc de manière impérative que le législateur intervient en imposant des dispositions qu'un contractant pourrait au besoin mettre en œuvre lui-même. Qu'en est-il alors de l'autonomie de la volonté du consommateur ?

Force est de constater qu'elle s'en trouve nécessairement réduite puisqu'en prévoyant d'office la dépendance contractuelle, le législateur se substitue au consommateur, palliant ainsi ses éventuels manquements, défaillances ou incompétences. Sans que soit exprimée une volonté particulière, la subordination du prêt à la vente et les mesures annexes s'imposent aux parties.

C'est la réunion d'éléments objectifs qui suffit à conditionner la dépendance contractuelle, à déclencher le mécanisme de protection et c'est là encore un aveu implicite de la faiblesse présumée du consommateur.

La volonté de ce dernier d'assurer sa propre sécurité juridique ne semble plus ici indispensable dans la mesure où la loi s'en soucie à sa place. Faut-il y voir là une entorse ou un retour au droit commun ?

Certes, dans un premier temps, c'est plutôt vers la première hypothèse que s'oriente notre réponse.

En effet, le droit commun repose avant tout sur le principe de liberté. Liberté de contracter ou de ne pas contracter, liberté de prévoir ou de ne pas prévoir telle ou telle disposition particulière.

Or, dans le cas présent, cette liberté se trouve réduite puisque la protection s'impose au consommateur. Il ne dispose pas du choix de prévoir ou non la liaison entre les contrats.

Pourtant, la mise en œuvre impérative de cette liaison tend à rééquilibrer les situations entre les parties et donc à réintroduire les standards classiques du droit des obligations contractuelles, qui, rappelons-le, reposent sur l'idée d'une certaine égalité entre sujets de droit.

En ce sens alors, la seule originalité de la protection résulte dans son caractère obligatoire. Aussi, le consommateur se voit-il éloigné non seulement de la forme et du contenu du contrat, mais aussi de la technique contractuelle propre à ne pas le défavoriser.

4 - L'interdépendance imposée au consommateur

Dans le système de protection retenu par la loi, il est intéressant de remarquer que sont essentiellement employées des dispositions du droit commun.

"Le législateur a utilisé dans son œuvre réformatrice des mécanismes éprouvés du droit des obligations : le jeu des conditions, l'arsenal des nullités, la technique de la résolution"²³⁷.

Ceci montre sans équivoque que les règles existantes étaient suffisantes pour assurer des relations contractuelles sûres et stables mais que la difficulté venait d'un sujet de droit ne sachant pas véritablement les utiliser.

Rien ne s'opposait en effet à ce que l'acheteur contracte sous la condition suspensive de l'obtention de son prêt comme telle est la règle en matière immobilière ou se refuse, de lui-même, à utiliser des effets de commerce.

Mais, le consommateur ne bénéficiant pas d'un capital de confiance important, le législateur met en œuvre systématiquement ces dispositions au lieu de lui en laisser la faculté, démontrant ainsi qu'il n'a pas une haute opinion de celui qu'il entend protéger. Mais après tout, n'est-il pas préférable d'imposer un tel système pour le bien d'une partie ?

²³⁷ H. Synvet - Précité n° 2.

Mais aussi, en faisant de la livraison une "condition suspensive légale"²³⁸ du contrat de crédit, il assure la protection du consommateur contre lui-même et témoigne, par cette technique, qu'il convient de limiter l'initiative de ce dernier pour lutter efficacement contre les dangers contractuels.

Nous constatons alors que le rôle joué par le consommateur est plutôt réduit. Sa passivité semble caractéristique.

Le mécanisme de formation du contrat de crédit lui échappe presque totalement, son rôle étant limité à la seule prise de décision.

S'il est véritablement l'investigateur de l'opération conclue, il n'en est pas pour autant l'artisan. En effet, lorsqu'il décide d'acheter un bien en ayant recours au crédit, il n'a généralement pas à rechercher un prêteur. Celui-ci lui est présenté par le vendeur qui, de son côté, a passé une convention avec un établissement financier.

Le consommateur peut alors conclure deux contrats simultanément : la convention principale et la convention de crédit, le montant du prêt étant ensuite versé directement au vendeur pour le compte de l'acheteur, sans passer par les mains de ce dernier.

"La particularité de cet ensemble est que le personnage central étant un consommateur, ne participe pas à l'élaboration du contenu des différents accords. Il est pris dans un système complexe de contrats d'adhésion"²³⁹.

La passivité du consommateur semble donc être un élément essentiel du dispositif de protection ou tout au moins sa conséquence. Elle semble organisée au profit d'une sorte d'ordre public contractuel qui répond aux objectifs du législateur destinés à assurer la défense de la partie faible.

²³⁸ Christian Gavalda - L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit - D. 1978 chron. p. 189 n° 35.

²³⁹ M. Th. Calais - Auloy - Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le "prêt lié". J.C.P. 1984 - Doctrine 3144 n° 25.

L'ampleur des moyens mis en œuvre pour ce que certains auteurs n'hésitent pas à appeler "l'adoration du consommateur"²⁴⁰ est ainsi particulièrement significative.

L'interdépendance contractuelle porte sans aucun doute atteinte au principe de l'effet relatif des conventions, l'établissement de crédit n'étant pas tout à fait assimilable à un tiers.

Elle peut être aussi source d'abus de la part de consommateurs rusés qui, par des manifestations de mauvaise foi, peuvent de façon déloyale faire jouer les mécanismes à leur avantage²⁴¹.

Ainsi apparaît alors le contraste entre les prérogatives d'une importance considérable que la loi offre à la partie faible et le rôle réduit qui est dévolu à celle-ci.

Cette passivité caractéristique qui distingue le consommateur des autres sujets de droit existe également lorsque le délai de sept jours relatif à la faculté de rétractation se trouve expiré puisqu'il ne lui est pas demandé d'accomplir un acte positif d'acceptation. La seule arrivée du terme vaut confirmation de l'acceptation et la volonté devient alors parfaite.

La faculté de rétractation, autre élément du dispositif de protection, consitue probablement le parachèvement de l'œuvre du droit positif dans la phase pré-contractuelle.

Véritable prérogative discrétionnaire du consommateur, elle constitue sans nul doute la concrétisation la plus nette de la faiblesse de ce dernier. En manifestant sa volonté de retarder au maximum l'instant de formation du contrat, voire sa remise en cause, la loi isole au plus haut point le consommateur des autres contractants, ce qui est loin de lui être flatteur.

²⁴⁰ Jacques Le Calvez - Précité n° 35.

²⁴¹ Jacques Le Calvez - Précité n° 37.s

B - Le retardement de l'instant d'exécution du contrat

1 - Le contrat à l'essai

De la réglementation de la publicité au formalisme exacerbé, de l'obligation d'information et de conseil aux mécanismes d'interdépendance contractuelle, tout, nous l'avons vu, est mis en œuvre pour faciliter, voire conditionner, la volonté du consommateur, volonté d'ailleurs réduite à l'adhésion.

Dès lors, chacun pourrait penser que cette dernière soit mûrement pesée, d'autant plus que dans certains domaines a été ménagé un délai de réflexion propre à limiter les engagements irréfléchis, du moins en théorie.

Pourtant, au moment de l'exécution du contrat, l'une des parties peut en venir à regretter d'avoir consenti à l'opération.

Les réalités pratiques de l'engagement, la portée de celui-ci peuvent être différentes de ce à quoi s'attendait l'un des contractants de telle sorte que, s'il l'avait su plus tôt, il n'aurait pas pris la décision de contracter.

Certes, les règles traditionnelles du droit commun refusent, de façon générale, la possibilité de remettre en cause l'accord de volontés légalement formé. Les risques inhérents au contrat qui n'auraient pas été envisagés par les parties doivent néanmoins être assumés. Mais, dans le cas du consommateur, la question mérite d'être posée de façon particulière.

Nous savons en effet que, pour lui, l'expression du consentement nécessite une assistance que lui offre la loi et l'interrogation porte sur le fait de savoir si celle-ci doit être poursuivie une fois l'accord donné.

C'est de façon positive que le législateur apporte une réponse.

Poursuivant son œuvre protectrice, il complète dans les cas les plus sensibles, le délai de réflexion prévu avant l'expression du consentement par une faculté de renoncer à ses engagements après que la volonté se soit exprimée.

Un tel système existe en matière d'assurance-vie²⁴² et de cession de droits d'auteurs²⁴³.

La technique du contrat à l'essai est également la règle dans le domaine de l'enseignement à distance.

L'article 9 de la loi du 12 juillet 1971 permet en effet au consommateur de résilier le contrat pendant les trois premiers mois de sa conclusion. Cette période ne constitue pas réellement un délai de réflexion, mais plutôt un "délai d'épreuve et de repentir après usage"²⁴⁴ dans la mesure où les premiers effets de l'exécution du contrat se sont produits.

S'il s'agit sans conteste d'une faculté avantageuse offerte au consommateur, nous pensons en revanche qu'elle ne constitue pas une prérogative surprotectrice propre à l'isoler des autres sujets de droit, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, ce droit de repentir, même s'il est le plus souvent exercé dans la pratique par le consommateur, peut l'être également par l'autre partie contractante, c'est-à-dire le professionnel²⁴⁵.

Il ne s'agit donc pas d'un privilège exclusif.

Ensuite, il faut remarquer, et cela est important, que l'exercice de cette faculté par le client s'accompagne pour lui d'un sacrifice financier. La somme versée au moment de la conclusion du contrat est perdue sans que celle-ci ne puisse toutefois excéder 30 % du coût total de l'opération.

²⁴² Loi n° 81 - 5 du 5 janvier 1981 permettant la rétractation dans les trente jours après le premier versement de la prime.

²⁴³ Art. L. 121 - 4 du Code de la propriété littéraire et artistique.

²⁴⁴ Expression due à Gérard Cornu.

²⁴⁵ Article 9 de la loi du 12 juillet 1971.

La protection a donc un prix, une contrepartie.

Enfin et surtout, ce droit de résiliation qui ne déroge au droit commun que dans la mesure où il est d'ordre public, peut trouver une justification dans la nature très particulière du motif de la convention : l'acquisition d'un enseignement. Chacun sait en effet qu'il s'agit là d'un domaine spécifique dont l'appréciation dépend d'impératifs pédagogiques très subjectifs ne pouvant être évalués valablement que selon une démarche empirique.

La possibilité de se rétracter semble donc être une composante naturelle et nécessaire du contrat d'enseignement à distance.

En revanche, il existe d'autres cas de remise en cause du consentement qui nous intéressent plus particulièrement car leur justification paraît moins évidente.

2 - La faculté discrétionnaire de rétracter sa volonté

Dans certaines situations contractuelles limitativement énumérées, le législateur a considéré que le consommateur, même bien informé, risque de s'engager à la légère et de s'en apercevoir trop tard.

Aussi lui a-t-il permis de remettre en cause son consentement sans contrepartie financière et sans qu'il soit nécessaire d'apporter une justification.

Une nouvelle fois, le temps apparaît comme facteur de protection.

Il est ainsi prévu une faculté de rétractation pendant la durée de sept jours en matière de vente à distance²⁴⁶, et notamment de téléachat, de démarchage à domicile²⁴⁷, ou d'opération de crédit²⁴⁸ et de quinze jours dans le cas du démarchage financier²⁴⁹.

²⁴⁶ Article L. 121 - 16 Code cons.

²⁴⁷ Article L. 121 - 25 Code cons.

²⁴⁸ Article L. 311 - 15 Code cons.

²⁴⁹ Article 21 de la loi n° 72 - 6 du 3 janvier 1972.

Le consommateur peut donc, s'il le souhaite et s'il respecte les délais légaux, remettre en cause purement et simplement la convention.

Peut-être regrette-t-il d'avoir conclu l'opération contractuelle qui ne lui apporte pas les effets attendus, peut-être estime-t-il ses obligations trop lourdes, ou peut-être a-t-il simplement changé d'avis. Car c'est là le propre de cette réglementation, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du consommateur qui n'a pas à justifier d'un motif légitime de renoncement.

Aussi peut-on penser qu'en quelque sorte, la faculté de rétractation constitue une condition résolutoire purement potestative autorisée.

En ce sens, il faut alors remarquer, qu'incontestablement, le consommateur se voit doté de la possibilité de recourir à des moyens qui dépassent de très loin le droit commun.

Ainsi peut-il être protégé contre sa propre faiblesse, celle d'avoir malencontreusement contracté, mais aussi a-t-il la possibilité d'user de son droit à d'autres fins.

Connaissant l'existence de la faculté de rétractation, le consommateur devenu tout puissant dispose d'une arme redoutable contre le professionnel qui peut se voir dénoncer le contrat avant l'expiration des délais.

Ainsi caractérisé, le droit de renonciation apparaît comme un facteur d'insécurité juridique, principalement dans une utilisation malicieuse.

Qui plus est, la justification théorique de ce droit de remise en cause contractuel ne va pas sans difficulté. Bien qu'admis dans un grand nombre de pays européens comme l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, le Royaume-Uni, la Suisse ou la Suède²⁵⁰, il n'en demeure pas moins que le droit de renonciation entretient de délicats rapports avec le droit commun.

²⁵⁰ Voir : R. Jeanpretre - Le droit de repentir. Revue de Droit Social 1979 - 1 p. 33 et s.

Plus particulièrement, pour le système allemand, voir : C. Witz - Droit privé allemand, 1) Actes juridiques, droits subjectifs - Litec 1992 n° 200 et s. p. 184.

Le problème du moment de conclusion du contrat est en effet posé sans qu'aucune réponse satisfaisante ne soit apportée.

En matière de crédit, celui-ci l'est d'ailleurs avec une plus grande acuité selon qu'il existe ou non une clause d'agrément par le prêteur²⁵¹. Parmi les tentatives d'explications apportées, aucune n'est juridiquement parfaite²⁵² et la loi nous laisse sur ce plan sans grande explication.

En effet, il ne saurait être question d'une promesse unilatérale car la rétractation vise à l'anéantissement du contrat et non à sa formation, ce n'est pas une convention à l'essai en raison du caractère discrétionnaire de l'option ni une possibilité de dédit puisqu'il n'existe aucune contrepartie pécuniaire.

Enfin, l'idée d'un contrat conclu sous condition ne nous satisfait pas non plus, car celle-ci serait purement protestative. Nous pensons que peut-être, comme l'affirme Monsieur Calais-Auloy, "la signature ne suffit pas à conclure le contrat, car elle est donnée par un consommateur dont le consentement est encore embryonnaire"²⁵³. La nature de ce droit de rétractation serait alors pré-contractuelle²⁵⁴.

Force est de constater cependant qu'en laissant dans l'ombre le moment de formation du contrat, le législateur a du moins clairement manifesté le peu d'intérêt qu'il accordait à cette question"²⁵⁵.

251 S'il n'existe pas de clause d'agrément, le contrat est réputé parfait dès la signature de l'offre préalable. La faculté de rétractation s'analyse alors comme une véritable faculté de renoncer à un contrat déjà conclu.

Si une clause d'agrément est prévue, le contrat ne devient parfait qu'à l'expiration du délai de sept jours sous la double condition que l'agrément ait été accordé et que la rétractation n'ait pas été exercée.

Cette dernière serait alors considérée comme le refus d'un contrat en vue de conclusion.

252 Sur les tentatives de justification, voir entre-autres :

- G. Cas et D. Ferrier - Traité du droit de la consommation - P.U.F. 1986 n° 467.

- D. Ferrier - Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants - D. 1980 - Chron. p. 177.

- Vassili Christianos - Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs - D. 1993 - Chron. p. 128.

253 J. Calais-Auloy - L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. R.T.D. Civ. (2) avril, juin 1994 p. 244.

254 En sens contraire, voir : D. Ferrier - Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants. D. 1980, Chron. p. 183 n° 35.

255 Bruno Petit - La formation successive du contrat de crédit - Dans : Le droit du crédit au consommateur. Sous la direction d'Ibrahim Fadlallah - Litec Droit - 1982 p. 93 n° 63.

Il a, par là même, démontré à nouveau que le seul intérêt qu'il recherche est de pallier les faiblesses du consommateur par une disposition d'ordre public, tout renoncement à la faculté de rétractation étant frappé de nullité.

Dès lors, le consentement du consommateur exprimé en une seule fois n'est plus présumé valable comme il l'est pour les contractants classiques. Le consentement du consommateur ne serait pas un processus instantané.

La loi témoigne ainsi implicitement de l'impuissance relative des moyens d'assistance qu'elle met en œuvre dans la phase pré-contractuelle.

3 - La réaffirmation nécessaire de la volonté

La nécessité d'une réaffirmation ou d'une infirmation de l'intention contractuelle montre que, dans l'esprit du législateur, il y a absence de volonté claire et précise au départ, le consommateur n'était pas systématiquement capable de l'exprimer de façon à former convenablement le contrat.

Les mesures légales destinées à assurer une bonne information ainsi qu'à susciter la réflexion semblent donc quelque peu mises en échec. Ainsi, le droit ajoute à la technique du délai de réflexion celle du délai de rétractation qui, finalement, paraît plus simple à mettre en œuvre.

"Vouloir un instant est devenu insuffisant. Il faut vouloir pendant toute une semaine pour être vraiment engagé"²⁵⁶.

A la notion de volonté instantanée succède la notion de volonté continue et réaffirmée, censée être plus libre et plus consciente.

²⁵⁶ P. Godé - obs. R.T.D. Civ. 1978 - 438.

L'exigence de ce consentement "à double détente"²⁵⁷, palliatif de la légèreté du consommateur, a pour mission essentielle de retarder au maximum la prise de décision, le législateur craignant que, même après une mûre réflexion pourtant largement facilitée par les textes, celui-ci soit l'otage d'un mécanisme juridique implacable dont il n'aurait pas saisi toutes les conséquences.

Pour certains auteurs, les délais de rétractation créeraient même une présomption de dol²⁵⁸. Ils laisseraient supposer que "la déclaration initiale de volonté, en dépit du fait qu'elle ait été donnée par écrit, n'est pas encore parfaite"²⁵⁹.

C'est à partir de ce postulat qu'est bâti tout le raisonnement législatif qui, par l'ampleur de ses dispositions dérogatoires aux règles du droit commun, témoigne de "l'irresponsabilité juridique du consommateur".

La faculté de rétractation est d'ordre public. Certes, le consommateur de crédit dispose, selon l'article L. 311 - 24 Code cons., de la possibilité d'abrèger ce délai, mais il ne saurait en aucun cas être inférieur à trois jours et cette option s'accompagne d'un renforcement du formalisme relativement important.

Contrairement à la législation de certains pays, l'exercice de ce droit ne s'accompagne d'aucun sacrifice financier ce qui le distingue du dédit et l'éloigne donc du droit commun²⁶⁰.

Aucun paiement ou aucun dépôt de fonds n'est d'ailleurs possible avant l'expiration du délai réglementaire, de telle sorte qu'aucune pression ne puisse être exercée sur le consommateur qui pourrait s'estimer ainsi définitivement lié.

²⁵⁷ Expression due à Monsieur Cornu.

²⁵⁸ Pigasson - L'entreprise et le consommateur p. 249 et s. Cité par G. Berlioz - Droit de la consommation et droit des contrats - J.C.P. 1979 - Doctrine 2954 n° 25.

²⁵⁹ J.P. Pizzio - Un apport législatif en matière de protection du consentement - R.T.D. Civ. 1976 p. 67.

²⁶⁰ Au Québec, par exemple, la mise en œuvre de la faculté de rétractation peut entraîner le versement d'une indemnité au cocontractant sous la réserve que celle-ci n'excède pas 3 % du prix de l'objet. Cité par : G. Cas. et D. Ferrier - Traité du droit de la consommation. P.U.F. 1986 n° 463 p. 419.

Le versement d'arrhes aboutirait en effet à transformer le droit de renonciation en une faculté du dédit tandis que le versement d'un acompte consacrerait l'irrévocabilité de l'engagement et poserait des problèmes de restitution. C'est donc bien la qualité de la volonté du consommateur qui est en cause.

La faculté de rétractation, facteur de protection du consentement, ne nécessite donc aucune justification et semble d'ailleurs être insusceptible d'abus de droit²⁶¹, au détriment parfois des professionnels, contractants sacrifiés au même titre que les grands principes contractuels.

Pourtant, ne pourrait-on pas croire que l'utilisation de la faculté de rétractation pourrait être abusive ? Ne peut-on en effet écarter l'éventualité d'une utilisation malicieuse, au même titre que ce que reconnaît la jurisprudence en matière de vente à l'essai²⁶² ?

Certes, un évident problème de preuve se pose dans la mesure où il est interdit aux juges d'analyser les mobiles de l'auteur de la rétractation. L'interdiction d'enregistrer cette dernière sur un fichier vient d'ailleurs renforcer la thèse selon laquelle il ne peut s'agir que d'une "modalité du consentement"²⁶³ qui ne peut et ne doit avoir aucune conséquence future pour le consommateur. Son irresponsabilité semble alors ici quasi-absolue. Ainsi, la durée nécessaire à la conclusion du contrat pourtant déjà étendue n'a pas été encore suffisante pour que le non-professionnel puisse mesurer clairement la portée de ses actes.

²⁶¹ Sur une éventuelle application de la théorie de l'abus de droit, voir :
- Carbonnier - Droit civil - t.4 n° 97.
- Pirovano - Rép. civ. Dalloz - Voir abus de droit n° 15.
- Ghestin et Goubeaux - Droit civil - t.1 n° 707.

²⁶² T. com. Paris - 27 novembre 1968 - G.P. 1969 - 2 jur. p. 69 note Padis.

²⁶³ Bruno Petit - Précité n° 57.

La question de l'opportunité du contrat n'a pu être étudiée à temps par le consommateur, la vente ayant un caractère trop agressif pour lui ou l'opération ayant une trop grande importance. En prolongeant jusqu'à l'extrême la phase pré-contractuelle même après l'échange des consentements et faisant fi des règles élémentaires régissant les rapports contractuels, jamais un sujet de droit présumé aussi faible n'aura disposé d'autant de prérogatives.

Mais si le consommateur fait l'objet d'une telle protection, c'est au détriment du droit commun.

4 - Le consommateur isolé du droit commun

La faculté de revenir sur son consentement n'est pas une exclusivité du droit de la consommation. D'autres cas "classiques" sont prévus par la loi comme la révocation possible des donations entre époux²⁶⁴, ou le marché à forfait²⁶⁵, ou bien encore, dans le domaine de la propriété littéraire et artistique²⁶⁶.

Cette technique marque sans conteste le déclin de l'instant de conclusion de la convention et constitue une atteinte à la théorie générale des contrats puisque l'échange des consentements ne rend pas le contrat valable avant l'expiration du délai légal²⁶⁷.

"Ce régime protecteur particulièrement acéré illustre parfaitement l'idée que le consommateur est placé dans un microcosme dont il est le souverain"²⁶⁸. Etrange souverain cependant puisqu'il ne détient ses prérogatives exorbitantes que grâce - ou à cause - d'une faiblesse manifeste qui le caractérise et qui le place en dehors du droit commun.

²⁶⁴ Art. 1096 C. civ.

²⁶⁵ Art. 1794 C. civ.

²⁶⁶ Art. L. 121 - 4 du Code de la propriété littéraire et artistique.

²⁶⁷ Voir : G. Berlioz - Le contrat d'adhésion - L.G.D.J. 1973 n° 25.

²⁶⁸ Jacques Le Calvez - Mirages et maléfices de la protection dans : Le droit du crédit au consommateur. Ouvrage collectif sous la direction d'Ibrahim Fadlallah. Litec Droit - 1982 - p. 503 n° 66.

C'est cette fois-ci son incapacité de volonté qui est en cause. Elle se traduit par le fait que la seule présence du consommateur au contrat suffit à placer la convention dans une situation de précarité.

Le contrat de crédit l'est particulièrement pendant vingt deux jours si l'on additionne les quinze jours relatifs au maintien de l'offre préalable et les sept jours prévus pour exercer une éventuelle rétractation.

Certes, nous ne pouvons nier que la loi permet d'abrégé le délai à trois jours sur la demande du consommateur, ce qui pourrait laisser croire à un semblant d'initiative laissée à la partie faible mais la pratique ne semble pas pouvoir le laisser penser.

Outre en effet le problème de ceux qui ignorent l'existence même de leurs facultés légales, ceux que le Doyen Malaurie qualifie de "marginaux du droit", ceux qui, en raison de l'excès de formalisme ont le sentiment d'être définitivement liés ou ceux qui n'osent pas agir par "timidité juridique"²⁶⁹, la possibilité de réduire les délais n'est pas le plus souvent utilisée librement par les consommateurs mais imposée de manière constante par les professionnels²⁷⁰.

Il est d'ailleurs fréquent que ces derniers avancent la date de conclusion du contrat en faisant signer le consommateur dès la remise de l'offre, utilisant ainsi l'incompétence de leurs cocontractants.

La pratique va ainsi à l'encontre des efforts de la loi.

Quoiqu'il en soit, la démarche d'ensemble du législateur consacre l'incapacité générale du consommateur au stade de la formation du contrat.

En rejetant le processus d'élaboration traditionnelle des conventions, la loi montre le consommateur sous un jour peu gratifiant en même temps qu'elle l'isole du droit commun.

²⁶⁹ L'expression est due au Doyen Carbonnier.

²⁷⁰ Voir : J. Calais - Auloy et L. Bihl. J.C.P. 1980 - éd. C.I. 7245.

Cet "ordre public de protection"²⁷¹ restreint incontestablement la liberté des conventions et porte atteinte au principe de la force obligatoire des contrats. Sans y voir là un obstacle majeur, le législateur intervient néanmoins pour assurer avant tout la protection du consommateur.

Avec cette faculté de rétractation, nous avons en effet l'impression que, pour les pouvoirs publics, le fait de contrevenir aux dispositions du droit commun n'est pas problématique dans la mesure où la priorité des priorités est de renforcer la situation du consommateur.

Dès lors sont recherchés les moyens les plus adéquats fût-ce au prix d'un sacrifice des règles traditionnelles. L'effet pratique semble primer sur les justifications théoriques.

Mais irrémédiablement se crée ainsi un droit spécifique propre à une catégorie d'individus. Comme l'ont fait depuis longtemps les législations du travail ou des loyers, le droit de la consommation a donné naissance à un sujet *sui generis* : le consommateur.

.

²⁷¹ Gérard Couturier - L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve - Dans Etudes offertes à Jacques Flour - Rép. Defrénois p. 95.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Au terme de cette étude consacrée à la phase pré-contractuelle, il nous faut reconnaître qu'il apparaît bien difficile au *bonus pater familias* de résister à la "séduction de la consommation"²⁷². Incontestablement, le droit commun des contrats révèle son inadaptation aux nouveaux rapports de force économiques qui régissent les marchés. Il n'est plus à la portée du consommateur moyen qui, désabusé, ne parvient plus à contracter de manière loyale avec les professionnels. Son consentement ne peut plus être exprimé de façon satisfaisante.

Dès lors, dans un ambitieux programme de protection, la loi entreprend de corriger la volonté du consommateur, voire même parfois de s'y substituer, celle-ci étant déclarée inefficace.

Par un encadrement strict, la partie faible se voit ainsi tenue de souscrire aux obligations légales chargées d'assurer sa protection.

Par des mécanismes dont les rapports avec les principes de l'autonomie, de la volonté et du consensualisme sont discutables, le législateur opère une sorte de confiscation impérative des pouvoirs contractuels du consommateur.

La volonté propre de ce dernier s'en trouve donc considérablement amoindrie et ceci fait inévitablement penser à d'autres systèmes de protection comme ceux des incapables majeurs, aliénés, prodigues... sans toutefois qu'une assimilation de régime soit juridiquement possible.

Un ordre public de protection semble ainsi créé mais qui, au lieu de regarder les intérêts supérieurs de la collectivité, tente plutôt ici de sauvegarder les intérêts privés des consommateurs.

Tout se passe comme si le législateur était devenu le garant des droits contractuels du consommateur face au professionnel.

²⁷² P. Malaurie et L. Aynès - Droit civil - Introduction générale - Cujas - 1991 n° 172 p. 69.

La résultante de cette volonté délibérée d'assistance est que le consommateur est devenu un sujet de droit à part entière mais un sujet de droit partiellement inapte sans l'aide de la loi.

Le contrat conclu par ce dernier reste pourtant d'une grande fragilité.

Par delà les mesures d'assistance antérieures à la formation de la convention, mesures qui ne portent pas d'atteinte directe au consensualisme, la volonté de protection se poursuit une fois le contrat conclu. Cette fois cependant, la rupture avec le droit commun est manifeste.

La volonté du consommateur pourtant théoriquement sérieuse et réfléchie peut être en effet corrigée ou remise en cause par la loi et la jurisprudence.

2ème partie :

**La volonté remodelée du consommateur
dans la phase post-contractuelle**

Une fois formé, le contrat est la loi des parties. La volonté s'est exprimée de part et d'autre et, si elle est exempte de tout vice, elle doit être suivie d'effets. Aussi appartient-il à chacun des contractants de respecter ses engagements en exécutant ses obligations.

Nul n'ignore cependant que des difficultés peuvent surgir au cours de cette exécution. Un événement imprévu est susceptible de se produire, empêchant ainsi le bon déroulement du processus contractuel.

Dès lors, l'amorce d'une solution ne peut être trouvée que par la recherche de la volonté qui s'est traduite dans la convention, ce qui, convenons-en, n'est pas toujours chose aisée.

Mais lorsqu'un consommateur est partie au contrat, nous ne serons pas surpris de constater que les règles du droit commun contractuel sont quelque peu bouleversées, parfois aménagées, parfois même purement et simplement écartées au profit de dispositions très spécifiques. En effet, malgré toutes les mesures d'assistance au consentement prévues par la loi, et souvent renforcées par la jurisprudence, la volonté exprimée par le consommateur n'est cernée que très difficilement et relève parfois de la divination.

Nous savons bien que, souvent, l'adhésion à un contenu contractuel présenté par le contractant professionnel n'est généralement pas le fruit d'une lecture approfondie de la convention dans ses moindres détails mais résulte davantage de la confiance que le consommateur a accordé aux explications du vendeur ou prestataire de services.

Le juge saisi d'un litige doit alors se livrer au difficile exercice de la recherche de l'esprit du contrat tout en ayant le souci d'assurer un certain équilibre dans l'exécution des prestations.

Ainsi, la réponse apportée par le magistrat est généralement favorable au consommateur qui se trouve face à un professionnel.

Mais pour permettre la mise en œuvre de cette protection particulière, il apparaît nécessaire d'effectuer un travail de prospection propre à déterminer la volonté réelle des parties car celle-ci n'existe pas vraiment la plupart du temps ou est réduite à la simple décision d'adhérer à une convention pré-établie. Le consommateur est donc un sujet de droit dont la volonté peut être interprétée (section 1).

Dans certains cas, extrêmes cependant, il arrive que le consommateur ne soit plus en mesure de respecter ses engagements, particulièrement lorsqu'il se trouve dans une situation de surendettement.

La loi a alors prévu la possibilité d'une remise en cause de ses obligations contractuelles.

Le consommateur est donc aussi un sujet de droit dont la volonté peut être réaménagée (section 2).

Section 1 :
UN SUJET DE DROIT DONT LA VOLONTÉ PEUT ÊTRE
INTERPRÉTÉE

Alors que par principe il ne devrait y avoir d'interprétation qu'objective, le juge a pour souci principal de rechercher dans l'exécution du contrat les effets légitimes que le consommateur moyen est en droit d'attendre.

Il se livre pour cela à une interprétation favorable au consommateur (§1).

Mais le juge se doit aussi de corriger les excès d'un contrat entièrement pensé par le professionnel. Aussi lui est-il permis d'en soustraire les clauses abusives (§2).

Paragraphe 1 - L'interprétation favorable au consommateur

Dans son œuvre d'interprétation, il appartient au magistrat de rechercher la solution la plus favorable au consommateur.

Pour cela, il doit toujours se baser que sa volonté présumée.

Il lui convient donc de parler de la volonté du consommateur (A) mais aussi parfois de la compléter (B).

A - Quand le juge parle de la volonté du consommateur

1- Le juge appelé à interpréter le contrat

Une fois le contrat conclu, l'article 1134 C. civ. interdit, sauf accord entre les parties, une quelconque modification des obligations.

La convention est établie, elle a force de loi et doit à ce titre être respectée. Qui plus est, avec l'ensemble des mesures propres à assurer un consentement réfléchi, nous pouvons penser que les obligations ont été mûrement pesées et que, en conséquence, l'exécution du contrat ne doit pas poser de problème particulier.

En effet, la recherche de la volonté la plus parfaite possible - ou la moins imparfaite possible - est de nature à supprimer les risques d'incidents au cours de la vie du contrat.

Néanmoins, à l'impossible nul n'est tenu et la survenance éventuelle de problèmes ou de difficultés ne saurait être écartée.

Dès lors, ces derniers devront nécessairement être tranchés pour que le contrat puisse continuer à produire ses effets, c'est-à-dire à vivre.

C'est bien sûr aux parties qu'il appartient, en premier lieu, de rechercher une solution conforme à leurs aspirations et de nature à dissiper les obscurités ou résoudre les contradictions.

Mais le consommateur, toujours en situation d'infériorité, est-il en mesure de négocier avec le professionnel dominant ? Si la réponse à cette question est négative ou si aucun accord ne peut intervenir, alors, seul le recours au juge s'impose.

A priori, cette intervention judiciaire paraît surprenante en matière contractuelle mais elle est cependant capitale. Alors que le juge ne devrait aucunement s'immiscer dans la sphère du contrat, il va néanmoins être amené à jouer un rôle central. Il va venir au secours des parties lorsque se pose le problème de l'interprétation, voire même du complément de la volonté des contractants. Le litige existant va nécessairement conduire le tribunal saisi à interpréter le contrat en cause.

Pour cela, il faudra rechercher quelle fut la commune intention des parties au moment de la conclusion de la convention²⁷³.

Le principe de l'autonomie de la volonté implique en effet de façon impérative que le juge recherche ce qui a été voulu.

Pour ce faire, le droit commun met à la disposition du juge un ensemble de règles lui facilitant sa tâche d'interprétation et lui permettant de trouver ou de déduire la volonté des contractants.

Ces règles codifiées dans les articles 1156 à 1164 C. civ et qualifiées par le doyen Carbonnier de "petit guide-âne" n'ont cependant aucune valeur obligatoire. Elles ne s'imposent pas au juge²⁷⁴ et sont, en définitive, peu utilisées. Pour interpréter le contrat, les magistrats du fond disposent d'un pouvoir souverain²⁷⁵ donc d'une grande liberté. Ainsi convient-il, au delà de la lettre du contrat, de rechercher avant tout son esprit.

Le recours aux indices est alors possible, y compris aux éléments extérieurs à la convention dès lors que ceux-ci sont de nature à éclairer le juge.

²⁷³ Ce principe commandé par le respect de la liberté contractuelle est affirmé par l'article 1156 C. civ.

²⁷⁴ Civ. 1ère - 6 mars 1979 - Bull. civ. I n° 81.

²⁷⁵ Ch. réunies - 2 février 1808 - S - 1801 - 1 - 183.

Ce dernier pourra alors attacher de l'importance aux pourparlers²⁷⁶, à la situation matérielle des parties au moment de la conclusion du contrat ²⁷⁷ou bien encore au comportement ultérieur des contractants²⁷⁸.

L'étendue des pouvoirs du juge est alors considérable dans la limite cependant de la dénaturation, c'est-à-dire de la volonté des parties.

Les pouvoirs du magistrat ne s'arrêtent normalement qu'en présence d'une clause claire et précise, même injuste, ne pouvant souffrir d'une quelconque interprétation²⁷⁹. La Cour de cassation exerce en effet un pouvoir de censure sur les juges du fond lorsqu'ils dénaturent le contrat.

C'est donc bel et bien par principe, la volonté qui prédomine encore dans l'interprétation de la convention. Nous comprenons mieux alors les efforts réalisés par la loi dans la phase pré-contractuelle pour que la volonté du consommateur, son consentement au contrat, soient les plus libres et les plus éclairés possible. Mais nous savons aussi corrélativement que cette volonté est souvent bien réduite tant la réglementation se substitue à l'initiative de la partie faible.

Nous n'ignorons pas non plus que la technique contractuelle est souvent imposée au consommateur, que le consentement est généralement synonyme d'adhésion et que, en conséquence, la volonté est quelque peu "standardisée".

Aussi, lorsqu'il s'agit de rechercher ce qui a été voulu, encore convient-il de s'interroger sur la volonté réelle du consommateur. Il apparaît alors difficile de rechercher une volonté qui, peut-être, n'existe pas²⁸⁰.

²⁷⁶ Civ. 1ère - 21 avril 1976 - Bull. civ. I n° 135.

²⁷⁷ Civ. 1ère - 18 décembre 1961 - Bull. civ. I n° 610.

²⁷⁸ Civ. 3ème - 15 décembre 1972 - Bull. civ. III n° 616.

²⁷⁹ C. cass. 15 avril 1872 - D.P. 72 - 1 - 176.

²⁸⁰ Voir : Mazeaud - De Juglar - Droit civil tome 2 - 1972 - 1er volume n° 88.

2 - La recherche d'une volonté insaisissable

En présence d'un contrat d'adhésion, c'est-à-dire de la plupart des contrats conclus par les consommateurs, le problème de l'interprétation se pose avec une particulière acuité.

"Chercher la pensée de quelqu'un sur ce à quoi il n'a jamais pensé, ne serait-ce pas absurde²⁸¹ ?"

Pourtant, la nécessité d'une interprétation semble encore plus grande lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion car, comme le souligne Monsieur Berlioz, il présente souvent bien des vices : manque de lisibilité, ambiguïtés qui ne sont pas toujours le résultat de la maladresse du professionnel, lacunes dans la rédaction proprement dite - le contrat étant souvent accompagné de nombreuses annexes telles que catalogues, fiches techniques, publicités - imprécisions, clauses inacceptables. Le contrat d'adhésion est d'ailleurs aussi le domaine de prédilection des clauses dérogeant au droit commun ou des clauses de caractère unilatéral.

Mais également et surtout, la difficulté principale pour le juge résulte de la recherche de la volonté dans un tel type de contrat.

Monsieur Testu cite d'ailleurs Saleilles qui "estimait que le contrat d'adhésion ne doit pas donner lieu à une recherche de la volonté commune, car cette recherche n'a de valeur que là où les deux volontés ont un rôle égal à jouer²⁸²".

La présence du consommateur au contrat pose donc un problème au juge dans son travail d'interprétation. Sa volonté semble quelque peu divinatoire car il a donné un consentement global. La recherche de sa volonté, quant au contenu du contrat, devient chimérique.

²⁸¹ J. Ghestin - Traité de droit civil - Les obligations - Les effets du contrat - L.G.D.J. 1994 p. 10 n° 8.

²⁸² F. X. Testu - Le juge et le contrat d'adhésion - J.C.P. éd. G. 1993 - Doctrine 3673 n° 4.

Décidément, le consommateur reste un étrange sujet de droit. Malgré tous les efforts de la loi, sa volonté reste réduite de telle façon que toute recherche serait presque vaine. Il n'y a pas dans le contrat d'adhésion de volonté commune, il n'y a qu'adhésion à la volonté du professionnel.

Il n'y a donc pas d'interprétation réellement possible sur ce fondement. Dès lors, quelle solution adopter pour ce type de situation ?

En l'absence de dispositions particulières, il ne peut s'agir que d'une adaptation du droit commun, adaptation bien sûr destinée à protéger le consommateur.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, nous savons que, par principe, la Cour de cassation refuse de réserver un sort particulier au contrat d'adhésion en raison de cette seule qualité.

Il existe pourtant beaucoup d'arrêts rendus par des cours d'appel qui se prévalent du caractère d'adhésion de la convention pour réputer non-écrites certaines clauses²⁸³. Dans la pratique, en effet, l'interprétation est effectuée sans recherche véritable de la volonté commune - recherche vaine - mais plutôt avec le souci de favoriser le consommateur.

Comme en matière commerciale, c'est ici la règle selon laquelle le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent qui s'applique.

C'est donc une nouvelle fois la faiblesse de ce dernier qui justifie l'adaptation des règles du droit commun.

Au stade de la formation du contrat, il est apparu nécessaire d'assister le consommateur dans sa prise de décision, dans l'expression de son consentement et ce, en raison de sa faiblesse présumée.

283- Versailles - 30 juin 1988 - D. 1988 IR 285 ; R.T.D. Civ. 1989 - 534 note Mestre.
- Paris - 28 mars 1989 - D. 1989 IR 122.
- Nîmes - 8 mars 1990 - J.C.P. 1990 - II 21572 note Paisant.

Une fois la convention conclue, il demeure un être faible dont la volonté n'existe pas vraiment. Chacun apprécie alors le paradoxe réel qui caractérise la volonté du consommateur.

Malgré les mesures d'aide prises par la loi et la jurisprudence, la volonté du consommateur reste donc insaisissable, tout au moins dans son acception classique.

Seul est perceptible l'accord d'une partie de souscrire à la loi d'un professionnel.

Le bouleversement de la notion de volonté dans le droit de la consommation entraîne une inadaptation du droit commun dans la phase post-contractuelle. Le rôle du juge s'en trouve donc considérablement modifié.

Plus que la recherche de la volonté commune, c'est la recherche de l'équilibre de la convention qui va guider son interprétation.

Pour cela, le juge se livre à une adaptation du droit commun. Son action est alors salvatrice pour le consommateur qui voit s'opérer un véritable rééquilibrage du contrat en sa faveur.

3 - La recherche des effets les plus favorables au consommateur

L'article L. 133 - 2 Code cons. dispose de manière claire qu'en cas de doute, les clauses du contrat s'interprètent dans le sens le plus favorable au consommateur.

Cette règle, ajoutée en 1995, n'a pas été en pratique une nouveauté lors de son entrée en vigueur. Elle trouve en effet son origine dans ce qui a été pendant longtemps l'un des fondements-clé du dispositif de protection : l'utilisation "détournée" de l'article 1162 C. civ.

Cette disposition qui a son équivalent en Allemagne, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Espagne, Suisse, Québec... pose le principe suivant : "dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation"²⁸⁴.

Dans la terminologie romaine, "stipulant" signifie créancier et "promettant" débiteur ce qui implique en conséquence que la protection offerte par l'article 1162 C. civ. joue tantôt pour l'une des parties, tantôt pour l'autre selon qu'elle est ou non débiteur de la clause qui est sujète à interprétation.

Mais, alors que cette règle ne crée pas, à l'origine, de protection systématique de l'un des contractants, les tribunaux, par une lecture particulière, ont modifié cette règle en faveur du consommateur.

En effet, la jurisprudence estime que l'expression "celui qui a stipulé" doit s'entendre par "celui qui a eu l'initiative", c'est-à-dire celui qui a rédigé le contrat²⁸⁵.

Ainsi, l'article 1162 C. civ. s'est trouvé transformé en une règle unilatérale au seul bénéfice du consommateur²⁸⁶. Ceci peut d'ailleurs se rapprocher de l'article 1602 C. civ. disposant que "tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur". La volonté de protéger le consommateur par rapport aux autres contractants est donc évidente.

²⁸⁴ Voir :

- P.A. Crépeau - Contrat d'adhésion et contrat type dans : Mélanges L. Baudouin p. 75 et s.,
- A. Popovici - Les contrats d'adhésion, un problème dépassé ? dans Mélanges L. Baudouin p. 178 et s.,
- R. David - Les contrats en droit anglais, 1973 n° 339.

²⁸⁵ L'interprétation favorable au consommateur de l'article 1162 C. civ. s'est opérée progressivement.

- Cass. req. 16 décembre 1895 - S 99, 1, 387.
- Lyon - 22 décembre 1901 - D.P. 1903, 2, 306.
- Colmar - 25 janvier 1963 - G.P. 1963, 1, 277.
- Paris - 27 novembre 1991 - D. 1992 IR 69.

²⁸⁶ Voir : G. Berlioz - Le contrat d'adhésion - L.G.D.J. 1976 - 2ème édition p. 126 n° 244.

La jurisprudence ne s'en cache d'ailleurs pas lorsqu'elle affirme que la règle de l'article 1162 C. civ. - relue - s'applique "avec une rigueur accrue dans le cas des contrats d'adhésion²⁸⁷".

Mais dans ce cas, n'y-a-t-il pas détournement de la règle ? Demolombe estime que l'article 1162 C. civ. devrait être réservé aux "cas dont le doute est absolu comme aussi la perplexité du juge". Cette conception tend ainsi à laisser croire qu'il existerait des degrés dans le doute, la mise en œuvre de l'article 1162 C. civ. étant une sorte de dernier recours.

En est-il véritablement de la sorte ?

Certes, l'esprit du texte reste celui d'origine, c'est-à-dire protéger le plus faible, mais à la différence que la faiblesse est généralisée et systématisée à l'adhérent-consommateur, solution aujourd'hui consacrée par l'article L. 133 - 2 Code cons.

A travers cette infériorisation du consommateur, nous retrouvons les principes de base qui sous-tendent l'ensemble du droit de la consommation. La présomption de faiblesse existe toujours et justifie la mise en œuvre de mesures spécifiques permettant de venir au secours du consommateur.

C'est dans ce sens que s'oriente également le droit anglais ainsi que l'article 5 de la loi allemande du 9 décembre 1976 relative aux conditions générales des contrats : il faut retenir l'interprétation la plus défavorable au professionnel.

La jurisprudence suisse, elle aussi, admet que l'adhérent puisse se prévaloir des dispositions d'une clause selon le sens que lui donne le langage courant et non pas de celui qui résulterait d'un vocabulaire technique ou juridique.

²⁸⁷ Colmar - 23 janvier 1963 - G.P. 1963 - I - 227.

Comme dans certains droits étrangers, le consommateur français bénéficie donc d'un statut bien particulier au sein même du droit commun. Il est le sujet de droit de toutes les protections faisant l'objet de toutes les attentions de la loi et du juge.

Ainsi en est-il également lorsque les tribunaux affirment la primauté des clauses manuscrites ou individuelles sur les conditions générales et pré-rédigées.

Il s'agit là d'une règle "créée" par la jurisprudence de notre pays mais aussi allemande, anglaise et suédoise²⁸⁸. Dans le même ordre d'idées, l'interprétation d'une clause pré-établie doit se faire dans le but de protéger la partie la plus faible, davantage que pour chercher la volonté vraisemblable.

Mais alors, ne peut-on pas penser que la mise en œuvre de ces techniques ne vise qu'une chose : sauver le contrat en faveur du consommateur.

Car, en effet, la présence d'une clause obscure dans la convention traduit le fait que la partie faible n'a pu ou n'a su déjouer le piège de l'ambiguïté. Dans l'un ou l'autre des cas, il faut alors penser qu'il n'y a pas eu de réel accord de volontés. Deux consentements différents ont été exprimés et il peut être déduit que le consommateur n'a pas donné son accord sur la clause ambiguë qui le défavorise. Le contrat se devrait donc d'être annulé en toute logique, mais le juge en décide autrement afin d'obtenir une solution plus profitable au non-professionnel.

Il s'agit donc en réalité de pallier l'imperfection, voire l'inadaptation, de la volonté du consommateur par un exercice d'interprétation quasi-divinatoire. Mais dans cette hypothèse, qu'en est-il de la recherche de la commune intention qui, selon les principes classiques, doit prédominer ?

Cette règle est balayée. La forme du contrat paraît plus importante que le fond dès lors qu'il s'agit de défendre le consommateur.

²⁸⁸ Cass. com. 7 janvier 1969 - Bull. civ. 1969 - IV - n° 7.
Civ. 1ère 2 mai 1972 - JCP 1972 - IV - 156.

Nous savons que le syllogisme judiciaire est parfois quelque peu mis à mal pour des raisons d'équité ou d'opportunité. Il arrive que les juges "commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à la règle de droit²⁸⁹". Dans l'interprétation d'un contrat de consommation, il semble que ce soit cette démarche qui soit suivie.

De la solution, celle qui est favorable au consommateur, le magistrat va rechercher un fondement propre à déterminer, *a posteriori*, la volonté des parties. Il est donc clair que le juge envisage les obligations nées du contrat de manière quelque peu autoritaire, au bénéfice du consommateur.

Notre droit ne fait alors que respecter la directive n° 93 - 13 C.E.E. du Conseil du 5 avril 1993 qui dispose dans son article 5 qu'"en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut²⁹⁰".

Il est ainsi permis au juge d'aider la partie faible une fois la convention conclue.

Pour ce faire, la recherche de la volonté commune des contractants n'est plus une priorité sans que ceci soit dit explicitement de manière à ne pas heurter le droit commun.

Comme le pense Monsieur Berlioz, il faut alors parler "d'interprétation de protection" et constater que la volonté individuelle n'est plus l'élément de référence pour le juge.

Nous pouvons d'ailleurs légitimement nous interroger sur l'importance exacte de la volonté dans les contrats de consommation dans la mesure où celui-ci est le plus souvent interprété en tant que phénomène social.

289 J. Carbonnier - Droit civil Introduction - P.U.F. 1988 p. 36 n° 9.

290 J.O.C.E. n° L. 95 - 21 avril 1993 p. 29 - D et ALD 1993 - 360.

La situation est alors très curieuse car, paradoxalement, bien que la volonté soit l'élément essentiel avant la formation de la convention, elle n'a plus qu'une valeur très précaire une fois le contrat conclu dès lors que celle-ci n'apparaît pas clairement.

En effet, l'interprétation ne jouera pas dans le seul cas où une volonté nette et précise pourra être déduite.

Il faudra, dans les autres hypothèses, que le juge procède à une (re)définition de la volonté du consommateur, se basant pour cela sur la nécessité d'un équilibre des obligations contractuelles.

Ceci tend donc à montrer que, malgré toutes les mesures de protection destinées à favoriser l'expression d'un consentement éclairé, ce dernier reste néanmoins imparfait.

Le consommateur demeure ainsi partiellement inapte à l'affirmation d'une véritable volonté, ceci montrant en quelque sorte l'échec du législateur dans sa tentative de hisser le non-professionnel au rang des autres sujets de droit.

L'intervention nécessaire du juge en est la preuve la plus visible. Elle fait du consommateur le bénéficiaire d'un régime d'exception, la jurisprudence rappelant que ces techniques d'interprétation ne jouent qu'entre un professionnel et un non-professionnel²⁹¹.

Même après la conclusion du contrat, la faiblesse du consommateur continue de conditionner la protection mais c'est cette fois-ci le juge qui se charge d'assister la partie faible.

²⁹¹ Civ. 1ère - 3 mai 1979 - Bull. civ. I n° 128 ; D. 1980 IR 262 note Ghestin.

Pour la non-application entre professionnels, voir : Civ. 1ère - 20 décembre 1988 - Bull. civ. I n° 373.

4 - Le juge au secours du consommateur

Nul ne conteste la nécessaire intervention du juge lorsqu'est en cause une clause ambiguë ou équivoque sur laquelle les parties ne peuvent s'entendre. Mais lorsque celui-ci recherche systématiquement la solution la plus favorable à l'adhérent, il est légitime de se demander si l'interprétation n'est pas quelque peu détournée de son objectif²⁹².

Profitant de la nature même du contrat d'adhésion dont la standardisation des clauses en facilite le contrôle, les juges du fond semblent privilégier inmanquablement le consommateur en recherchant pour lui la solution qui lui convient le mieux.

Ou bien alors peut-on aller plus loin et adopter un raisonnement quelque peu différent.

Nous savons en effet que le professionnel est tenu de remplir un devoir d'information. Or, si le contrat n'est pas clair, ne peut-on pas dire que c'est justement parce que ce professionnel n'a pas respecté son obligation ?

Dans ce cas, l'interprétation en faveur de l'adhérent en constituerait la sanction que l'on pourrait même rattacher à la théorie de la fraude avec l'idée de l'inopposabilité de l'interprétation favorable au professionnel.

Dans cette hypothèse, la partie dominante aurait alors, d'une manière quasi-systématique, à supporter les risques de l'ambiguïté ou du manque de clarté. C'est en ce sens que s'oriente la jurisprudence.

Ainsi, il a été jugé que les stipulations que l'adhérent n'a pu, selon elle, connaître ne sauraient être opposables au consommateur. Tel pourrait être le cas par exemple d'une clause pré-rédigée figurant au verso d'un bon de commande²⁹³.

²⁹² Voir. G. Berlioz précité n° 238 et J. Ghestin précité n° 82.

²⁹³ Civ. 1ère 3 mai 1979 - Précité.

De même, il arrive parfois que, pour écarter une clause stéréotypée dont l'application leur paraît inéquitable, les magistrats aient tendance à la considérer comme une clause de style purement formelle, susceptible de ne pas engager la volonté des parties²⁹⁴.

Plus intéressant, lorsqu'une clause manuscrite est défavorable à l'adhérent, les tribunaux estiment alors souvent qu'elle est ambiguë pour ne pas l'appliquer²⁹⁵. Nous sommes ici à la frontière de la dénaturation.

Le travail du juge semble donc commandé par le souci d'éviter une solution qui serait défavorable au consommateur en recherchant l'utilité sociale du contrat. Ainsi en est-il également, par exemple, pour l'analyse des clauses pénales.

Le juge est, selon l'article 1231 C. civ., autorisé à réviser la peine convenue lorsque celle-ci est "manifestement excessive".

Conscient qu'il s'agit là d'un moyen d'adoucir les effets de certaines clauses, le juge va procéder à la qualification de certaines clauses en clauses pénales aux fins de réduire les pénalités prévues.

Il s'agit là d'une véritable qualification "tactique" dépourvue de toute neutralité²⁹⁶.

De façon générale, les méthodes d'interprétation du juge sont parfois plus hardies. Elles ne sont cependant pas spécifiques au droit de la consommation.

²⁹⁴ Civ. 1ère 7 janvier 1971 - Bull. civ. I n° 8 p. 6.

²⁹⁵ Cass. com. 15 mai 1979 - Bull. civ. IV n° 154 p. 123.

²⁹⁶ Voir : Anne Sinay Citermann - Clauses pénales et clauses abusives dans : Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe - Actes de la table ronde du 12 décembre 1990 - 1991 - sous la direction de J. Ghestin.

Depuis longtemps en effet, les juges se sont réservés le pouvoir de modifier la convention en guise d'interprétation. Ainsi en est-il, par exemple, en matière de contrats à exécution successive comme les contrats de bail à nourriture où il a été décidé de remplacer une exécution en nature par une pension alimentaire²⁹⁷.

De même a-t-il été parfois procédé à une substitution d'indices de référence²⁹⁸.

Cette "interprétation constructive"²⁹⁹ généralement destinée à sauver un contrat de la nullité, n'est bien sûr pas refusée au non-professionnel.

Tel est le cas lorsqu'une clause défavorable au consommateur se voit analysée comme étant une clause qu'il n'a pu en fait connaître et qui ne peut donc s'appliquer.

Une célèbre décision de la première chambre civile rendue le 3 mai 1979³⁰⁰ a, par exemple, refusé de donner valeur à une clause exonératoire de responsabilité du professionnel au motif que celle-ci était "noyée" dans d'autres dispositions et que le consommateur n'a pas pu en fait en prendre connaissance.

Avec une telle jurisprudence semble donc consacré le droit, pour le consommateur, de ne pas lire le contrat. L'interprétation se trouve basée sur l'attente légitime de l'adhérent qu'il convient de satisfaire, une clause étant déclarée inopposable si elle y est contraire³⁰¹.

Ainsi analysée, la protection du consommateur dans l'interprétation du contrat apparaît bien éloignée de l'esprit du droit commun. Elle s'inscrit cependant dans un mouvement général.

²⁹⁷ Req. 20 octobre 1936 - D.H. 1936 - 555.

²⁹⁸ Lyon 21 juillet 1943 - G.P. 1943 - 2 - 119 et sur pourvoi :
Req. 6 février 1945 - G.P. 1945 - 1 - 116.

²⁹⁹ J. Mestre - R.T.D. Civ. 1986 - 599 n° 6.

³⁰⁰ 1ère civ. 3 mai 1979 - Précité.

³⁰¹ - Bourges - 4 février 1963 - D. 1963 - IR 239 - R.T.D. Com. 1963 - 299.
- T. corr. Seine - 6 mai 1968 - G.P. 1968 - 2 - 135.

En France, le droit du travail adopte la même conception que le droit de la consommation, le salarié étant, à bien des égards, proche du consommateur.

A titre d'exemple, relevons qu'il a été jugé qu'en présence de deux conventions collectives également applicables, il faut appliquer celle qui est globalement plus favorable au salarié³⁰². C'est la théorie de l'ordre public social.

Le rôle du juge dans l'interprétation d'une convention à laquelle un consommateur est partie est donc spécifique. Plus que rechercher la volonté des contractants, le magistrat semble la déterminer *a posteriori*.

Les juges du fond disposent donc d'un pouvoir très large, la Cour de cassation se contentant d'exercer un contrôle de la dénaturation lui aussi très protecteur pour le non-professionnel.

C'est ainsi qu'encourt la cassation une décision qui interprète une clause dans un sens défavorable à la partie faible³⁰³ tandis que la dénaturation est écartée lorsque l'interprétation de la clause est favorable à l'adhérent³⁰⁴.

Sous couvert de rechercher la commune intention des parties, le juge peut donc donner un sens différent à une clause pourtant claire et précise³⁰⁵. Mais, dès lors, ne peut-on aller jusqu'à dire que, finalement, le juge procède à un respect scrupuleux du droit commun en refusant de s'estimer lié par la lettre du contrat constituant la volonté déclarée pour ne tenir compte que de la volonté réelle du consommateur ?

La jurisprudence, se fondant sur l'article 1156 C. civ. recommandant au magistrat de rechercher la commune intention des parties, peut croire à une discordance entre l'*instrumentum* et le *negotium* et n'accorder de valeur qu'à ce dernier.

302 Cass. soc. 25 janvier 1984 - Bull. civ. V n° 33.

303 Cass. com. 17 décembre 1991 - Bull. civ. IV n° 396.

304 1ère civ. 4 juin 1985 - Bull. civ. I n° 175.

305 Voir - Boré - Le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes - R.T.D. Civ. 1972 - 249.

Sur ce fondement, la Cour de cassation peut ainsi modifier la portée d'un acte clair en lui attribuant une signification différente de ses termes³⁰⁶.

Il apparaît alors légitime de se demander si, par ce biais, la Cour suprême ne contrôle pas la règle d'interprétation du contrat d'adhésion, l'efficacité du principe de non-dénaturation montrant alors ses limites.

En réalité, ce retour au consualisme pur et absolu donne plutôt l'impression que les juges renoncent à rechercher la véritable intention des parties pour imposer, sous couvert d'interprétation, une solution d'équité.

A travers ce phénomène qui n'est pas propre au droit de la consommation³⁰⁷, le juge fait plus que faire "parler" le contrat. Il se livre à une interprétation ingénieuse qui permet d'arriver à dispenser le consommateur d'observer des clauses qu'il n'aurait sans doute pas acceptées s'il les avait connues ou aurait pu les connaître. Nous sommes ici bien loin de l'esprit des rédacteurs du Code civil.

L'œuvre des tribunaux devient un travail de modification. Il s'agit pour le juge de "produire de l'équité sommaire en faisant de l'interprétation grossière³⁰⁸". La surprotection du consommateur résulte donc d'une "œuvre de bricolage"³⁰⁹ plus ou moins contraire au droit commun.

L'isolement du consommateur du droit commun est manifeste. L'intervention du juge montre à quel point sa faiblesse présumée est caractérisée et surtout combien sa volonté paraît insaisissable.

Corrélativement, les pouvoirs du magistrat semblent considérables tant ils peuvent influencer l'économie du contrat. Mais, loin d'être cantonnés à une simple fonction d'interprétation, ils s'étendent également au complément du contenu contractuel.

³⁰⁶ Cass. com. 24 octobre 1962 - Bull. civ. III n° 421.
Civ. 1ère - 9 décembre 1970 - Bull. civ. I n° 327.

³⁰⁷ En droit du travail : Cass. soc. 2 avril 1981 - Bull. civ. V n° 313 ; D. 1982 - IR - 200.

³⁰⁸ F. X. Testu - Précité n° 23.

³⁰⁹ A. Rieg - Contrat type et contrat d'adhésion - Etudes de droit contemporain - 1970.

B - Quand le juge complète la volonté du consommateur

1 - La recherche de l'équilibre des prestations

Sauf constatation d'un vice, le consentement donné est en principe irrévocable.

L'exécution du contrat se doit donc d'être conforme à cette volonté, ni plus ni moins. La loi des parties doit être respectée sans l'amputer ni l'étendre.

Nous avons vu néanmoins que, sous couvert d'interprétation, le juge pouvait exercer parfois, de manière implicite, une action corrective en faveur du non-professionnel.

Ainsi, par une interprétation habile, le magistrat rétablit un certain équilibre contractuel se basant généralement pour cela sur l'exigence de bonne foi mentionnée dans l'alinéa 2 de l'article 1134 C. civ.

L'interprétation ainsi pensée permet donc, à partir des clauses du contrat, de retrouver un sens qui, à l'origine, est présumé être celui voulu par les parties. Mais l'œuvre du juge ne s'arrête pas à la détermination *a posteriori* du sens de l'acte, par hypothèse, ambigu ou obscur.

La recherche d'une solution favorable au consommateur peut également sous-entendre la nécessité pour le juge de compléter la volonté des contractants sur un fondement qui ne se trouve pas forcément dans la convention elle-même.

L'article 1135 C. civ. autorise d'ailleurs le juge à œuvrer en ce sens.

Dès lors, l'interprétation favorable à l'adhérent est aussi une "interprétation complétive"³¹⁰. Les juges peuvent ainsi se livrer à une véritable analyse prospective de l'acte juridique en dépassant la lettre du contrat sous prétexte d'en déterminer l'esprit. L'usage ou l'équité vont alors être les fondements invoqués pour que soient déterminées les "suites naturelles" du contrat³¹¹.

La lecture de celui-ci par les tribunaux va ainsi donner naissance à de véritables obligations auxquelles les parties n'ont pas pensé et qui, éventuellement, n'auraient pas été acceptées par le professionnel qui en avait eu connaissance.

La découverte de ces obligations nouvelles qualifiées d'"implied terms" en Grande-Bretagne³¹² entraîne un rééquilibrage contractuel en faveur du consommateur qui peut conduire à l'acceptation de solutions très hardies dont les rapports avec le droit commun ne sont pas toujours des plus faciles.

Qu'en est-il en effet du principe de l'autonomie de la volonté et de celui de la sécurité des conventions, si le juge peut agir sur le contenu contractuel et plus particulièrement mettre des obligations supplémentaires à la charge d'un contractant, fut-il en position dominante ? Ne s'agit-il pas, comme l'a dit Josserand, d'un "forçage du contenu contractuel" ou, comme le pensent J. Flour et J.L. Aubert, d'une "interprétation divinatoire" ? Force est de constater que la protection du consommateur passe ici par une déformation relativement importante du droit commun.

³¹⁰ A. Rieg - Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand - L.G.D.J. 1961 - Paris - p. 354.

³¹¹ A. Bénabent - Droit civil - Obligations - Domat 1991 n° 232 et s.
F. X. Testu - Précité n° 24.

³¹² Cité dans : Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990 sous la direction de Jacques Ghestin - L.G.D.J. 1991 n° 103.

D'une façon progressive mais résolue, les tribunaux pénètrent peu à peu dans la sphère contractuelle. "Au pouvoir d'anéantir le contrat ou d'en refuser partiellement l'effet, se substitue de plus en plus une intervention du juge dans le contrat au nom de l'ordre public, que ce soit dans les contrats déséquilibrés à l'origine ou lors de leur exécution"³¹³.

La présence d'un consommateur au contrat entraîne donc un bouleversement des règles traditionnelles du droit commun de l'interprétation des conventions légalement formées.

Le consommateur se distingue toujours des autres sujets de droit puisque, pour lui, le juge dépasse nettement son rôle de chercheur de la volonté commune des parties.

Pour assurer la protection de la partie faible, les tribunaux rattachent souvent leur décision aux articles 1134 et s. C. civ., à la volonté, aux usages³¹⁴ mais il faut bien admettre que la justification relève généralement de l'artifice. Il faut en réalité constater que s'est développé un véritable ordre public de protection en faveur du consommateur, la faiblesse présumée de ce dernier en étant le pivot³¹⁵.

C'est davantage l'abus de cette faiblesse par la puissance économique qui motive l'intervention du juge plutôt que la recherche d'une volonté qui n'existe pas toujours ou qui est unilatérale.

Ainsi, l'adage de Fouillée : "qui dit contractuel dit juste" ne trouve plus de signification dans le cadre des contrats de consommation. Il est battu en brèche par l'œuvre qu'accomplit le juge.

³¹³ P. Dauchy - Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat. Thèse pour le doctorat d'Etat - Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris - Paris II - 1979 p. 120.

³¹⁴ J. Mestre - Avant propos dans : Le juge et l'exécution du contrat - Colloque I.D.A. - Aix-en-Provence, 28 mai 1993. Presses Universitaires d'Aix-Marseille - 1993.

³¹⁵ C'est par exemple la création d'obligations basées sur l'équité : Paris, 18 février 1987 - D 1987 - IR - 53.

C'est également l'anéantissement de certaines clauses au motif qu'elles n'ont réellement pu être acceptées en connaissance de cause : Aix, 21 octobre 1988 - R.T.D. Civ. 1990 p. 467 obs. J. Mestre.

Nous sommes, dès lors, autorisés à nous interroger, comme le fait Monsieur Mestre, sur le fait de savoir si, dès l'instant où un consommateur est contractant, "le juge est-il encore tenu des respecter la loi contractuelle"?

Certes, la réponse se doit d'être nuancée particulièrement lorsque la convention contient des clauses claires et précises. Mais, en d'autres cas, la recherche d'un équilibre à tout prix semble être la raison d'une certaine audace jurisprudentielle.

Cette dernière se trouve même être à l'origine de la création d'obligations à charge du professionnel, et donc, en faveur du consommateur.

2 - La découverte d'obligations au bénéfice du consommateur

Nous savons maintenant que la protection du consommateur passe, en grande partie, par le renforcement des devoirs du professionnel.

Dans la phase de formation du contrat, nous avons vu que, tant sur la forme que sur le fond, la loi et la jurisprudence font preuve d'une certaine exigence quant aux obligations de la partie réputée dominante.

Au devoir d'informer et de renseigner le profane s'est ajouté celui de le conseiller, montrant ainsi l'importance accordée à la connaissance de tous les éléments nécessaires à la conclusion d'une éventuelle convention. Autrement dit, il est demandé au professionnel de mettre le contrat à la portée du consommateur qui, par hypothèse, ne saurait agir seul de façon satisfaisante. Une fois l'acte juridique conclu, chacun pourrait penser que là s'arrête la nécessaire assistance qui, normalement, est parfaitement connue des parties.

Pourtant, le rôle dévolu au professionnel dans l'œuvre de protection du consommateur se poursuit et est même parfois accentué jusqu'à devoir satisfaire les "attentes légitimes" de ce dernier.

Certes, cette idée n'est pas neuve, elle n'est pas non plus exclusive aux contrats de consommation, mais elle s'applique néanmoins avec une rigueur accrue dans ce cas précis.

Il est en effet frappant de remarquer l'étendue de la création prétorienne dans le domaine des obligations imposées aux contractants réputés dominants, à partir du moment où la convention est conclue.

C'est bien sûr, sur le fondement de l'article 1134 C. civ., les suites que l'équité, les usages et la loi imposent mais l'illustration la plus célèbre qui peut être donnée est certainement la découverte d'une obligation de sécurité mise à la charge du professionnel en matière de contrat de transport de personnes³¹⁶.

Mais, plus généralement, cette obligation de sécurité s'est ensuite étendue aux différents types de contrats lorsqu'ils mettent en présence un professionnel et un consommateur³¹⁷.

Cette extension est très significative de la volonté de protéger au maximum le consommateur. En effet, si la nécessité d'assurer la sécurité d'un individu utilisant des produits dangereux relève du bon sens, il en est autrement lorsqu'il s'agit de généraliser cette obligation.

Faut-il en déduire que tout est dangereux pour le non-professionnel ?

Quoiqu'il en soit, il s'agit là de la création d'une véritable disposition d'ordre public, à charge des professionnels, qui dépasse le contenu contractuel.

³¹⁶ - Cass. civ. 21 novembre 1911 - D.P. 1913 - I - 249 note Sarrut.

- Civ. 1ère. 17 mai 1961 - D. 1961 - D. 1961 - 532 ; R.T.D. Civ. 1961 - 689 note Tunc.

³¹⁷ Voir entre autres :

- Cass. civ. 30 avril 1965 - D. 1965 - 709 ; R.T.D. Civ. 1966 - 98 note Rodière (manège d'équitation).

- Civ. 1ère 19 janvier 1982 - Bull. civ. I n° 32 (parc de jeux pour enfants).

- Civ. 1ère 7 mars 1989 - Bull. civ. I n° 81 (discothèque).

- Civ. 1ère 15 janvier 1991 et 1ère civ. 29 janvier 1991 - D. 1992, 435 note Diener (agence de voyages).

Il est d'ailleurs intéressant de relever que cette immixtion légale dans le domaine du contrat est aujourd'hui consacrée par une directive communautaire³¹⁸ qui complète celle du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux ainsi que par les articles L. 221 - 1 et s. Code cons. relatifs à l'obligation de sécurité reposant sur le professionnel.

Autrement dit, il incombe à ce dernier de vérifier que le produit ou le service qu'il offre présente les garanties de sécurité auxquelles le consommateur peut légitimement s'attendre sans qu'il ait toutefois à s'en assurer lui-même.

Mais, de manière globale, la jurisprudence fait peser sur le professionnel toute une série d'obligations qui constituent autant d'atteintes au principe de l'autonomie de la volonté bien que les fondements juridiques invoqués soient généralement les articles 1134 et s. C. civ.

Il s'agit, entre-autres, du devoir contractuel de renseignement de conseil dans l'exécution du contrat, de l'obligation de mise en garde, de surveillance ou de prudence³¹⁹, ou bien encore d'un devoir de collaboration³²⁰.

Dès lors, le cadre de l'interprétation est largement dépassé puisqu'il s'agit ni plus ni moins d'ajouter des obligations à la volonté qui s'est exprimée.

Sous couvert de préciser l'intention véritable des parties, le juge établit la volonté des contractants parfois à leur insu.

³¹⁸ Directive n° 92/59/CEE - 29 juin 1992 - D. 1992 législ. 496.

³¹⁹ A titre d'exemple, il peut s'agir d'une obligation de prudence mise à la charge de toute entreprise de travail temporaire dans le recrutement du personnel qu'elle fournit aux entreprises utilisatrices.

Civ. 1ère - 2 mai 1989 - Bull. civ. I n° 178.

³²⁰ La bonne foi impose au créancier de faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations : Paris, 19 juin 1990 - D. 1990 - 515 note Y. Picod ; Civ. 3ème, 20 juin 1989 - Loyers et copropriété 1990 n° 383.

Sur le devoir de collaboration, voir : Cass. com. 3 novembre 1992 - R.T.D. Civ. 1993 p. 124 note J. Mestre.

Voir aussi, en droit du travail, sur l'obligation imposée à l'employeur d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi et sur le fondement de l'article 1134 al. 3 C. civ. : Cass. soc., 25 février 1992 - D. 1992 - 390 note M. Défossez ; R.T.D. Civ. 1992 - 760 obs. J. Mestre.

Pour une illustration plus générale de l'application de l'article 1134 al. 3 C. civ. en droit du travail, voir aussi : M. Buy - L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail - Dans : Le juge et l'exécution du contrat - Colloque I.D.A. Aix-en-Provence 28 mai 1993 - Presses universitaires d'Aix - Marseille - 1993 p. 77.

Il bénéficie pour cela de la grande liberté d'action que lui laisse la Cour de cassation, cette dernière estimant qu'il s'agit là d'une question de fait échappant à son contrôle, la juridiction suprême se bornant à s'assurer de la bonne application des lois.

La question de l'interprétation complétive est cependant problématique.

En effet, elle a pour conséquence d'introduire dans le contrat des clauses que les parties n'ont pas imaginées. Outre le fait que l'article 1134 C. civ. se trouve redéfini, il faut également constater que les relations contractuelles sont source d'insécurité, particulièrement pour le professionnel. Il ne sait pas, au moment de la conclusion de l'acte juridique, quelles seront les obligations que le juge est éventuellement susceptible de lui attribuer.

L'article 1351 C. civ. interdit en effet qu'une décision judiciaire soit transposable à d'autres cas, ce qui contribue à renforcer les incertitudes de la jurisprudence et n'incite sûrement pas à la cohérence.

Le professionnel paie donc le prix de ces aménagements au profit du consommateur, objet de toutes les protections. Il voit l'étendue de ses obligations sans cesse s'accroître corrélativement à l'augmentation des droits du consommateur.

Ainsi en est-il également dans le domaine de sa responsabilité.

3 - L'accentuation de la responsabilité du vendeur professionnel

Les règles du droit commun imposent au vendeur de délivrer une chose conforme à l'usage prévu et de nature à répondre aux attentes légitimes de l'acheteur.

Progressivement s'est cependant développée, à partir de l'année 1965, une analyse jurisprudentielle exigeante quant à cette obligation et dont la résultante est de conférer à l'acheteur, et plus particulièrement au consommateur, une protection accrue.

"Sous l'influence de M. H. Mazeaud, les tribunaux ont élaboré un important droit prétorien tendant à conférer une sécurité presque absolue au consommateur³²¹".

Par une interprétation judicieuse de certaines dispositions du droit commun, la garantie des vices cachés dans la vente s'est étendue pour mieux protéger l'acheteur. Le fondement de cette jurisprudence repose, nous nous en doutons, sur les difficultés du consommateur à assurer par lui-même sa propre défense.

Pour cela, le principe de base est d'inverser la charge de la preuve en présumant que le vendeur, parce qu'il est professionnel, est de mauvaise foi.

Sa simple qualité permet de déduire qu'il ne pouvait méconnaître les vices de la chose d'où sa mauvaise foi³²².

Cette assimilation systématique du professionnel à un vendeur de mauvaise foi est sans conteste une faveur importante accordée au consommateur.

L'assistance qui lui est fournie en matière probatoire est considérable puisque toute clause contraire à cette jurisprudence ne produit pas d'effet, la présomption de mauvaise foi étant irréfragable.

Le professionnel se trouve donc face à une obligation de conformité qui n'est autre qu'une obligation de résultat.

Ainsi, comme nous l'avons vu quant à la réglementation de la publicité, il ne dispose d'aucun droit à l'erreur puisque même s'il ne connaît pas le vice de la chose et est donc en pratique de bonne foi, il peut voir sa responsabilité engagée, le consommateur devant bénéficier d'une chose parfaite.

³²¹ Ph. Malaurie, L. Aynès - Droit civil - Les contrats spéciaux 1993/1994 - Cujas n° 382 p. 228.

³²² Civ.1ère 24 novembre 1954 - J.C.P. 1955 - II - 8565.

Civ.1ère 19 janvier 1965 - D. 1965 - 389 ; R.T.D. Civ. 1965 p. 665 obs. Cornu.

C'est en quelque sorte ici une responsabilité fondée sur le risque-profit qui est alors mise en œuvre, le professionnel contractant pour gagner sa vie.

"A travers ces exemples, on perçoit encore une fois l'ampleur du travail prétorien dans l'interprétation des règles classiques, en vue d'instaurer au profit de la partie faible un dispositif protecteur³²³".

La volonté individuelle des contractants n'est certes pas viciée mais elle est remodelée par le juge, la convention ne devant pas être un instrument d'injustice.

Cette ingérence, voire cette prééminence du juge dans le contrat, se fait au détriment du professionnel qui, à nouveau, paie le prix de la protection du consommateur.

Sa position dominante le rend suspect comme l'infériorité de son cocontractant fait de ce dernier une victime désignée. Aussi doit-il supporter les risques du déséquilibre de la convention.

Au contraire, le consommateur placé en situation de faiblesse se voit offrir une protection renforcée par une interprétation favorable du droit commun.

La conséquence en est qu'il devient alors très nettement un sujet de droit assisté, dans la théorie tout au moins, car la pratique peut être quelque peu différente et donc justifier que nos propos soient nuancés.

En effet, comme le remarque Monsieur Calais - Auloy³²⁴, il existe quelques obstacles susceptibles de faire échec à la volonté de protection qui prédomine.

³²³ Franck Leclercq - La protection de la partie faible dans les contrats internationaux - Thèse Strasbourg.

³²⁴ J. Calais - Auloy - L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats - R.T.D. Civ. - 2 - avril-juin 1994.

La raison en est simple. Elle résulte du fait que, dans sa faiblesse présumée, le consommateur risque fort d'ignorer que le droit positif vient à son secours. Il est légitime de se demander s'il connaît véritablement l'existence des dispositions des articles 1641 et s. C. civ. Certes, la loi impose au professionnel de mentionner sur le contrat que, même si une garantie contractuelle est prévue, la garantie légale s'applique en tout état de cause.

Mais le consommateur a-t-il pris connaissance de ces indications ? Le cas échéant, en a-t-il saisi toute la portée, tout le sens ?

Si l'on pousse la logique de la faiblesse jusqu'au bout, il est alors permis d'en douter.

Dans le cas contraire, si le consommateur se trouve parfaitement informé de ses droits, il devra saisir la justice pour les faire respecter dans le cas où le professionnel refuserait de s'exécuter. Chacun reconnaîtra qu'il s'agit d'un pas souvent difficile à franchir et qui, généralement, rebute bien des individus.

Si d'aventure une action est ouverte, se pose alors un épineux problème de preuve. Certes, la mauvaise foi du vendeur professionnel est présumée mais il reste à prouver l'existence du vice caché au moment de la vente. Ceci constitue un obstacle supplémentaire à la protection qui nous montre que l'avancée jurisprudentielle en faveur du consommateur reste donc limitée sur le plan pratique.

La solution qu'a proposée la Commission de refonte du droit de la consommation aurait certainement été d'un plus grand secours pour le consommateur. Elle proposait en effet une inversion de la charge de la preuve pendant le délai de la garantie contractuelle, à défaut pendant deux ans.

Ce mécanisme n'a cependant pas été retenu, rendant ainsi moins efficace la protection du consommateur issue des règles classiques du droit civil.

Cette situation est donc l'occasion de constater l'inadéquation du droit commun dans le mouvement d'assistance à la partie réputée faible.

Le juge ne peut pas modifier les règles juridiques mais il peut les adapter. L'"adoration" du consommateur le conduit à des solutions parfois osées qui, néanmoins, produisent sur le plan pratique des résultats peu satisfaisants.

La recherche d'une solution toujours favorable au consommateur est cependant évidente et bien réelle. Interprétation "orientée" de la volonté, complément de celle-ci, le rôle du juge est de tout premier ordre. A travers l'utilisation du droit commun, il est sans conteste l'artisan de la protection.

Dès lors, ne peut-on pas s'interroger sur le point de savoir s'il n'est pas le garant de la bonne exécution du contrat ?

4 - Le juge comme garant de la bonne exécution du contrat

Une fois le contrat conclu, le recours au juge apparaît comme le seul rempart face au déséquilibre de la convention et à ses conséquences.

La volonté de parties s'est exprimée, elle forme leur lien et doit donc être respectée.

Nous savons cependant que le juge, sans l'avouer clairement, exerce un véritable pouvoir de modification du contenu contractuel sans toutefois excéder certaines limites. Le principe de la sécurité des conventions s'en trouve ainsi discrètement affecté.

Cette révision des obligations du contrat a bien sûr pour objectif de retenir, pour le consommateur, les solutions qui lui sont les plus favorables dans l'exécution de la convention. Il s'agit en réalité de rendre à la partie faible le poids qu'elle n'a pas forcément eu dans la phase pré-contractuelle et qui se traduit par un déséquilibre des prestations.

Le consommateur semble donc bénéficier d'un statut particulier qui lui permet de retirer du contrat les solutions qui sont pour lui les plus intéressantes.

Pour cela, le juge modifie le contrat sous couvert d'interprétation, estimant qu'il y a manquement à l'obligation de bonne foi lorsque l'exécution de la convention entraîne un avantage excessif pour l'une des parties³²⁵.

La situation du consommateur est, nous l'avons déjà souligné, proche de celle du salarié dans les relations de travail. En effet, comme le professionnel, l'employeur réputé en position dominante, assume la responsabilité des difficultés que peut soulever une clause, ou l'absence de clause, d'un contrat de travail.

Salariés comme consommateurs sont des sujets de droit placés dans une position de privilège dans la mesure où leur protection présente un caractère presque automatique.

Tout semble laisser croire que le juge intervient pour garantir les droits de la partie faible. Nous pensons alors à la théorie de Boris Starck, selon laquelle il existerait une foule de droits dont l'exercice peut causer un dommage à autrui³²⁶.

Ainsi, dans l'exercice de son activité économique, le professionnel peut, par l'intermédiaire d'un contrat insuffisamment ou mal négocié, causer un dommage au consommateur. La chose délivrée peut ne pas être conforme à celle souhaitée, plus généralement un problème dans l'exécution de la convention peut se présenter et gêner le consommateur, même si le professionnel n'a commis aucune faute.

³²⁵ Civ. 3ème, 29 juin 1976, R.T.D. Civ. 1977, p. 340 n° 2 obs. Cornu ; Civ. 3ème, 15 décembre 1976, Bull. civ. III n° 465 ; R.T.D. Civ. 1977 p. 340 n° 2 obs. Cornu.

³²⁶ B. Starck - Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée - Thèse - Paris - 1947, et, Domaine et fondement de la responsabilité sans faute - R.T.D. Civ. 1958 p. 475 - 515.

Dès lors, dans son œuvre d'interprétation, le juge semble appliquer la théorie de la garantie lorsqu'il demande au professionnel de supporter les risques du contrat que ce dernier a le plus souvent établi ou qu'il a proposé à l'acceptation.

Le consommateur serait alors le titulaire d'un droit supérieur, suprême, celui de la sécurité juridique, d'une exécution favorable du contrat au détriment du professionnel qui en assume les conséquences.

Le rapprochement avec la théorie de la garantie est cependant très limité et doit être nuancé.

Si le juge est en effet le principal initiateur de la protection, il n'en est pas l'acteur. C'est au professionnel qu'il incombe de la prendre en charge.

Par son interprétation, le juge le rend débiteur d'obligations auxquelles il n'aurait peut-être pas consenti mais n'assure pas, par lui-même, la protection du consommateur.

D'autre part, il ne faut pas oublier que les tribunaux sont tenus de fonder leur décision sur les usages, la bonne foi ou le plus souvent sur la volonté présumée des parties.

Certes, cette justification est essentiellement théorique, mais il n'en demeure pas moins qu'elle est réelle.

C'est donc par des moyens, il faut bien le dire, quelque peu détournés, que le juge contourne les difficultés d'exécution sur le visa parfois surprenant de l'article 1134 C. civ.

La volonté des parties et plus particulièrement celle du consommateur semble pouvoir être déterminée *a posteriori*, souvent même à son insu, ce dernier demandant au juge de valider une interprétation qui lui soit favorable. Le magistrat est alors l'interprète de la partie faible, y compris sur ce à quoi elle n'a jamais pensé.

Il faut bien reconnaître qu'il s'agit là d'un dispositif d'exception. Malgré le caractère par principe irrévocable des volontés, le juge peut procéder à des aménagements et donc remettre en cause, tout au moins partiellement, l'accord intervenu. C'est une prérogative d'une importance considérable.

Cette intervention du juge dans le contrat caractérise à nouveau l'incapacité du consommateur à défendre ses propres intérêts face à un contractant puissant. Elle contribue également à renforcer la place du magistrat au sein du dispositif de protection.

Plus que jamais, ce dernier apparaît en quelque sorte comme le "sauveur" du contrat, celui qui, par son interprétation habile, détourne la convention de la nullité ou d'une exécution déséquilibrée.

En ce sens, les prérogatives dévolues à certaines associations de consommateurs confortent cette idée.

Plus précisément, lorsque la loi leur permet d'agir en justice au nom des consommateurs leur en ayant donné mandat³²⁷, elle montre toute l'importance qu'elle accorde au travail du juge.

Tout en portant atteinte à l'adage selon lequel en France "nul ne plaide par procureur", le législateur soucieux de pallier les craintes du consommateur à saisir la justice, facilite le recours aux tribunaux. La méthode ici employée est encore une fois caractéristique du droit de la consommation.

Le sujet de droit n'assure pas directement sa propre protection. L'association de consommateurs agit en représentation des intérêts de la partie faible, un peu comme un tuteur qui défendrait les droits d'un mineur.

L'assistance du consommateur est donc telle qu'elle s'étend largement après la conclusion du contrat. Plus qu'une faiblesse isolée dans la phase pré-contractuelle, celle-ci perdure une fois la convention conclue.

³²⁷ Article L. 422 - 1 Code cons.

Le consommateur reste donc toujours, au yeux du droit positif, une victime idéale pour des professionnels peu scrupuleux. Il demeure dans l'acte de consommation un sujet de droit fragile qu'il faut défendre.

C'est au juge qu'il appartient de le faire, utilisant pour cela le droit commun faute de dispositions spécifiques au consommateur.

En conséquence, ce dernier semble placé sous une sorte de sauvegarde de justice tant s'est développé un véritable ordre public de protection.

Cette situation n'est juridiquement pas très satisfaisante. Comme le pense Monsieur Carbonnier, il "faudrait avoir le courage de reconnaître que l'interprétation a des limites, et qu'à un certain point d'obscurité et de contradiction... c'est un pouvoir de réfection qu'exerce alors le juge"³²⁸.

Sans conteste, nous assistons à une socialisation du contrat qui bat en brèche la théorie classique selon laquelle "cela est juste parce que cela a été voulu"³²⁹. L'adage semble au contraire inversé pour être devenu : "cela doit être voulu parce que cela est juste".

Mais, loin d'arrêter là l'étendue de la protection, le législateur poursuit ses efforts en prenant des dispositions spécifiques au consommateur.

Clairement dérogatoires au droit commun, elles viennent octroyer au juge le pouvoir de censurer partiellement la convention en lui permettant, sous certaines conditions, de rendre sans effet des clauses qualifiées d'abusives.

³²⁸ J. Carbonnier - Droit civil t. 4 n° 68 p. 235 édition 1976.

³²⁹ Saleilles - De la déclaration de volonté - 1901 p. 351.

Paragraphe 2 - La suppression des clauses abusives

Malgré les efforts réalisés par le juge pour interpréter favorablement le contrat au bénéfice du consommateur, il arrive que subsistent des clauses qui ne profitent qu'au professionnel et que le consommateur a acceptées le plus souvent sans s'en rendre compte.

La convention reste alors déséquilibrée et pour y contrevenir, le législateur, mais aussi la jurisprudence, ont établi un mécanisme permettant au juge de supprimer ces clauses abusives.

Pour cela, le système de protection repose sur l'ignorance présumée du consommateur (A) mais aussi sur la volonté de ne pas voir le contrat produire des effets qui lui seraient défavorables (B).

A - Le caractère abusif déterminé par l'ignorance présumée du consommateur

1 - La lutte contre les clauses abusives : constat d'une volonté partiellement irréfléchie

Nous venons de voir qu'à travers une interprétation habile, le juge exerce un pouvoir modérateur.

Avec les clauses abusives, son intervention est plus poussée puisqu'il s'agit d'un pouvoir de suppression.

Si l'on se réfère au droit commun *stricto sensu*, le problème des clauses abusives ne devrait pas se présenter. La notion de clause abusive est en effet inconcevable : soit la clause a été acceptée parce qu'elle ne défavorise aucune des parties au contrat, soit dans le cas inverse, elle a été refusée et dans cette hypothèse elle ne joue donc pas.

Le problème ne devrait d'autant plus se poser avec les efforts réalisés par le législateur dans la phase pré-contractuelle, efforts destinés à éclairer le consentement.

D'autre part, l'article 1134 C. civ. et le principe de l'autonomie de la volonté impliquent, une fois le contrat conclu, l'acceptation de toutes les clauses sous réserve du respect des règles de bonne foi³³⁰.

Le droit commun admet cependant qu'un déséquilibre puisse exister au sein de la convention et y remédie en permettant le contrôle de l'objet, de la cause ou encore de la lésion, l'avantage excessif pouvant être analysé comme une absence de cause, une disposition contraire à l'ordre public, ou comme un manque de bonne foi.

Certaines clauses peuvent entraîner la nullité du contrat, comme par exemple la condition potestative³³¹, tandis que d'autres sont simplement réputées non écrites. Il s'agit de la clause supprimant ou limitant la garantie en cas de vice caché³³² ou bien encore la clause compromissaire³³³.

Cet ensemble de règles du Code civil a cependant été jugé insuffisant et inadapté au consommateur. La protection qu'il offre n'est pas assez poussée car la position économiquement forte du professionnel lui permet d'insérer, dans le contrat présenté au consommateur, des clauses dont la portée pourrait être excessive sans que ce dernier soit en mesure de s'en rendre compte.

Dès lors, si le droit commun n'est plus à sa portée, il faut envisager une réglementation spécifique.

Chacun aurait pu croire que celle-ci présentait un caractère superflu en raison du régime d'assistance déjà offert au consommateur pendant la période de formation du contrat.

Il n'en est cependant rien car, malgré cela, le consommateur ne semble toujours pas en mesure d'écarter, voir même de déceler lui-même, les clauses qui sont manifestement exorbitantes.

³³⁰ Art. 1134 C. civ. *in fine*.

³³¹ Art. 1174 C. civ.

³³² Art. 1643 C. civ.

³³³ Art. 2061 C. civ.

L'insuffisance des mesures préventives d'aide au consentement conduit donc à la création de mesures de protection supplémentaires.

Dans les pays européens, la lutte contre les clauses abusives a toujours été une action prioritaire, surtout à partir des années 1970³³⁴.

Dès 1975, le Conseil des Communautés Européennes a pris des résolutions en ce sens avec le souci d'harmoniser les législations entre les différents pays membres³³⁵.

La France, pour sa part, a choisi dès 1978 de lutter contre les clauses abusives en instaurant un mécanisme bien particulier, se voulant très protecteur mais se révélant en pratique plutôt décevant.

Il était en effet exclusivement prévu que les clauses abusives pouvaient être rendues sans effet par le juge, dès lors qu'elles avaient été dénoncées par un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission, et qu'elles constituaient un abus de la puissance économique du professionnel conférant à ce dernier un avantage excessif.

Paradoxalement, le pouvoir réglementaire auquel la loi semble avoir donné sa confiance, s'est montré d'une timidité surprenante en ne prenant qu'un unique décret³³⁶ ne touchant d'ailleurs qu'à la vente et exclusivement à celle-ci³³⁷.

³³⁴ Voir : E. Hondius - Clauses abusives dans les contrats de consommation : vers une directive européenne. Revue européenne de droit de la consommation 1988 p. 185.

³³⁵ Conseil des Communautés Européennes - 14 avril 1975 - J.O.C.E. n° 92, 25 avril 1975 p. 1 ; Deuxième résolution le 19 mai 1981 - J.O.C.E. n° 133, 3 juin 1981 p. 1.

³³⁶ Décret n° 78 - 464 du 24 mars 1978 - J.O. du 1er mai 1978.

³³⁷ Les trois clauses interdites sont les suivantes :

1) Clause permettant au vendeur de supprimer ou réduire le droit à réparation de son acheteur non-professionnel en cas de manquement à l'une quelconque de ses obligations.

2) Clause de garantie conventionnelle qui n'indique pas que la garantie légale relative aux vices cachés demeure en tout état de cause applicable.

3) "Clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre" sauf exception.

Il aura fallu attendre par la suite l'intervention salutaire de la jurisprudence³³⁸ et sa consécration explicite par le législateur de 1995 pour pouvoir dire que notre pays offre incontestablement un niveau de protection exceptionnel en matière de clauses abusives.

Originellement maladroite, la réglementation en la matière tend aujourd'hui à plus de cohérence. Il est ainsi prévu qu'est abusive la clause qui a "pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur ou non-professionnel, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat"³³⁹.

Le caractère abusif d'une clause doit s'apprécier "en se référant au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat".

Il doit s'apprécier également "au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre"³⁴⁰. Dès lors, une clause répondant à ces conditions constatées par le juge, est réputée non-écrite et ce, quel qu'en soit son support : bon de commande, facture, bon de garantie, bon de livraison, billet...³⁴¹

La lutte contre les clauses abusives permet donc au juge de "purger" certaines dispositions de l'acte juridique sans que ne soit encourue la nullité.

Priver de tout effet certains éléments d'une convention régulièrement conclue répond de toute évidence d'une réelle volonté d'assistance, mais elle n'est cependant pas propre au consommateur.

³³⁸ Voir infra.

³³⁹ Art. L. 132 - 1 al. 1er Code cons.

³⁴⁰ Art. L. 132 - 1 al. 3 Code cons.

³⁴¹ La réglementation est applicable aux services publics industriels et commerciaux :
- T.G.I. Angers - 11 mars 1986 - J.C.P. 1987 - II - 20789 confirmé par :
- Angers - 16 décembre 1987 - D. 1988 chron. 260 (annexe).

Nous connaissons en effet le pacte léonin en matière de sociétés, les conditions impossibles, illicites ou immorales dans les libéralités qui constituent des exemples qui existent depuis longtemps de même que certaines dispositions parcellaires prévues par la loi qui réputent non-écrites certaines clauses³⁴².

Ce mécanisme de "fiction légale"³⁴³ qui consiste à permettre au juge de nier l'existence d'une disposition du contrat et donc qu'un consentement réel a été émis à son propos, est en revanche significatif dans le droit des clauses abusives. Le champ d'application est en effet propre à une catégorie toute entière d'individus caractérisés par leur seule faiblesse présumée.

A cet égard, il semble que cette catégorie, plus qu'une autre, se voit suspectée de ne pouvoir exprimer une volonté sans faille.

Aussi se voit-elle particulièrement protégée.

2 - La protection exclusivement favorable aux consommateurs ou non-professionnels

Dans le système juridique prévu, "la qualité des parties est essentielle. La notion de professionnel est opposée à celle de non-professionnel ou consommateur, l'emploi de ce dernier terme marquant la volonté d'introduire dans le droit contractuel un concept économique classique, devenu un concept juridique du droit de la consommation"³⁴⁴.

³⁴² Par exemple :

- Loi du 10 juillet 1965 sur le statut de la copropriété des immeubles bâtis.
- Loi du 10 juillet 1970 réputant non-écrite toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal familial dans un local d'habitation.

³⁴³ Voir : Jérôme Kullmann - Remarques sur les clauses réputées non-écrites - D. 1983, chron. p. 59.

³⁴⁴ Denise Nguyen Thanh - Bourgeois - Réflexions sur deux innovations de la loi n° 78 - 23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services - D. 1979 - chron. p. 15 n°16.

C'est donc l'éternel problème du déséquilibre entre les parties qui demeure posé. L'abus du professionnel résulte de la faiblesse du consommateur et cette dernière est étroitement liée à la position économiquement dominante du vendeur ou prestataire de services.

Il y a là une sorte d'injustice que le législateur veut corriger. Tel est le point de départ de la protection de notre droit comme il l'est dans la plupart des pays européens qui luttent contre les clauses abusives.

Pour remédier à la toute puissance du professionnel, la réglementation favorable au consommateur relève le plus souvent du privilège. En Angleterre, par exemple, le "Unfair Contract Terms Act" de 1977 prévoit une liste noire assez réduite de clauses nécessairement abusives et une liste grise laissant au juge le soin d'apprécier si la clause est "raisonnable" ou non³⁴⁵.

L'avantage conféré au consommateur résulte dans ce système de l'inversion de la charge de la preuve à son profit puisque le caractère "raisonnable" de la clause se doit d'être prouvé par celui qui l'invoque, c'est-à-dire le plus souvent par le professionnel.

Le Luxembourg, lui aussi, fait du consommateur un sujet de droit privilégié puisqu'est mise au point une procédure simplifiée³⁴⁶ similaire au référé français, tandis que la Suède et la Norvège confient le sort du règlement des clauses abusives à des organismes administratifs dès lors que les litiges sont de faible importance.

Seule l'Allemagne semble faire du consommateur un sujet de droit à part entière en refusant de lui accorder une protection propre³⁴⁷.

³⁴⁵ Voir : J.A. Jolowicz - Droit anglais, 1986 n° 225.

³⁴⁶ Article 5 de la loi du 25 août 1983.

³⁴⁷ Voir :

- C. Witz, Précité n° 452

- A. Rieg - La lutte contre les clauses abusives des contrats, esquisse comparative des solutions allemande et française. Mélanges Rodière 1982 p. 221 et s.

Le contrôle des clauses abusives est en effet assuré par la vérification des conditions générales des contrats.

La clause incriminée se trouve frappée de nullité si elle est contraire à la probité et à la bonne foi suivant une procédure de droit commun³⁴⁸. Cette notion de bonne foi se retrouve également dans la directive européenne du 5 avril 1993³⁴⁹ mais ne s'est pas trouvée consacrée par notre législateur.

Nous mesurons donc combien le système français est, quant à lui, bien particulier.

Il s'adresse exclusivement et spécifiquement aux consommateurs ou non-professionnels, renforçant ainsi leur incapacité présumée. La qualité de consommateur apparaît alors comme une sorte de condition de recevabilité de la protection.

Mais plus intéressant, il nous faut constater que la législation relative aux clauses abusives tend à réduire ou minimiser considérablement l'importance de la volonté du consommateur.

Nous pouvons même nous demander si, dès lors qu'une clause abusive est constatée, il y a eu bel et bien l'expression d'un consentement libre et sain.

En effet, si comme la loi le dispose, le juge constate un "déséquilibre significatif" entre les obligations des parties, la question se pose de savoir si celui-ci a été voulu. Le bon sens commande une réponse négative et dans ce cas, n'y a-t-il pas un consentement vicié susceptible d'annuler le contrat ? Tout porte à le croire car nous ne voyons pas pourquoi le consommateur aurait accepté de contracter en sa défaveur.

³⁴⁸ Loi du 9 décembre 1967.

³⁴⁹ Directive n° 93 - 13 - C.E.E. du Conseil du 5 avril 1993 - J.O.C.E. L 95, 21 avril 1993 p. 29 ; D et ALD 1993 - 360.

En ce sens, l'ancienne exigence d'"abus de la puissance économique" remplacée aujourd'hui par la notion anglo-saxonne de "déséquilibre significatif" mais dont la signification reste comparable, peut, d'une certaine manière, laisser croire à une forme bien particulière de violence.

Il est donc clair que le souhait de la loi a été de repousser les effets du droit commun alors même que ses conditions d'application étaient susceptibles d'être réunies.

Sauver le contrat de la nullité, rétablir l'exigence de bonne foi, assurer une application équitable des obligations des parties ont été les vœux guidant la protection. Il n'en demeure pas moins que le consommateur se trouve mis à l'écart des autres sujets de droit.

L'embarras du législateur de 1978 en témoigne d'ailleurs lorsque l'on observe la curieuse complexité du mécanisme originellement mis en place.

A cet égard, la loi fut en l'occurrence vivement critiquée pour son inutile originalité qui a consisté à confier au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les clauses abusives.

L'évincement partiel du juge a été souvent incompris, particulièrement en comparaison avec la loi du 9 juillet 1975 qui laisse au magistrat le soin d'apprécier le caractère "manifestement excessif" d'une clause pénale pour pouvoir la réviser.

L'incohérence du législateur s'est révélée pour le moins curieuse et a semblé traduire la difficile acceptation de la possible remise en cause de la volonté des parties contractantes.

C'est donc une double incapacité qui paraît avoir présidé à la réglementation des clauses abusives : d'une part celle du consommateur ou non-professionnel ne pouvant lutter lui-même efficacement et dans son intérêt contre les clauses qui lui sont défavorables, et d'autre part celle du législateur qui, embarrassé, a prévu au départ un système lourd et compliqué.

Ce n'est que plus tard, par l'action de la jurisprudence, que le droit positif est venu renouer de manière plus simple et plus explicite avec l'esprit protecteur des règles propres au consommateur.

La crainte initiale du législateur de confier trop de pouvoirs au juge³⁵⁰ semble avoir été totalement battue en brèche, particulièrement depuis la modification de l'article L. 132 - 1 Code cons. en 1995.

Le rôle du magistrat s'avère en réalité de tout premier ordre et ce, particulièrement quant à la détermination du champ d'application de la protection.

3 - La protection offerte aux profanes ignorants

Nous savons que la volonté de la loi est de protéger les faibles, mais qui sont précisément les contractants visés ? Dans le domaine des clauses abusives, le droit n'a guère évolué depuis 1978 et continue de faire référence à la notion de non-professionnel ou consommateur mais, en l'absence de précision particulière, il apparaît légitime de se demander s'il s'agit là de deux termes qui sont ou non synonymes.

Nous l'avons déjà vu, la controverse existe dans la doctrine. Nous savons en effet que pour certains³⁵¹, le non-professionnel serait celui qui, tout en agissant dans le cadre de sa profession, conclut un contrat en dehors de sa spécialité.

Pour d'autres en revanche³⁵², l'expression "non-professionnel" serait une autre façon de désigner le consommateur et constituerait une répétition de la même idée.

³⁵⁰ Voir la déclaration de Jean Foyer - J.O.A.N. 9 décembre 1977 p. 8466 - 8467.

³⁵¹ G. Berlioz - Droit de la consommation et droit des contrats - J.C.P. 1979 - 1 - 2954 ;
J.P. Pizzio - L'introduction de la notion de consommateur en droit français - D. 1982 chron. - 91.

³⁵² J. Calais - Auloy - Droit de la consommation - 3ème édition 1992 n° 1 et 145 ;
Ph. Malinvaud - La protection des consommateurs - D. 1981. chron. - 49.

Si nous reposons maintenant la problématique relative à la définition des personnes protégées, c'est que, en matière de clauses abusives, la réponse à cette interrogation apparaît capitale. L'importance des moyens mis en œuvre dans un souci de protection est en effet telle que le champ d'application de la loi se doit d'être déterminé strictement.

C'est également dans le domaine des clauses abusives que la jurisprudence a essayé, de la manière la plus significative, de pallier l'absence de définition légale et cohérente des sujets de droit visés par les textes.

D'une façon relativement certaine, la Cour de cassation semble avoir tranché le problème en retenant une interprétation extensive des termes employés après une hésitation et même un refus³⁵³.

Dans un arrêt remarqué du 28 avril 1987³⁵⁴, la Cour suprême a défini le non-professionnel comme étant toute personne n'ayant pas les compétences techniques suffisantes pour apprécier les stipulations émanant de l'autre partie, en l'occurrence, en l'espèce, une personne morale.

En revanche, la 1^{ère} chambre civile affirme deux mois plus tard³⁵⁵ qu'"un commerçant qui cherche à compléter son activité doit savoir ce qui est nécessaire aux besoins de son commerce".

Dès lors, la solution semble apparaître clairement de la synthèse de ces deux décisions : en matière de clauses abusives, le professionnel peut être assimilé à un consommateur protégé par la réglementation lorsqu'il contacte pour les besoins de son activité, mais en dehors de sa propre spécialité.

Il est, dans ce cas, ce que la loi appelle un non-professionnel, sous-entendu de même technicité que l'autre contractant.

³⁵³ Civ. 1^{ère} 15 avril 1986 - Bull. civ. I p. 118 ; J.C.P. 1986 - IV - 174 ; D. 1986 IR 392 obs. J.L. Aubert.

³⁵⁴ Civ. 1^{ère} 28 avril 1987 - D. 1987 - 1 note P. Delebecque ; R.T.D. Civ. 1987 - 537 obs. Mestre ; J.C.P. 1987 - II - 20893 obs. Paisant.

³⁵⁵ Civ. 1^{ère} 23 juin 1987 - Bull. civ. I p. 154.

La terminologie employée semble donc impropre et incohérente puisque, selon le droit positif, non-professionnel veut dire de profession différente. Il serait donc plus satisfaisant d'employer le terme de non-professionnel de même spécialité pour caractériser le profane protégé.

Quoiqu'il en soit, la position de la Cour de cassation quant à la définition du "non-professionnel" en matière de clauses abusives, rejoint celle qu'elle a donné sur ce même problème posé dans le cadre du démarchage à domicile ou du crédit.

Dans un arrêt du 25 mai 1992³⁵⁶, la 1^{ère} chambre civile admet en effet que les dispositions de la loi du 22 décembre 1972, aujourd'hui codifiées dans les articles L. 121- 21 et s. Code cons., peuvent s'appliquer à un commerçant en retenant que "le contrat principal litigieux concernait l'installation d'un système d'alarme échappant à la compétence professionnelle de l'intéressé qui se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur".

Il est donc clair que c'est l'absence de compétence technique ou professionnelle relative à l'acte conclu qui détermine la qualité de consommateur - au sens large - et permet donc l'application de la loi.

Pourtant, cette position a semblé être quelque peu remise en cause par une récente jurisprudence de la Cour de cassation qui, le 24 janvier 1995³⁵⁷, a décidé que les dispositions de l'article L. 132 - 1 Code cons. "ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant".

Le critère de compétence professionnelle se voit ainsi abandonné au profit de la notion extrêmement imprécise de "rapport direct" avec l'autorité exercée.

³⁵⁶ Civ. 1^{ère} 25 mai 1992 - J.C.P. 1992 éd. G. - IV - 2142.

³⁵⁷ Civ. 1^{ère} 24 janvier 1995 ; D. 1995 - IR - 47 ; 327 note Paisant.

Un mois plus tard, un arrêt de la 1ère Chambre civile³⁵⁸ parle alors de contrat conclu "pour les besoins de son commerce", ce qui paraît un peu plus précis.

Nous voyons donc que le champ d'application retenu aujourd'hui en matière de clauses abusives reste relativement flou, notamment en ce qui concerne les contrats conclus par certains professionnels.

Il semblerait dorénavant que ces derniers se voient moins facilement protégés que par le passé, encore que l'absence de "rapport direct" ne soit pas nécessairement exclusive d'un état d'ignorance reconnu et ayant entraîné un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Le moins que l'on puisse dire est que le champ d'application de la réglementation propre aux clauses abusives manque de clarté et sans doute peut-on déplorer que n'ait pas été prise en compte la position de la Commission. Dans un avis du 14 septembre 1993³⁵⁹, elle proposait en effet, de manière simple, d'exclure de la protection ceux qui contractent "en vue de répondre à des besoins professionnels". Une telle solution dont la mise en œuvre paraît aisée n'a malheureusement pas été retenue à ce jour.

Les personnes protégées sont donc nombreuses. Le législateur de 1995 a d'ailleurs clairement montré qu'il continuait d'y inclure les personnes morales en parlant dans le nouvel article L. 132 - 1 Code cons. du non-professionnel ou du consommateur, contrairement à ce que dispose le droit européen.

Est-ce cependant souhaitable ? N'y a-t-il pas de risques d'abus ?

"Tant que l'on protège des personnes à revenus modestes et à connaissances juridiques infimes, il n'y a rien à dire. Mais est-il juste, est-il sain, que des professionnels redeviennent des consommateurs dès lors qu'ils contractent en dehors de leur sphère habituelle d'activité" ³⁶⁰?

³⁵⁸ Civ. 1ère 21 février 1995 ; C.C.C. mai 1995 Contrats n° 84.

³⁵⁹ Avis du 14 septembre 1993. C.C.C. 1994, comm. 92, note L. Leveneur ; Rép. Defrénois 1994, art. 35891 n° 122 obs. D. Mazeaud.

³⁶⁰ A. Sinay - Citermann - Protection ou surprotection du consommateur ; J.C.P. 1994 - I - 3804 n° 3.

Toujours est-il qu'en conséquence, la protection semble restée basée sur l'incapacité de l'individu mais alors que l'incapacité du consommateur *stricto sensu* serait une incapacité généralisée, celle du non-professionnel serait une incapacité de circonstance qui lui permettrait de bénéficier de la protection réservée aux plus faibles.

Il y aurait donc une catégorie subsidiaire de consommateurs, les non-professionnels de même spécialité qui peuvent être, dans certains cas, assimilés aux consommateurs présumés inexpérimentés.

Cette conception n'apparaît aucunement contradictoire avec l'esprit des textes. Dans son rapport pour 1987, la Commission des clauses abusives³⁶¹ déclare que "la loi Scrivener n'a pas voulu, a priori, exclure de sa protection le petit commerçant ou le petit artisan qui contracte dans un domaine qui lui est parfaitement étranger".

Cette affirmation dans laquelle l'adjectif "petit" est ici caractéristiquement employé dans une acception que certains jugeront touchante et d'autres trop péjorative, révèle l'état d'esprit de notre droit positif.

Une consécration légale de cette conception large de la protection est d'ailleurs intervenue avec la loi n° 89 - 1008 du 31 décembre 1989 qui vient modifier l'article 8 de la loi du 22 décembre 1972, aujourd'hui article L. 121 - 22 Code cons.

Cette loi exclut en effet la protection aux "ventes, locations ou locations-ventes de biens ou prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession".

Dès lors, dans la protection contre les clauses abusives, le consommateur ou non-professionnel de même spécialité semble bien un sujet de droit particulier.

³⁶¹ La documentation française p. 208 et 209.

Mais corrélativement, s'en trouve-t-il dévalorisé.

4 - Le consommateur, sujet de droit dévalorisé

En dehors de la qualité même de l'individu, professionnel ou non-professionnel, seule sa faiblesse technique, économique ou juridique semble jouer et déclencher la protection.

Lorsque l'infériorité du consommateur est constatée *in abstracto*, la réglementation peut alors s'appliquer. En ce sens va la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui laisse aux juges le soin de déterminer "au vu des éléments de l'espèce" s'ils sont en présence d'un consommateur protégé par la loi³⁶².

Pourtant, cette solution ne paraît pas entièrement satisfaisante. Déterminer le caractère abusif d'une clause en fonction de la situation économique des contractants est laisser une large place à l'arbitraire.

L'égalité de tous devant la loi semble rompue au profit de l'existence de réglementations distinctes selon les individus.

La démarche utilisée dans le processus de lutte contre les clauses abusives est sensiblement la même qu'en matière d'abus de faiblesse. Elle consiste à isoler les personnes les plus vulnérables parmi les autres.

"Le consommateur est un faible par les puissants, une sorte de majeur qui a besoin de protection, comme d'autres au déclin de leur âge"³⁶³. Il est devenu un individu économique-juridique protégé selon les circonstances en présence.

³⁶² Cass. crim. - 27 juin 1989 - G.P. 1990 - 1 - 44 ;

Bull. crim. n° 276 ; D. 1990 - S - 360 obs. Roujou de Boubée.

³⁶³ Raymond Martin - Le consommateur abusif - D. 1987 chron. p. 150 n° 2.

La clause abusive n'est ainsi pas déterminée en elle-même mais en fonction de déséquilibre constaté entre les parties. Il semble même que, dans cet esprit, le consommateur n'existe qu'en considération de son cocontractant et de la puissance économique et technique de ce dernier.

Ainsi en est-il dans une célèbre décision de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation qui, le 6 janvier 1994³⁶⁴, a condamné une grande société de crédit, la DIAC, en ordonnant la suppression de certaines clauses du contrat au motif qu'"elles étaient insérées dans des contrats types habituellement proposés par la DIAC aux consommateurs (et) que la Cour d'appel, qui a, par là même, considéré que ces contrats étaient des contrats d'adhésion imposés aux consommateurs par un abus de la puissance économique de cette société, a légalement justifié sa décision".

Cet arrêt est extrêmement significatif car il montre à quel point le consommateur se trouve favorisé puisque la seule présence d'une partie économiquement forte suffit à qualifier une clause d'abusives sans même que cette dernière ne confère un "avantage excessif" au professionnel.

Ainsi, "ce n'est donc plus la disproportion des prestations qui caractérise l'excès, c'est l'inégalité des situations"³⁶⁵. Antérieurement et dans le même esprit, la Cour d'Angers avait conféré la qualité de consommateur à des horticulteurs ayant contracté avec EDF³⁶⁶.

A cet égard, la loi de 1995, qui redéfinit la notion de clause abusive en supprimant le critère d'abus de puissance économique pour ne conserver que celui du déséquilibre significatif, remet quelque peu cette jurisprudence en cause mais d'une manière beaucoup plus théorique que pratique.

En effet, malgré une modification rédactionnelle, le champ d'application de la protection ne se trouve pas réduit, la clause pouvant maintenant être abusive quelque soit la puissance économique du professionnel.

³⁶⁴ Civ. 1ère 6 janvier 1994 - Bull. civ. I n° 8 ; D. 1994 - IR - 27 ; J.C.P. 1994 - II - 22237 note Paisant.

³⁶⁵ Eric Agostini - De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice - D. 1994 chron. - 235.

³⁶⁶ Il s'agit d'une décision du 16 décembre 1987. Voir à son sujet : G. Paisant - Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives - D. 1988 - chron. - 253.

De même, il est permis de penser que le déséquilibre traduit l'abus dont a été victime le consommateur et qui reste donc implicitement présent.

Il s'agit ainsi une nouvelle fois de remédier à un consentement vicié en réintroduisant, sans le dire nettement, un peu de bonne foi dans l'exécution de la convention.

Comme le remarque M. Paisant³⁶⁷, "la démarche est habile mais n'emporte pas vraiment la conviction". Une telle protection déroge en effet largement au droit commun. La loi normalement générale et impersonnelle semble alors ici appliquée par la jurisprudence d'une manière quelque peu sélective dans le but de favoriser certains sujets de droit.

Mais, en poussant plus loin la logique de la Cour de cassation, il nous faut être plus critique car s'il est admis qu'un consommateur est protégé comme tel lorsqu'il se trouve dans l'incapacité propre à un profane, nous pourrions penser, *a contrario*, que dans le cas où sa capacité serait établie, éventuellement par le professionnel, le bénéfice de la loi disparaîtrait à son égard.

Ainsi, par exemple, de même que le professionnel qui agit hors de sa spécialité est protégé, le consommateur dont les compétences sont reconnues ne devrait pas bénéficier des faveurs de la loi.

Or, il n'en est rien et, au contraire, la Cour de cassation refuse que puisse être recherchée une éventuelle compétence du consommateur, cette condition ne figurant pas dans la loi.

Dans l'arrêt de l'abbé Pétillon du 3 mai 1988³⁶⁸, la Cour suprême rejette toute analyse *in concreto* qui consisterait à déclarer une clause abusive uniquement dans le cas d'un consommateur averti, individu aux compétences plus élevées que la moyenne.

³⁶⁷ G. Paisant - Précité n° 9.

³⁶⁸ Civ. 1ère 3 mai 1988 - R.T.D. Civ. 1988 - 63 note Mestre ; Bull. civ. I n° 125 ; D. 1990 - 61 - note Karila de Van.

En l'espèce, l'ecclésiastique réalisait pour la deuxième fois, et dans un court laps de temps, l'achat d'un photocopieur pour les besoins de sa paroisse et , étant habitué, contractait en toute connaissance de cause.

Il s'agissait là pourtant d'une opportunité intéressante donnant au juge un véritable pouvoir d'appréciation. La Cour de cassation a cependant refusé d'envisager la possibilité d'un consommateur responsable et compétent, doté d'une certaine forme de capacité.

Il s'agit là, à notre avis, d'une solution décevante. Certes, elle s'inscrit très nettement dans l'esprit de la loi qui, à tout prix, se veut favorable au consommateur, mais en assurant une protection systématique sans rechercher si la clause litigieuse n'a pas été remarquée par l'adhérent qui l'aurait finalement acceptée consciemment, les tribunaux donnent du consommateur une image plus que dégradante, leur faiblesse étant irréfragablement présumée alors qu'il peut en être différemment.

Rien n'exclut en effet que le consommateur, tout en désapprouvant la clause, n'ait pas cherché à renégocier le contrat par négligence, laisser-aller ou légèreté ou même parce que nul n'étant censé ignorer la loi, il connaît la possibilité que lui offrent les textes et la jurisprudence de la faire réputer non-écrite.

Il est dommage qu'un tel cas de figure, tout comme celui d'un consommateur expérimenté, ne soit pas, aux yeux de la Cour de cassation, envisageable. L'exégèse des textes le permet pourtant.

Le postulat de départ de la protection reste donc la faiblesse du consommateur.

Loin de le modifier, la jurisprudence et la loi tendent au contraire à le renforcer puisqu'après avoir étendu le nombre de bénéficiaires de la protection, il est permis au juge de disposer d'un large pouvoir correctif sur une convention manifestement déséquilibrée.

La recherche de la production des effets les plus favorables au consommateur est alors évidente.

B - Le caractère abusif déterminé par la production d'effets défavorables au consommateur

1 - La consécration des pouvoirs de révision du juge

Chacun connaît bien maintenant le système mis en place par le législateur de 1978 qui consiste à réputer non-écrites certaines clauses qualifiées d'abusives.

Selon une curieuse technique propre à la France, il a été souhaité, *a priori*, que le juge ne participe pas directement à la définition des clauses abusives. Il fallait pour cela un décret et nous savons qu'à ce jour, un seul texte réglementaire, de surcroît restrictif, a été pris, ce qui, nous l'avons constaté, contraste avec la volonté d'une large protection.

De ce fait, comme l'a remarquablement constaté M. Paisant, "la technique juridique mise en œuvre par le Parlement, de par les restrictions qu'elle connaît, n'est guère apparue à la mesure des ambitions manifestées"³⁶⁹. Il apparaît en effet paradoxal qu'une clause puisse être visée par la définition générale de la loi sans être interdite par un décret auquel cas elle restera licite bien qu'abusive³⁷⁰.

Cette étrange contradiction rend le système de protection quelque peu incohérent puisque le législateur déclare vouloir protéger le consommateur mais en même temps ne le permet pas.

Aussi, pour remédier à cette protection originellement limitée et avec le souci de ne pas entraver le mouvement d'assistance du consommateur, la jurisprudence est intervenue pour pallier cette "défaillance de la réglementation des clauses abusives"³⁷¹.

³⁶⁹ G. Paisant- De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la cour de Paris du 22 mai 1986). D. 1986 chron. - 299 n° 4.

³⁷⁰ Sur le paradoxe du système, voir :

- Michel Trochu - Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93 - 13 - CEE du Conseil du 5 avril 1993) - D. 1993 chron. - 315.

- Mario Tenreiro - Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93 - 13 - CEE du Conseil du 5 avril 1993) - C.C.C. juillet 1993 n° 7.

³⁷¹ P. Delebecque - Note sous C. d'appel de Paris - 22 mai 1986 - D. 1986 - 563 n° 1.

La question qui s'est en effet posée est celle de savoir si le juge pouvait, en l'absence de tout décret spécifique, déclarer une clause comme étant abusive sur le seul fondement de la définition générale de l'article L. 132 - 1 Code cons. Autrement dit, il s'est posé là le problème de l'étendue de la protection à apporter aux parties faibles.

Sur ce point, le débat fit l'objet d'une large controverse, certains auteurs refusant la conception extensive de l'assistance³⁷², d'autres au contraire se montrant partisans d'une réponse positive plus favorable au consommateur³⁷³.

En réalité, la solution du refus consistant à exiger l'existence d'un décret pour interdire une clause paraît être de loin la plus conforme à la lettre et à l'esprit du texte³⁷⁴, même si, nous devons le reconnaître, elle est loin d'être satisfaisante par rapport aux objectifs annoncés.

La loi de 1978 est avant tout un régime dérogatoire au droit commun, elle doit donc trouver à s'appliquer de manière subsidiaire et être une exception de droit strict. En revanche, adopter une position inverse serait explicable par la défaillance constatée du pouvoir réglementaire et montrerait un attachement particulier à la condition du consommateur.

Le juge s'érigerait alors en protecteur privilégié de la partie faible en s'arrogeant un pouvoir d'appréciation et de sanction que le législateur semble avoir voulu éviter.

C'est pourtant vers cette voie que s'est engagée la jurisprudence après quelques oppositions³⁷⁵.

³⁷² J. Calais - Auloy, Ph. Malinvaud, A. Rieg, A. Sinay - Citermann, J.L. Aubert, J. Mestre, R. Houin.

³⁷³ Ph. Malaurie et L. Aynès, G. Berlioz, L. Bihl.

³⁷⁴ Voir la déclaration de Jean Foyer à l'Assemblée nationale - J.O.A.N. 9 décembre 1977 p. 8466 - 8467 et J.O.A.N. Débats 12 décembre 1977 p. 8589 et s.

³⁷⁵ Voir entre-autres : C. de Paris - 22 mai 1986 - D. 1986 - 563 note P. Delebecque ; D. 1986 chron. - 299 - G. Paisant - Précité.

R.T.D. Civ. 1986 - 745 obs. Mestre ; Defrénois 1986 p. 1495 art. 33825 obs. Aubert.

Progressivement, et en partant de l'idée suivant laquelle le consommateur a droit à une assistance renforcée, s'est développé un véritable ordre public de protection dans le domaine des clauses abusives.

Dans un premier temps, c'est par un arrêt du 16 juillet 1987³⁷⁶ qu'ont été ressentis les premiers signes d'une ouverture faisant suite à une jurisprudence peu favorable.

Il est apparu en effet implicitement dans cette décision qu'une clause pouvait être jugée abusive et réputée non-écrite dès lors qu'elle répondait à la définition générale de l'article 35 de la loi de 1978 devenue article L. 132 - 1 Code cons. et ce, sans qu'un décret n'ait été pris.

En réalité, la justification de cet arrêt est quelque peu ambiguë dans la mesure où la Cour de cassation se réfère à la fois à l'article 35 de la loi de 1978 et aux articles 2 et 3 du décret du 24 mars 1978³⁷⁷.

Force est également de constater que le pouvoir d'appréciation que se réserve le juge gêne tout de même la Juridiction suprême qui semble laisser croire que l'annulation des clauses abusives reste subordonnée à l'existence d'un décret.

Il n'en reste pas moins que, voulant adopter une conception extensive de la protection, elle a procédé à une "qualification tactique de vente" aux fins de permettre l'application de l'article 2 du décret du 24 mars 1978³⁷⁸.

"La Cour de cassation, animée par le souci de donner la plus large portée aux textes de protection des consommateurs s'est évadée des principes classiques de qualification"³⁷⁹.

³⁷⁶ Civ. 1ère - 16 juillet 1987 - Bull. civ. I p. 266 ; D. 1987 IR - 180 ; D. 1988 - 49 note Calais - Auloy ; J.C.P. 1988 - II - 21001 note Paisant ; R.T.D.Civ. 1988 - 114 - 115 obs. Mestre.

³⁷⁷ Voir, au sujet de cette ambiguïté : Anne Sinay - Citermann - Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement - dans : Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe - Actes de la table ronde du 12 décembre 1990 - 1991 - Sous la direction de J. Ghestin p. 191 n° 36 et s.

³⁷⁸ Voir dans cet esprit :

- Civ. 1ère 25 janvier 1989 - Bull. civ. I n° 43.

- D. 1989 som. - 337 obs. J.L. Aubert ; J.C.P. 1989 - II - 21357 note G. Paisant.

³⁷⁹ Anne Sinay Citermann - Précité n° 40.

Cette solution, pourtant hardie, a été cependant rapidement dépassée et la Cour suprême a, dans un arrêt fameux du 14 mai 1991, affirmé de façon spectaculaire sa volonté d'aider le consommateur.

Un pas décisif est alors franchi dans le domaine des pouvoirs du juge sur le contrat.

2 - Le juge chargé de rééquilibrer le contrat

Avec cette décision de la 1^{ère} chambre civile du 14 mai 1991³⁸⁰, "le juge judiciaire s'est investi du pouvoir direct d'anéantir les clauses abusives sur la base de la définition donnée par la loi"³⁸¹.

Désormais, ces dernières peuvent en effet être annulées par le magistrat en l'absence de tout décret d'interdiction puisqu'il s'agissait, en l'espèce, non pas d'un contrat de vente mais d'une prestation de service, convention non prise en compte par le décret de 1978.

Les faits sont simples puisqu'il est question de la perte des diapositives remises à un laboratoire en vue d'un tirage sur papier. La clause exonératoire de responsabilité figurant sur le bon de commande a été déclarée abusive et donc réputée non-écrite.

Ainsi, cette décision qui ne vise aucun texte mais se réfère implicitement à l'article 35 de la loi de 1978, consacre l'existence d'un véritable pouvoir de contrôle du juge sur le contrat, et ce, en faveur du consommateur. Cette avancée jurisprudentielle confirmée par la suite³⁸² constitue sans nul doute une étape décisive dans le mouvement de protection de la partie faible, solution aujourd'hui entérinée par la loi.

380 Civ. 1^{ère} - 14 mai 1991 - D. 1991 - 449 note Ghestin ; J.C.P. 1991 - II - 21763 note Paisant ; R.T.D. Civ. 1991 - 526 note Mestre.

381 F.X. Testu - Le juge et le contrat d'adhésion - J.C.P. 1993 - Doctrine 3673.

382 Civ. 1^{ère} 26 mai 1993 - D. 1993 - 568 note Paisant ; J.C.P. 1993 - IV 1868.
Civ. 1^{ère} 8 janvier 1994 - D. 1994 IR 28.

Nous avons vu que le juge dispose d'un certain pouvoir autonome sur le contrat lorsque celui-ci comporte des clauses ambiguës ou même encore lorsqu'il apparaît nécessaire de compléter la volonté initialement exprimée. C'est dans le même esprit qu'il est alors permis au magistrat de mettre à néant certaines dispositions de la convention lorsque celles-ci sont de nature à déséquilibrer les obligations réciproques des parties.

Une fois encore, ce que le consommateur a accepté par ignorance, incompetence ou inattention au moment de la conclusion de l'acte juridique devrait tenir lieu de loi entre les contractants mais le juge dispose d'un pouvoir correctif permettant de réputer certaines clauses non-écrites.

L'aménagement de la volonté du consommateur passe donc aussi par la possibilité d'"expurger" le contrat et donc de rétablir un certain équilibre des prestations.

Mais ne peut-on pas penser que la présence de clauses abusives relevées par le juge implique qu'il y a eu un abus de la faiblesse du consommateur ? Le juge qui rend sans effet les dispositions manifestement défavorables à l'une des parties ne constate-t-il pas implicitement la faiblesse de cette dernière dont l'autre, en l'occurrence le professionnel, aurait abusé ?

En ce sens, l'indifférence du résultat tend à le faire penser puisque l'article L. 132 - 1 Code cons., modifié en 1995, vise les clauses ayant "pour objet ou pour effet de créer" un déséquilibre au détriment du consommateur.

Il apparaît donc clairement que les tribunaux rétablissent un équilibre *a posteriori* lorsque l'exécution du contrat engendre, ou est susceptible d'engendrer, des conséquences indûment défavorables au consommateur ou lorsque celles-ci sont significativement différentes de celle auxquelles il pouvait légitimement s'attendre. Pourtant, si l'on pousse le raisonnement un peu plus loin, il semble qu'au regard du droit commun, la constatation de clauses abusives pourrait laisser présumer la présence d'un consentement vicié.

Mais, soucieuse de ne pas défavoriser le consommateur par le prononcé de la nullité d'une convention, la loi accorde au juge le pouvoir de sauvegarder le contrat une fois celui-ci rééquilibré.

La position du droit français quant à la lutte contre les clauses abusives est donc très nette. Elle traduit une évidente volonté de protection par la mise en place d'un système délibérément spécifique. Il est d'ailleurs caractéristique de noter que le législateur a choisi de parler de clause non-écrite plutôt que de recourir à la nullité montrant ainsi que la disposition litigieuse est censée n'avoir jamais existé. Par un mécanisme de fiction légale, il est en effet établi qu'il n'y a jamais eu de déclaration de volonté sur celle-ci³⁸³.

Originellement maladroite, la protection s'est, par une redéfinition jurisprudentielle puis par la loi, rapprochée des législations étrangères en permettant au juge de s'immiscer dans le contenu de la convention.

Pourtant, des différences importantes subsistent avec les propositions de la commission de refonte du droit de la consommation³⁸⁴ qui proposait, comme le fait le droit allemand, que soient établies deux listes : une liste noire déclinant les clauses nécessairement abusives et une liste grise de clauses présumées abusives laissées à l'appréciation du juge³⁸⁵.

Certes, le système de l'interdiction par décret subsiste mais la liberté du magistrat de rendre sans effet toute clause qu'il qualifie d'abusives nuit sans aucun doute à la sécurité juridique.

Il semble donc coexister deux types de clauses pouvant être rendues sans effet : d'une part les clauses illicites interdites par le pouvoir réglementaire, et d'autre part les clauses abusives réputées non-écrites par les tribunaux. Il s'agit là d'un véritable régime d'exception prévu en faveur des consommateurs destiné à pallier les imperfections de la volonté qu'ils ont exprimé.

383 Voir : J. Kullmann, Précité.

384 Propositions pour un code de la consommation. La documentation française - 1990 - art. 104 et s.

385 La loi de 1995 propose une liste indicative de clauses pouvant être abusives et dont on ignore précisément les incidences.

Incontestablement, il faut y voir une dévalorisation évidente des capacités présumées de la partie non-professionnelle puisqu'il est permis au juge d'user de pouvoirs exceptionnels.

Certains auteurs s'en sont d'ailleurs émus et ont même osé parler d'un "massacre du droit civil"³⁸⁶.

Nous pouvons en effet penser que la démarche de notre droit est maladroite dans la mesure où le caractère abusif de la clause ne semble pas déterminé véritablement en fonction d'un excès éventuel du professionnel, mais plutôt en fonction des seuls effets que produit celle-ci sur le consommateur.

La nouvelle définition donnée par la loi de 1995 valide cette démarche puisque seul compte désormais le déséquilibre contractuel lorsque celui-ci est significatif. Le contentieux des clauses abusives devient donc un contentieux objectif, l'office du juge étant basé sur la recherche d'une certaine égalité dans l'exécution de la convention.

Dès lors, le processus aboutit inévitablement à une déresponsabilisation de la partie faible qui dispose de privilèges exorbitants du droit commun.

Celle-ci est d'autant plus accentuée par la possibilité offerte à certains groupements d'agir pour le compte des consommateurs.

3 - La prolongation des droits individuels par des droits collectifs

Nous le voyons, tout le principe de lutte contre les clauses abusives repose sur la faiblesse de l'un des contractants. La législation étudiée semble nous montrer sans équivoque que la protection du consommateur se veut très poussée et très favorable à celui-ci.

³⁸⁶ Cette expression est due à Jean Foyer.

Elle apparaît comme une sorte de faveur légale, le législateur et le juge essayant de garantir au consommateur l'exécution favorable d'une convention, indépendamment des volontés exprimées.

C'est dans cet esprit que, progressivement, a été reconnu un certain nombre de prérogatives dévolues aux associations de consommateurs agréées, en leur permettant notamment d'agir en justice pour le compte de leurs adhérents³⁸⁷.

Celles-ci peuvent le faire, soit par voie d'intervention lorsqu'une demande en réparation a été introduite par un consommateur ou bien encore par voie principale pour demander la suppression des clauses abusives.

Dans ce dernier cas, l'action tend alors à faire annuler les clauses abusives insérées dans des contrats déjà conclus ou bien à supprimer matériellement certaines dispositions contenues dans des modèles de convention ou dans celles destinées aux consommateurs et proposées par les organisations professionnelles à leurs membres³⁸⁸.

Le problème de cette action a été de savoir si, en l'absence de précision particulière, les clauses visées devaient nécessairement être interdites par décret³⁸⁹.

C'est une réponse négative qui, semble-t-il, a prévalu³⁹⁰ et ce pour deux raisons : la première est que l'on n'aurait pas vu l'intérêt d'une telle réforme du droit d'action des associations de consommateurs si son champ d'application s'était trouvé réduit aux seules volontés du pouvoir réglementaire. La seconde est que l'article L. 421 - 6 Code cons. emploie le terme de "clauses abusives" et non de "clauses illicites" qui, dans cette dernière acception, aurait subordonné le succès de l'action à l'existence d'une interdiction par décret.

³⁸⁷ Les articles L. 421 - 1 et s. Code cons. ouvrent aux associations agréées quatre actions : l'action civile, l'action en intervention dans les litiges individuels, l'action en représentation conjointe et l'action en suppression des clauses abusives.

³⁸⁸ Art. L. 421 - 6 Code cons.

³⁸⁹ Voir. H. Robert - Les difficultés de mise en œuvre du contrôle des clauses contractuelles : conflit de décisions, autorité relative de la chose jugée - G.P. 1988 - 2 - Doctrine p. 693.

³⁹⁰ En ce sens : J. Calais - Auloy - D. 1988 chron. - 193.

En sens contraire : H. Robert - Précité.

Enfin, conforte aussi cette analyse, le décret du 10 mars 1993³⁹¹ qui, dans son article 4, prévoit que "lorsqu'à l'occasion d'une instance est soulevé le caractère abusif d'une clause contractuelle, le juge peut demander à la Commission des clauses abusives, par une décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause" sans que le juge soit lié.

Cette disposition, qui rappelle la saisine pour avis, confirme à nos yeux l'important pouvoir des juges du fond sur la détermination des clauses abusives.

Mais ce qui est plus intéressant avec ce mécanisme, c'est que d'une manière remarquable, il est permis à des groupements, certes représentatifs, d'agir pour le compte des consommateurs ou de leur intérêt collectif.

La volonté d'assistance qui apparaît clairement repose vraisemblablement sur l'idée qu'il est souvent difficile d'agir en justice.

L'"appareil judiciaire" a toujours été quelque peu déroutant pour l'individu moyen. Pourtant, l'intérêt recherché est sans doute différent puisque, pour que l'association puisse agir, il faut qu'une instance soit en cours. Dans ce cas, on ne voit pas pourquoi le consommateur, qui est partie du litige, n'en profiterait pas pour demander lui-même la suppression des clauses litigieuses qui lui posent problème.

Faut-il déceler ici une sorte de remède à une incapacité d'exercice dont serait frappé le consommateur ?

S'agit-il de pallier une nouvelle fois à la caractéristique faiblesse présumée d'un sujet de droit trop souvent à la merci de professionnels peu scrupuleux ?

³⁹¹ Décret n° 93 - 314 du 10 mars 1993. JO du 12 mars 1993 p. 3847.

Certes, il paraît légitime de s'interroger tout en constatant qu'inévitablement, la loi montre qu'elle n'a pas une confiance absolue dans la faculté du consommateur d'assurer la propre défense de ses droits ou de ses intérêts. Il n'en a d'ailleurs parfois pas les moyens. Mais cependant, nous pensons que l'intérêt de cette possible intervention des associations réside avant tout dans la nécessaire recherche d'une efficacité maximale.

Sans doute le législateur a-t-il pensé que les contrats-types ayant un aspect collectif, il était intéressant de créer un contentieux objectif de légalité dans lequel les associations de consommateurs pourraient agir. Il est clair en effet que l'objectif visé par de telles dispositions est d'obtenir le prononcé d'une décision dont les conséquences sont bien différentes de celles résultant d'une action ordinaire.

Alors que le jugement rendu ne devrait produire effet qu'à l'égard des parties, la juridiction saisie par une association va rendre une décision qui prononcera non seulement la nullité de la clause abusive insérée dans la convention, mais aussi celle des autres de même type qui se trouvent dans les autres contrats proposés aux professionnels.

Autrement dit, si l'action aboutit, la suppression des clauses litigieuses concernera l'ensemble des contrats du professionnel partie à l'instance ou du modèle proposé par une organisation de professionnels.

C'est donc ici une mesure de protection qui remet en cause le principe d'autorité relative de la chose jugée posée par l'article 1351 C. civ. mais aussi celui de l'article 5 C. civ. qui interdit au juge de rendre des arrêts de règlement.

Cette interdiction de certaines clauses contractuelles pour l'avenir répond sans aucun doute à une volonté évidente de "purification" du contenu contractuel puisque "le principe de la relativité de la chose jugée est une raison supplémentaire de la présence systématique dans de nombreux contrats, de clauses abusives dont la nullité a été maintes fois reconnue"³⁹².

³⁹² H. Bricks - Les clauses abusives - L.G.D.J. 1982 n° 198.

Il n'en demeure pas moins que se trouve ainsi consacré une sorte de pouvoir réglementaire confié au juge dès lors qu'il a été saisi par une association de consommateurs, car il ne saurait être nié que la décision rendue a une portée générale puisque la solution est étendue aux autres contrats, au-delà des parties en présence³⁹³.

Encore peut-on dire toutefois, à la décharge du juge, que l'arrêt de règlement ne résulte pas de son propre fait mais est permis par la loi elle-même comme ceci l'est également dans le domaine de la propriété industrielle³⁹⁴ ou dans celui des brevets d'invention³⁹⁵.

Mais, n'y a-t-il pas là un risque d'excès quant à la méthode employée ?

La question mérite sans aucun doute d'être posée car l'intervention, même indirecte, d'un tiers relativement au contenu du contrat est une action importante. Permettre à une association d'agir au nom des consommateurs semble montrer que ceux-ci en sont incapables.

Certes, il ne s'agirait pas d'une incapacité de jouissance mais plutôt d'une incapacité d'exercice tenant aux difficultés ou même parfois aux craintes de saisir la justice.

Ainsi, comme dans la phase pré-contractuelle, la protection du consommateur est fondée sur la réduction de son initiative afin de laisser place à une réglementation minutieuse et calculée.

Mais, visiblement, nous avons affaire à un sujet de droit victime d'un contentieux qui, souvent, peut le dépasser. C'est pourquoi les associations disposent d'un droit d'action qui va bien au-delà de la simple représentation des intérêts d'un seul individu mais, au contraire, tend à effectuer la correction d'un ensemble d'actes juridiques types.

³⁹³ Voir H. Robert - Précité.

³⁹⁴ Article 7 de la loi du 6 mai 1919 modifiée.

³⁹⁵ Article L. 613 - 26 du Code de la propriété intellectuelle.

Nous sommes alors à un stade qui dépasse la simple assistance individuelle. Le consommateur qui voit une association agir en son nom doit donc être moins considéré comme étant incapable que comme un "moyen" de rétablir une certaine bonne foi dans le domaine contractuel.

C'est alors d'une manière collective et globale qu'est envisagée la difficulté de déjouer le piège des clauses abusives et donc de l'expression d'une volonté claire et précise.

Le souci d'efficacité prime, laissant ainsi apparaître le consommateur comme étant un sujet de droit quelque peu tenu à l'écart du droit commun parce que déresponsabilisé.

4 - Un sujet de droit déresponsabilisé

Sans ambiguïté, il est fait le choix de privilégier nettement l'une des parties au contrat sans véritablement tenir compte des capacités de celle-ci à se défendre par elle-même.

Mais dès lors, une telle conception de la protection n'est-elle pas maladroite ?

Se sentant étroitement "encadré" par la loi, le consommateur ne risque-t-il pas de s'en remettre entièrement à elle, ne se trouvant aucunement motivé à assurer par lui-même la protection de ses intérêts ?

Comme le remarque Monsieur Calais - Auloy³⁹⁶, "il est dangereux de donner aux consommateurs l'impression que la loi les protège en toutes circonstances et de créer ainsi chez eux une mentalité d'assistés, voire d'incapables". Il semble pourtant que cet état d'esprit existe de telle sorte que le consommateur apparaît vraiment comme étant un sujet de droit dévalorisé parce que déresponsabilisé.

³⁹⁶ J. Calais - Auloy - Droit de la consommation - 3ème édition 1992 - Précis Dalloz n° 20 p. 17.

La directive européenne du 5 avril 1993³⁹⁷ a paru cependant apporter un semblant de responsabilisation en refusant de prendre en compte, dans le régime de protection, les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, contrairement à ce qu'avait proposé la Commission³⁹⁸ mais en réalité il n'en n'est rien.

En effet, la même directive adopte parallèlement une conception large de la notion de clause non-négociée et établit une présomption irréfutable du caractère "non-négocié" à l'égard des clauses rédigées préalablement de telle sorte que la portée pratique de la restriction est extrêmement réduite.

Qui plus est, c'est au professionnel qu'il incombe d'apporter la preuve que la clause a fait l'objet d'une négociation individuelle.

L'esprit de la protection reste donc relativement large. La possibilité d'une intervention des tribunaux *a posteriori* traduit l'absence d'emprise du consommateur sur la convention et il faut bien reconnaître que l'ensemble des mesures prévues pour lutter contre les clauses abusives n'encourage pas à la responsabilisation des individus.

Ainsi, dans la plupart des cas, le consommateur se contente d'apposer sa signature sur le document que lui propose l'autre partie sans même le lire, sachant qu'en cas d'incident survenant en cours d'exécution du contrat, le juge est susceptible de venir à son secours.

Dès lors, nous ne pouvons que déplorer que la protection mise en œuvre agisse essentiellement comme une action corrective et non curative.

La faiblesse du non-professionnel demeure une fois la convention rééquilibrée par le juge.

³⁹⁷ Directive n° 93 - 13 - CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs - J.O.C.E. L 95 21 avril 1993 p. 29 ; D. et A.L.D. 1993 - 360.

³⁹⁸ Voir : Mario Tenreiro - Précité n° 7.

"Le législateur pourra multiplier les textes protecteurs du consommateur, rien ne pourra protéger celui-ci contre son ignorance ou son insouciance au moment de la conclusion du contrat de consommation"³⁹⁹.

Sans doute faudra-t-il un jour instaurer un véritable programme d'éducation et d'information du consommateur basé sur l'instruction civique, dès l'enseignement primaire et secondaire qui, seul, permettrait un retour à l'application des règles classiques du droit commun, le déséquilibre entre contractants se trouvant atténué, tout au moins sur le plan juridique. La notion de clause abusive pourrait devenir alors superflue. Une telle solution serait incontestablement préférable au dispositif d'assistance actuel, largement dérogoratoire au droit commun des contrats dont le consommateur semble décidément exclu.

La loi semble partir du principe selon lequel il vaut mieux se substituer à la partie faible pour mieux la protéger.

Alors que cette dernière est le personnage central du processus contractuel, le rôle de sa volonté apparaît secondaire. C'est au juge qu'il appartient d'expurger le contrat de ses "vices" défavorables au consommateur et caractéristiques d'un abus plus ou moins implicite de la part du professionnel.

De ce fait, le droit commun est ouvertement laissé en retrait au profit d'un interventionnisme judiciaire qui met considérablement à mal le principe de sécurité et de stabilité des conventions.

Le consommateur semble, à première vue, être assimilé au majeur protégé par une mesure de sauvegarde de justice. Il conserve l'exercice de ses droits mais toutefois, les engagements qu'il a contractés peuvent être réduits en cas d'excès⁴⁰⁰. En l'occurrence, les clauses qui lui sont défavorables peuvent être rendues sans effet.

³⁹⁹ G. Raymond - Note sous Civ. 1ère - 3 décembre 1991 - C.C.C. mars 1992 n° 57.

⁴⁰⁰ Article 491 - 2 C. civ.

Le consommateur est donc un sujet de droit protégé par un régime d'exception qui lui confère des droits d'une importance déterminante. Il devient, dans le cadre des clauses abusives, un sujet de droit *sui generis*.

Il est désormais clair que, tout comme au stade de la formation du contrat, l'exécution de la convention n'est plus basée sur un ensemble de règles objectives mais, au contraire, est guidée par un certain nombre de considérations subjectives tenant à la qualité des contractants.

La présence du consommateur au contrat contribue à la fragilisation des actes juridiques par une intervention sans cesse croissante du juge.

Les contrats de consommation vivent sous la menace d'une révision judiciaire dont le professionnel sera la "victime". Mais le consommateur lui-même n'est-il pas une victime ? Ne subit-il pas les agressions nombreuses de la société consumériste ?

Une réponse positive justifierait alors la mise à l'écart de l'interdiction classique de modifier l'économie du contrat.

Mais, dans ce que nous venons d'étudier, il ne s'agissait que d'aménager ou de réaménager la volonté du consommateur.

Dans les situations les plus graves telles que le surendettement, il est permis beaucoup plus, puisque c'est l'ensemble de la volonté qui peut être remis en cause.

Section 2 :
UN SUJET DE DROIT
DONT LA VOLONTÉ PEUT ÊTRE REMISE EN CAUSE

Dans son large pouvoir d'appréciation, le juge peut modifier certains effets du contrat pour les rendre plus favorables au consommateur mais il le fait toujours sous couvert d'interprétation, c'est-à-dire qu'il est censé exprimer la volonté du consommateur, volonté que ce dernier n'a pas ou a mal exprimé.

Il ne s'agit toutefois que d'aménagements partiels qui ne bouleversent pas l'économie principale de l'accord conclu entre les parties puisque celui-ci continue de s'appliquer. La volonté qui s'est exprimée domine pour l'essentiel.

Il est cependant des situations dans lesquelles l'interprétation, fût-elle entendue dans un sens très large, ne suffit plus à placer le non-professionnel dans une position lui étant favorable.

Tel est essentiellement le cas lorsque le consommateur passe de l'endettement au surendettement.

Dès lors, soucieux de poursuivre son œuvre de protection, la loi a permis la redéfinition des obligations contractuelles en faveur du consommateur (§1) consacrant ainsi la reconnaissance évidente de l'existence d'une volonté irréfléchie (§2).

Paragraphe 1 - La redéfinition des obligations en faveur du consommateur

Il faut déplorer que, de plus en plus souvent, il arrive que le consommateur se trouve dans une situation de surendettement telle qu'il ne peut plus faire face à ses obligations.

Dès lors, il est nécessairement à la merci de ses créanciers qui disposent des procédures de voies d'exécution pour recouvrer leur créance.

Mais, conscient qu'une telle solution n'est peut-être pas la meilleure tant pour les créanciers que pour les débiteurs, le législateur a prévu, depuis 1989, un dispositif d'exception destiné à rechercher une solution au problème du surendettement.

Récemment réformé par une loi du 8 février 1995, le système mis en place permet, dans un premier temps, de rechercher la renégociation amiable du contrat (A). En cas d'échec, il est alors permis au juge de l'exécution de procéder à une redéfinition imposée de la convention (B).

A - La renégociation amiable du contrat

1- Le consommateur dans l'impossibilité de faire face à ses dettes

Les excès de la société de consommation nous sont maintenant bien connus.

La publicité, le développement des nouvelles techniques de vente ou de distribution, l'attrait pour des produits nouveaux,... sont autant d'incitations à la dépense.

Corrélativement, la propagation de l'idée de l'"achat facile" par paiement tempéré a entraîné l'accroissement inévitable des offres de crédit, parfois pour des montants inconsidérés. Les statistiques démontrent qu'entre 1977 et 1989, l'endettement et la charge de l'endettement ont augmenté plus vite que le revenu disponible⁴⁰¹.

Aussi, aboutit-on parfois à l'existence de situations dramatiques pour certains individus : diminution soudaine des ressources, multiplication démesurée des crédits, maladie, perte d'emploi,... les causes du surendettement sont nombreuses.

Dès lors, le consommateur se trouvant dans une telle position devient impuissant. La volonté initiale qu'il a exprimé ne peut plus être suivie d'effet, il lui est impossible de continuer à honorer ses engagements.

Faut-il laisser le consommateur dans cette situation pour le moins inconfortable ? Après tout, chaque contractant se doit, en droit pur, de supporter les risques du contrat. Contracter c'est avant tout prévoir et il appartient donc à chaque partie d'envisager de manière responsable les éventuelles difficultés qui peuvent survenir en cours d'exécution de la convention.

⁴⁰¹ Surendettement des ménages - Rapport de M. Roger Leron - J.O.R.F. 1992 p. 4.

Pourtant, nul ne peut ignorer que ces règles classiques du droit sont aujourd'hui trop strictes parce qu'inadaptées aux standards contractuels modernes.

Abandonner le consommateur au droit commun apparaît donc impensable. Toute la philosophie du droit de la consommation s'y oppose.

Dans cet esprit, c'est avec l'objectif d'essayer d'apporter une solution au surendettement que le législateur a pris un certain nombre de dispositions d'une grande importance et d'une grande nouveauté. Il l'a fait en 1989 et a apporté au système un certain nombre de modifications souhaitables en 1995. L'ensemble de ces dispositions est aujourd'hui regroupé dans les articles L. 331 - 1 et s. C. cons.

Le point de départ de cette législation d'exception repose sur le constat de l'inadaptation et de l'insuffisance du droit commun pour permettre au consommateur de lutter efficacement contre son surendettement.

En effet, seuls existaient, avant la loi de 1989, la faillite civile en Alsace et en Moselle et l'article 1244 C. civ. relatif aux délais de grâce.

Ces délais de grâce réformés par la loi du 9 juillet 1991⁴⁰² sont des dispositions d'ordre public qui ne peuvent être écartées et permettent au juge de "reporter ou échelonner le paiement des sommes dues" dans un délai ne pouvant excéder deux ans.

Ces règles s'appliquent au consommateur. Elles donnent au magistrat un pouvoir important puisqu'il peut prescrire que "les paiements s'imputent d'abord sur le capital" ou que "les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal" sous réserve d'une décision "spéciale et motivée". La faveur permise va même jusqu'à permettre à la décision de suspendre les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier.

⁴⁰² Voir : G. Paisant - La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution- C.C.C. décembre 1991 p. 3.

Il est difficile de nier que le droit commun relatif aux incidents de paiement constitue une avancée importante dans les droits du débiteur puisqu'il prend en compte la possibilité de l'existence de difficultés dans le remboursement d'une dette.

Pourtant, il se révèle néanmoins inadapté et insuffisant au regard des difficultés que peut rencontrer le consommateur moderne.

En effet, l'octroi d'un délai de grâce présente surtout un intérêt pour les débiteurs dont la dette est isolée ou d'une relativement faible importance.

Dans le cadre du Code civil, le pouvoir modérateur du juge agit en quelque sorte comme un moyen de régler en douceur une imprudence de gestion ou une situation financière passagèrement difficile en tenant compte pour cela, non seulement de la "position du débiteur" mais aussi des "besoins du créancier".

Or, il fut constaté avant l'élaboration de la loi de 1989 que ces dispositions se révélaient largement insuffisantes et inefficaces pour régler les problèmes d'endettement exceptionnels que rencontrent certains consommateurs.

Pour ces derniers en effet, ce ne sont plus des indispositions financières légères ou temporaires qui causent problème mais bel et bien une situation désespérée, une accumulation de dettes, ce que la presse a convenu d'appeler une "spirale d'endettement".

C'est face à ce type de circonstances que le consommateur se trouve impuissant et désarmé.

Que ce soit un surendettement actif, c'est-à-dire une augmentation des dettes par rapport aux revenus ou un surendettement passif, c'est-à-dire une diminution inattendue des ressources pour une cause imprévue, leur caractéristique commune est de faire du consommateur surendetté un individu incapable d'honorer ses engagements mais aussi et surtout sans espoir de pouvoir assainir sa position.

Aussi, si l'importance de l'endettement est à tel point considérable pour que le droit commun ne puisse plus agir efficacement, seule une solution curative à la mesure de la situation peut être envisagée, solution spécifiquement adaptée au consommateur et à ses difficultés.

C'est donc un régime d'exception qu'a voulu le législateur de 1989.

Justifié par "l'urgence sociale"⁴⁰³, la loi consacre de manière spectaculaire la faiblesse caractérisée du consommateur dans l'exécution du contrat, suivant en cela la réglementation déjà en vigueur dans certains pays étrangers comme la Grande Bretagne, l'Allemagne ou les Pays-bas⁴⁰⁴.

Le système français est entièrement dérogoire au droit commun des contrats et des voies d'exécution. Ainsi, les Pouvoirs publics offrent véritablement au consommateur une protection particulière permettant une éventuelle remise en cause de la convention et plus précisément de l'obligation du paiement du débiteur⁴⁰⁵.

Sans doute cette législation aura-t-elle puisé quelque inspiration dans l'esprit des textes régissant le sort des personnes morales de droit privé : artisans, commerçants et agriculteurs en état de cessation de paiement.

Les consommateurs n'exerçant pas l'une des professions concernées ne pouvaient donc en aucune manière se prévaloir de ces dispositions. C'est donc vers ces personnes physiques en situation de surendettement que s'adresse la protection spécialement mise en œuvre par la loi.

⁴⁰³ Déclaration Neiertz - J.O.A.N. Débats - 6 décembre 1989 p. 5985.

⁴⁰⁴ Avis Lanier, doc. Sénat n° 43, 1ère sess. ord. 1989 - 1990 p. 13 et s. cité par G. Paisant : La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages - J.C.P. 1990, Doctrine n° 3457.

⁴⁰⁵ Voir le Rapport Simonin - Doc. Sénat n° 40 1ère session ord. 1989 - 1990 p. 46.

2 - La mise en place d'un mécanisme d'exception justifié par l'urgence

Pour tenter de remédier à une situation de surendettement, l'article L. 331 - 1 Code cons. met en place un dispositif original de règlement amiable.

Il appartient en effet à une commission de surendettement des particuliers de favoriser la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers.

Autrement dit, un organe "tiers", médiateur, se trouve chargé d'une mission bons offices pour pallier l'impossibilité du consommateur à respecter ses engagements.

Il faut reconnaître qu'il s'agit là d'un mécanisme intéressant pour les débiteurs insolvables et dépourvus d'autres moyens d'action.

Favoriser la conciliation est une idée forte qui consacre en quelque sorte un droit à l'erreur quant à l'exécution du contrat. La loi du 8 février 1995 réformant la procédure de traitement des situations de surendettement insiste d'ailleurs sur ce point en la rendant désormais obligatoire.

L'article 35 de la loi du 1er mars 1984 modifié par la loi du 10 juin 1994 prévoit également une procédure de règlement amiable ouverte aux entreprises commerciales ou artisanales qui connaissent des difficultés mais qui ne sont pas encore en état de cessation de paiement.

Le consommateur est lui, en revanche, dans une situation plus "avancée". Il ne peut plus faire face à celle-ci.

La loi fut donc initialement pensée pour les "accidentés de la vie"⁴⁰⁶ mais finalement, la procédure amiable spécialement créée pour les consommateurs s'est révélée avoir un champ d'application relativement large.

La volonté de protection du plus grand nombre est évidente.

⁴⁰⁶ J.O. Sénat - Débats 14 novembre 1989 p. 3213.

Sont en effet recevables les personnes physiques de bonne foi qui se trouvent dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de leurs dettes non-professionnelles exigibles et à échoir⁴⁰⁷.

Sont en revanche prévus trois cas de déchéance issus d'un amendement déposé au Sénat⁴⁰⁸.

Les deux premiers concernent les individus qui usent de procédés frauduleux en vue de bénéficier des faveurs de la loi, le troisième vise toute personne qui "sans l'accord de ses créanciers ou du juge" aura souscrit de nouveaux emprunts aggravant son endettement ou qui aura accompli des actes de disposition de son patrimoine.

Lorsque les conditions de recevabilité sont constatées, la commission peut alors remplir sa mission qui doit tendre à l'élaboration d'un "plan conventionnel de redressement"⁴⁰⁹.

Autrement dit, en recherchant un accord entre débiteur et créanciers, c'est vers une véritable renégociation du contrat que s'engage cette procédure.

Il s'agit donc là d'une véritable faveur qui est accordée par la loi au consommateur.

La convention ne peut plus être exécutée. Il est donc permis de procéder à une transaction.

Les textes partent à nouveau du principe selon lequel la partie réputée faible doit faire l'objet d'une assistance continue.

La conclusion d'un accord amiable destiné à "sauver" le consommateur n'est, qui plus est, pas le fruit de son unique action. C'est en effet à une commission administrative qu'est confié le soin de renégocier le contrat.

⁴⁰⁷ Article L. 331 - 2 Code cons.

⁴⁰⁸ J.O. Sénat - Débats - 14 novembre 1989 p. 3213.

⁴⁰⁹ A l'origine, la loi de 1989 parlait de "plan conventionnel de règlement".



Probablement, le législateur mise-t-il sur le fait que la dite commission dispose sans aucun doute d'un pouvoir de conviction beaucoup plus important que celui d'un simple particulier accablé par les dettes.

Il n'en demeure pas moins que le consommateur ainsi traité se voit isolé par rapport aux autres sujets de droit. Le système est en effet en marge du droit commun. Il y déroge d'autant plus que les dispositions de la loi ne semblent pas particulièrement strictes, la jurisprudence ayant une conception large de leur champ d'application.

La définition de la dette donnée par la loi étant extrêmement générale, elle se prête alors à une interprétation extensive.

Elle comprend ainsi les arriérés de loyers⁴¹⁰, les dettes vis-à-vis d'EDF-GDF⁴¹¹, les charges courantes, les prêts P.A.P.⁴¹², les factures impayées, les sommes dues à un huissier...

Seules sont en revanche soustraites par l'article L. 331 - 7 *in fine* Code cons. les dettes d'aliments.

Il est assez clair que l'endettement fait l'objet d'une approche extrêmement globale.

"La notion de dette contenue dans la loi ne correspond donc pas seulement aux dettes bancaires ; par dette il faut entendre tous les engagements souscrits par le débiteur vis-à-vis d'un créancier, qu'il soit ou non un établissement de crédit"⁴¹³.

Toutes les dettes sont prises en compte, contractuelles ou extra-contractuelles comme par exemple les amendes pénales, l'existence de dettes professionnelles ne suffisant pas à écarter le demandeur du bénéfice de la loi⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Paris - 8ème ch. A 13 novembre 1990 - D. 1992 S.C. p. 105.

⁴¹¹ T.I. Le Puy-en-Velay 20 juin 1990 - D. 1991 S.C. 51.

⁴¹² Avis C. cass. 19 mars 1993 - C.C.C. août-septembre 1993 - n° 163.

⁴¹³ B. Bouloc et P.L. Chatain - Note sous T.I. Troyes - 12 juin 1990 - D. 1991 S.C. 51.

⁴¹⁴ Civ. 1ère 31 mars 1992 - D. 192 - 317 note Paisant.

Les personnes dont le surendettement résulte d'un cautionnement sont également recevables sauf si celui-ci est de nature commerciale⁴¹⁵.

En effet, nous savons que les professionnels sont exclus de la procédure, mais il a été jugé qu'un agent général d'assurances pouvait se prévaloir de la loi car il n'était que mandataire de la compagnie⁴¹⁶ ainsi qu'une personne exerçant une profession libérale en ce qui concerne ses dettes non-professionnelles⁴¹⁷ tandis qu'une société civile immobilière n'entre pas dans le cadre de la protection⁴¹⁸ de même que toute personne morale.

Nous le voyons donc, la volonté de protection du consommateur est relativement large quant à son champ d'application. Il a été même admis qu'il pouvait y avoir surendettement lorsque les difficultés sont prévisibles même si elles ne sont pas encore effectives⁴¹⁹.

La faveur accordée aux surendettés est donc importante. Elle l'est encore plus lorsque l'on mesure l'importance des pouvoirs conférés à la commission.

Sous l'inspiration évidente d'autres structures administratives mises en place ces dernières années pour protéger certaines catégories de personnes particulièrement vulnérables⁴²⁰, la commission de surendettement des particuliers va favoriser la négociation pour tenter de parvenir à la conclusion d'un accord.

415 T.I. Tarbes 4 octobre 1990 - D. 1991 S.C. - 50.

416 T.I. Nice 17 mai 1991 et T.I. Levallois-Perret 7 février 1991 - D. 1992 S.C. - 103.

417 T.I. Bordeaux 3 avril 1991 - D. 1992 S.C. - 103.

418 Paris - 8ème ch. A 9 octobre 1990 - D. 1990 IR 278.

419 T.I. Longjumeau 11 octobre 1990 - D. 1991 S.C. - 52.

420 Il existe par exemple la Commission d'aide aux agriculteurs en difficulté, la Commission des rapports locatifs...

Après avoir dressé un bilan de la situation financière du débiteur⁴²¹, elle dispose d'une grande latitude dans le choix des mesures salvatrices telles que l'octroi de délais de paiement, l'allongement des durées d'amortissement, le report de certaines échéances en fin de prêt, l'abaissement des taux, la remise de dettes, le rachat de petites créances, la vente amiable de certains éléments du patrimoine du débiteur...

Le plan peut aussi se traduire par la création d'obligations nouvelles propres à assurer l'exécution des premières⁴²². Autant de mesures destinées à éviter l'asphyxie financière du consommateur débiteur et qui illustrent l'idée de faveur prédominante dans l'esprit du droit de la consommation.

Le rôle de la commission ainsi guidée, se traduit alors par le souci d'appeler les professionnels à faire preuve d'indulgence vis-à-vis des consommateurs en difficultés.

3 - L'incitation à l'indulgence des créanciers

La mission première de la commission est de rechercher la conciliation, l'accord entre les parties.

La solution au problème de l'endettement du consommateur ne peut en effet exister, au cours de la procédure amiable, que si les créanciers acceptent de faire des efforts, à commencer par celui de dialoguer.

Autrement dit, le travail de la commission est avant tout d'engager les négociations dans ce sens sans pour autant s'abstenir de demander au consommateur de participer lui aussi à l'effort nécessaire⁴²³.

La pratique nous montre cependant parfois que dans les situations les plus difficiles, il peut en être autrement.

⁴²¹ L'art. L. 331 - 3 Code cons. permet à la Commission de faire publier un appel aux créanciers.

⁴²² Il peut s'agir du consentement à de nouvelles garanties ou de l'engagement à ne pas contracter de nouveaux emprunts.

⁴²³ Voir circulaire publiée au BOCCRF du 30 novembre 1990 - 3ème trimestre.

Il est clair tout d'abord que l'élaboration du plan conventionnel doit se faire avec l'accord de toutes les parties. L'article L. 331 - 6 Code cons., réécrit par la loi de 1995, réaffirme nettement cette nécessité.

Nul ne contestera cependant que "les commissions de surendettement jouent un rôle directif extrêmement important"⁴²⁴. Leur autorité morale semble en effet incontestable de telle sorte que la recherche d'une solution favorable au consommateur peut s'en trouver facilitée⁴²⁵.

La commission dispose pour cela d'un grand pouvoir d'action, sans qu'il soit toutefois coercitif. Elle va ainsi mener la négociation pour l'établissement d'un plan de redressement qui, une fois accepté par débiteur et créanciers, sera alors considéré comme un contrat.

Il va donc être demandé la remise en cause des engagements préexistants, ceux pour lesquels la volonté s'était régulièrement exprimée mais qui ne peuvent plus être suivis d'effets en raison de la situation financière obérée du consommateur.

C'est là sans nul doute un privilège exceptionnel qui confirme toute l'attention que le droit de la consommation porte à la partie faible.

Le souci de protection est évident. Il est d'ailleurs tel que la mise en œuvre de la loi par les commissions se veut la plus favorable possible aux débiteurs surendettés. Le rapport Léron⁴²⁶ souligne que dès l'entrée en vigueur des textes, certaines commissions ont exigé, comme condition de recevabilité, que le débiteur dispose d'une capacité de remboursement suffisante pour élaborer un plan réaliste. Cette exigence a été sévèrement condamnée par une circulaire ministérielle du 26 novembre 1990, réaffirmant la volonté de la loi de toucher le plus grand nombre de personnes⁴²⁷.

⁴²⁴ N. Decoopman - Le principe du contradictoire et le traitement du surendettement - D. 1990 chron. 237.

⁴²⁵ Une réponse ministérielle dispose que si dans le délai de deux mois il n'y a pas d'accord, il est recommandé aux établissements de crédit de ne pas entamer d'opérations de recouvrement avant que la recherche d'un accord amiable soit terminée.

Rép. Min. J.O.A.N. 12 novembre 1990 p. 5234.

⁴²⁶ Surendettement des ménages - Rapport de M. R. Léron - J.O.R.F. 1992 p. 30.

⁴²⁷ Principe réaffirmé par : Civ. 1ère, 27 janvier 1993 ; Bull. civ. I n° 41 ; D. 1993 - 343 note Bouthoux ; R.T.D. Com. 1993 - 370.

De même, la volonté d'aider au maximum le consommateur est particulièrement nette dans les situations d'endettement les plus graves.

Dans une réponse à une question écrite, le secrétaire d'Etat à la consommation a demandé explicitement aux établissements de crédit de considérer que leur créance pouvait être irrécouvrable dans les cas de surendettement les plus critiques.

"L'aboutissement d'un plan conventionnel de règlement est souvent conditionné par un abandon partiel ou total des créances constatées"⁴²⁸.

Cette position est extrêmement significative. Elle montre au plus haut point combien le système légal a été voulu protecteur.

En effet, permettre l'annulation des créances, ce n'est ni plus ni moins qu'accepter, voire encourager le créancier à opérer une remise de dettes. Le consommateur se trouvant dans une situation obérée peut ainsi se voir annuler ce qu'il doit, grâce à l'indulgence de ses créanciers, indulgence souvent appelée des vœux de la commission et lorsque l'on sait que la masse des dettes peut être considérable, on mesure toute la portée de cette possibilité.

Ceci est d'autant plus vrai que bien que les dettes professionnelles soient exclues du champ d'application quant à la recevabilité de l'action, il n'en demeure pas moins qu'elles doivent être prises en considération lors de l'élaboration du plan⁴²⁹. C'est donc un effort considérable que la commission peut demander ou susciter.

Il faut savoir cependant que le plan n'a pas pour objectif premier d'annuler les dettes du surendetté mais de réaménager les différents crédits contractés par le consommateur. En cela, la commission n'est en rien limitée dans ses moyens d'action dès lors que ceux-ci sont acceptés par les parties.

⁴²⁸ Rép. question écrite n° 34962 - J.O.A.N. (Q) 4 mars 1991 p. 836.

⁴²⁹ Civ. 1ère - 31 mars 1992 - D. 1992 - 317 note Paisant.

Un nouvel accord de volontés vient donc supplanter l'ancien. Il y a donc bel et bien une remise en cause *a posteriori* du consentement du consommateur lorsqu'il ne peut plus le respecter.

Chacun peut donc penser que, malgré toutes les précautions prises par la loi, la volonté initialement exprimée par le consommateur reste fragile et précaire.

Ce dernier se voit toujours assimilé à un être faible devant être assisté par le recours à des mécanismes autres que ceux prévus par le droit commun. Certes, en théorie, il n'est pas véritablement porté atteinte à la force exécutoire des contrats puisqu'il y a accord entre les parties quant à la redéfinition des obligations réciproques, mais, en pratique, n'est-il pas honnête de constater que l'appel à l'indulgence des créanciers est plus que pressant ?

La loi elle-même, les commissions ensuite, dans l'application de celle-ci, semblent exercer une pression morale sur les principaux créanciers plus ou moins contraints d'accepter le plan de redressement dont on peut même se demander s'il n'est pas l'unique moyen pour eux de recouvrer leur dette. Le plan est d'ailleurs parfois plus exigeant qu'une simple saisie des rémunérations.

Tout est donc prévu pour aider le consommateur à sortir de la situation de surendettement dans laquelle il se trouve. Les moyens utilisés sont considérables et posent parfois problème au regard du droit commun. Ils reflètent néanmoins l'évidente volonté de rechercher un compromis susceptible de dégager les parties de l'impasse financière dans laquelle elles se situent.

4 - La recherche d'une solution d'équité

Lorsque l'on examine la réglementation propre à la lutte contre le surendettement, il est frappant de constater, *a priori*, que tout semble avoir été exclusivement pensé en faveur du consommateur.

L'objectif avoué du législateur de 1989 était en effet principalement social. Le consommateur, partie présumée faible, se devait d'être secouru lorsqu'il se trouvait, sous réserve de bonne foi, dans une situation financière désespérée.

Dès lors, les moyens mis en œuvre se sont révélés importants, parfois au prix de nombreuses lacunes et incohérences juridiques.

En effet, dans son élan protecteur, le législateur semble avoir fait preuve de beaucoup d'empressement, laissant dans l'ombre un certain nombre de points précis.

La protection du consommateur paraît prioritaire, la nature des moyens employés l'étant moins.

Dans leur rédaction de 1989, aujourd'hui partiellement réformée, les textes relatifs à la procédure amiable entretenaient d'étranges rapports avec les règles de procédure civile, notamment relativement au principe du contradictoire⁴³⁰.

En effet, bien que l'ensemble du dispositif repose sur l'idée d'un accord, des difficultés de nature contentieuses peuvent néanmoins être rencontrées et particulièrement quant à la question de la recevabilité de la demande. Le juge devra alors trancher mais la loi reste bien silencieuse sur les auteurs possibles d'un recours. De même ignore-t-on la nature exacte de la décision rendue.

Dans le même ordre d'idées, il est prévu que lorsqu'est décidée une suspension des voies d'exécution, le magistrat statue par voie d'ordonnance et donc n'est pas tenu d'entendre les parties.

Sans doute, le souci de célérité a-t-il été poussé à l'extrême, la seule volonté d'efficacité conduisant au rejet plus ou moins avoué du droit commun.

⁴³⁰ Voir : Nicole Decoopman - Le principe du contradictoire et le traitement du surendettement - D. 1990 chron. - 237.

Ainsi apparaît l'image d'une protection exclusivement favorable au consommateur, voire au détriment des autres sujets de droit.

N'est-il pas d'ailleurs le seul à pouvoir saisir la commission et donc à mettre en route le processus protecteur en sa faveur ⁴³¹?

Pourtant, la réalité semble quelque peu différente. Il faut en effet relever que le dispositif mis en place tend le plus souvent vers une solution de compromis, un règlement opéré en douceur.

Sur le principe, il faut bien admettre que l'idée d'une renégociation amiable n'a rien de juridiquement choquant.

Si le contrat régulièrement conclu tient lieu de loi entre les parties, rien ne leur interdit, d'un commun accord, de procéder à une redéfinition de leurs obligations.

Mais, il faut bien reconnaître que, pratiquement, il s'agira là d'un exercice difficile, voire impossible, pour le débiteur.

Lorsque l'on sait que le nombre moyen de créanciers d'un consommateur surendetté est de dix, il paraît difficile d'imaginer ce dernier parvenant facilement à solliciter tous ses interlocuteurs, encore moins à obtenir un accord entre tous.

C'est donc en partant de l'idée qu'un consommateur ne saurait renégocier seul que s'est orienté l'esprit de la loi. Probablement aura-t-il été pensé que l'intervention d'un organisme tiers, la commission, étant de nature à favoriser la conciliation et sans doute pouvons-nous le croire.

Certes, il faut bien admettre que le professionnel peut toujours refuser la négociation et utiliser les voies de recours du droit commun pour recouvrer sa créance. Mais, est-ce là pour lui une solution efficace ?

Son débiteur est par définition insolvable et l'on voit donc mal comment pourra s'effectuer le paiement de la dette.

⁴³¹ Il pouvait, avant la réforme du 8 février 1995, saisir directement le juge.

Il semble, en réalité, que la négociation soit, pour les créanciers aussi, la solution la plus adéquate, le meilleur moyen de retrouver leur argent, fût-ce au prix de quelques sacrifices.

L'intérêt à négocier apparaît évident et la loi elle-même ne s'y trompe pas. Elle respecte dans une certaine mesure les droits des créanciers en leur montrant la meilleure voie à suivre : celle de la conciliation. Ainsi envisagée, la réglementation propre à lutter contre le surendettement prend une dimension plus heureuse. Elle devient un moyen de réaffirmer une volonté nouvelle, tenant compte des difficultés financières qui se sont présentées et qui sont d'ailleurs à l'origine de la saisine de la commission.

Autrement dit, par accord des parties, accord provoqué et souhaité par la loi, il va être convenu de remédier partiellement aux risques du contrat.

Ne peut-on pas dire alors qu'il est permis conventionnellement une renégociation du contrat pour imprévision ? Le surendettement rendant l'accord de volonté initial inapplicable, la loi favorise sa remise en cause dans l'intérêt des parties.

Les risques du contrat vont alors être plus ou moins supportés par les créanciers mais c'est là pour eux la seule voie efficace leur permettant d'espérer obtenir le paiement de ce qui leur est dû.

Le consentement donné par le consommateur reste donc frappé d'une faiblesse caractéristique puisque celui-ci est susceptible d'être redéfini en fonction de sa situation financière et sous réserve, dans un premier temps, de l'accord des créanciers.

Sous des aspects louables, la loi organise donc de manière remarquable la protection des droits du consommateur.

La commission, dans sa mission de bons offices est "un lieu de rencontre et de dialogue entre le débiteur et ses créanciers"⁴³², ou du moins est-il souhaité qu'elle le soit. Chacun sait en effet que si les vertus de la discussion sont reconnues, encore faut-il constater qu'il est parfois difficile de mettre celle-ci en œuvre.

La pratique nous montre d'ailleurs que, dans cette procédure amiable, le rôle directif de la commission réduit parfois l'échange entre les parties, ce qui peut paraître surprenant pour une tentative de conciliation. Il a été remarqué que souvent "est retenue une approche assez technocratique, la commission, statuant à huis clos... les parties étant rarement auditionnées, l'essentiel des contacts étant téléphoniques"⁴³³.

Dès lors, la recherche d'une solution par la discussion peut conduire paradoxalement au refus d'un véritable dialogue.

Cela limite très certainement les chances de succès du plan conventionnel ou peut risquer d'entraîner sa non-exécution.

L'absence de réelle concertation n'incite vraisemblablement pas les créanciers à faire un effort en faveur du consommateur. Parfois même, les propositions de redressement de la commission peuvent être jugés inacceptables par les professionnels et les inciter à refuser.

La politique de protection serait-elle alors menacée ?

Rien ne permet aujourd'hui de le penser, car le législateur a souhaité aller beaucoup plus loin en permettant une remise en cause imposée des obligations des parties.

⁴³² Guy Raymond - Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme du 8 février 1995 - C.C.C. mars 1995 n° 3.

⁴³³ N. Decoopman - Précité n° 12.

B - La redéfinition imposée du contrat

1 - L'impuissance de la négociation

Dans le réaménagement des dettes du consommateur, la loi a, avant tout, voulu privilégier les solutions amiables. Il est en effet recherché une renégociation du contrat, procédé qui ne porte pas directement et explicitement atteinte au droit commun.

Bien qu'il s'agisse d'une opération importante, cette procédure de conciliation n'est cependant pas apparue suffisante aux yeux du législateur de 1989 car il n'y a pas de contrainte véritable, de solution systématique.

La procédure amiable est en quelque sorte une renégociation sous condition résolutoire du respect plan.

Aussi, s'inspirant des procédures collectives de redressement judiciaire des personnes morales, a-t-il été prévu un redressement judiciaire civil en faveur des personnes surendettées. Cette technique, qui fut à l'origine très critiquée en raison des nombreuses lacunes et imperfections des textes⁴³⁴, permet au juge d'établir un plan de redressement qui s'impose aux parties. Autrement dit, le juge se voit autorisé à redéfinir autoritairement les obligations des contractants ce qui, reconnaissons-le, contraste singulièrement avec le droit commun des obligations.

Aujourd'hui, la loi du 8 février 1995 est venue modifier quelque peu le système mis en place en 1989. Le souci d'alléger la charge des magistrats est évident mais l'esprit et les moyens de la protection demeurent. Ils reposent sur l'échec de la tentative de conciliation.

Si, en effet, il n'est parvenu à aucun accord amiable, le consommateur reste donc dans une situation critique et toute la philosophie du droit de la consommation s'oppose à ce que la loi n'intervienne pas.

⁴³⁴ Voir le rapport de M. Léron - Précité p. 71 et s.

Aussi, a-t-il été prévu, en cas d'échec de la conciliation⁴³⁵, que la commission de surendettement des particuliers se voit investie du pouvoir de "recommander" des mesures de redressement.

Il faut pour cela que le débiteur en formule la demande. La commission entend alors les créanciers, respectant ainsi le principe du contradictoire et interrompt la prescription et les délais pour agir⁴³⁶.

Elle procède alors à l'élaboration de recommandations qu'elle définit elle-même et qui peuvent être le report ou le rééchelonnement du paiement de certaines dettes, l'imputation des paiements en priorité sur le capital, la prescription selon laquelle les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit ou bien encore, dans certains cas de vente forcée du logement principal du débiteur, la réduction par décision spéciale et motivée du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente.

Mais ces mesures n'ont en soi aucune force contraignante, la commission ne peut en aucun cas les imposer. Aussi, les transmet-elle au juge de l'exécution qui, lui, va disposer du pouvoir de contrainte et ainsi obliger les parties à la redéfinition de leurs obligations.

Soit aucune contestation ne sera exprimée et le juge donnera alors force exécutoire aux recommandations de la commission ; soit une contestation s'est exprimée et le juge retrouve alors les pouvoirs classiques qui étaient les siens dans le cadre du redressement judiciaire civil. Il pourra imposer les mesures qu'il estime nécessaires et établira alors un acte de juridiction contentieux et non gracieux.

La différence entre cette procédure et la tentative de conciliation précédemment étudiée est donc extrêmement marquée car, si la commission ne peut modifier une convention pour laquelle elle est étrangère, "le juge de l'exécution, lui, dispose du pouvoir de modifier les contrats et ceci de manière substantielle, contre la volonté d'au moins une des parties".

⁴³⁵ L'article 19 du décret n° 95 - 654 du 9 mai 1995 (J.O. du 10 mai 1995 p. 7695) prévoit la caducité du plan après l'expiration d'un délai de 15 jours suivant une mise en demeure restée infructueuse adressée au débiteur d'avoir à exécuter ses obligations.

⁴³⁶ Article L. 331 - 7 Code cons.

L'idée d'une comparaison avec la procédure propre aux entreprises est alors immédiate mais pourtant des distinctions assez nettes séparent les deux mécanismes. Beaucoup ont d'ailleurs critiqué l'absence d'assimilation possible, soulignant l'ambiguïté des textes, leurs imprécisions et surtout leurs lacunes.

Car, en effet, bien que le travail "d'instruction" soit confié à la commission, c'est un pouvoir considérable qui est attribué au juge de l'exécution malgré la faible importance du nombre d'articles qui lui sont consacrés par le Code de la consommation. Ceci contraste nettement avec l'importance des dispositions prévues en matière commerciale par la loi de 1985, modifiée en 1994.

Les objectifs sont bien sûr dissemblables. La finalité de l'intervention judiciaire n'est pas, en matière de surendettement, d'assurer la sauvegarde d'une entreprise, d'une activité économique ou du maintien d'un certain nombre d'emplois. C'est la protection des intérêts privés du consommateur qui est recherchée et peut-être aussi indirectement de ceux des créanciers car, factuellement, les procédures de lutte contre le surendettement ne semblent être rien d'autre qu'une question de voies d'exécution.

La protection mise en œuvre a, avant tout, une finalité sociale plus qu'économique⁴³⁷. Rappelons d'ailleurs que le texte de 1989 a été voté dans une période de déflation.

Nous mesurons donc clairement l'étendue et surtout la portée des pouvoirs du juge.

La volonté de protection est évidente et fait du consommateur un sujet de droit privilégié puisque la défense de ses intérêts permet, en contradiction avec les règles classiques, de porter atteinte au principe de relativité des conventions. Le juge, devenu "sauveur" est alors autorisé par la loi à pénétrer dans la sphère contractuelle.

⁴³⁷ Ceci a été réaffirmé implicitement par la décision de : Civ. 1ère 6 avril 1994 - C.C.C. juillet 1994 n° 149.

2 - L'immixtion du juge dans la sphère contractuelle

Le système prévu en cas d'échec de la procédure amiable permet au magistrat de remettre en cause les obligations des parties pour pallier la défaillance du consommateur, et ce, faisant fi des dispositions de l'article 1134 C. civ.

La solution retenue a en effet force exécutoire et s'impose tant au débiteur qu'à ses créanciers.

Dès lors, "le juge peut modifier très substantiellement les conditions d'exécution des engagements contractuels librement souscrits par le débiteur : par là même, le législateur l'autorise à écarter la règle "*pacta sunt servanda*" et porte atteinte au principe de l'autonomie de la volonté"⁴³⁸.

Où est alors l'importance du consentement ?

Si, en l'absence de contestation, le juge rend exécutoire les recommandations de la commission, il apparaît difficile de parler de véritable consentement. Il n'y a pas d'opposition aux mesures préconisées mais il n'y a pas non plus l'expression d'une volonté nette et délibérée.

Faut-il penser que le silence vaut ici consentement ? Sur la base des recommandations, les magistrats établissent alors un véritable "contrat judiciaire imposé", l'association de ces trois mots étant, sur le plan juridique, contradictoire et paradoxale.

Si, au contraire, les recommandations sont contestées, le juge de l'exécution statue alors en matière contentieuse et, là plus encore, le consentement des parties est totalement absent.

⁴³⁸ Martine Quenillet - La bonne foi du débiteur surendetté : une voie sans issue - Les petites affiches - 5 février 1992 n° 16 p. 17.

Il faut bien reconnaître que les mesures employées dérogent nettement au droit commun et posent donc un certain nombre de problèmes, notamment relativement aux recours susceptibles d'être intentés par la partie ou bien encore relativement aux cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations⁴³⁹.

Le juge se voit donc autorisé, par dérogation à l'article 1134 C. civ., à pénétrer dans la sphère contractuelle pour y opérer des réaménagements ou même se substituer à la volonté de parties. Et, il apparaît difficile, voire impossible, d'affirmer qu'il agit ici pour réintroduire la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat.

Ce serait plutôt admettre la révision pour imprévision dans le souci d'assister l'une des parties : le consommateur.

Car, l'idée d'assistance transparaît dans toutes les actions permises au juge. Ainsi en est-il lorsque l'article L. 332 - 3 Code cons. permet à ce dernier de suspendre les procédures d'exécution en cours⁴⁴⁰ pour la durée de la procédure dans la limite d'un an.

Mais, plus intéressant et plus significatif, la suspension produit des effets directs sur le débiteur puisque, sauf autorisation du juge, il se trouve interdit de réaliser certains actes qui pourraient aggraver sa situation.

Incontestablement, l'assistance fait alors penser au régime de protection des incapables. La volonté de la loi semble bien être ici de placer le consommateur sous sauvegarde de justice. Sa situation est suffisamment difficile pour l'empêcher de l'aggraver. Le juge décide donc de "figer" son état patrimonial. Il y a là une forme de désaisissement qui fait un peu penser à ce qui est prévu par la loi de 1985.

⁴³⁹ La jurisprudence estime que l'inexécution "n'emporte pas caducité" des mesures arrêtées. Civ. 1ère 12 janvier 1994 - Bull. civ. I n° 21 ; D. 1994 - 330 ; J.C.P. 1994 - IV - 688 ; R.T.D. Com. 1994 - 116.

⁴⁴⁰ L'ancienne rédaction de l'article parlait de "voies" d'exécution pouvant laisser croire à un champ d'application plus étroit. Voir : T.G.I. Paris - 14ème ch. civ. - 3 avril 1990 - G.P. 1990 - 1 - som. - 378.

Ainsi, le consommateur se trouve être un sujet de droit aux capacités réduites : il ne peut plus contracter de nouvel emprunt, payer ses dettes autres qu'alimentaires et antérieures à la suspension, rembourser des cautions qui auraient acquitté de semblables dettes ou bien encore, il lui est interdit d'effectuer un acte de disposition étranger à la gestion normale de son patrimoine.

Dans une situation de surendettement constatée, le juge peut donc bouleverser l'économie du contrat et placer le consommateur dans une position proche, à certains égards, de celle d'un mineur ou d'un majeur frappé d'incapacité. La sanction du non respect de ce régime d'interdictions est néanmoins différente puisque le consommateur est déchu de ses droits au bénéfice de la loi mais les actes accomplis ne sont pas annulés contrairement à ceux qui seraient passés par un incapable⁴⁴¹.

Le juge peut ainsi porter atteinte à l'autonomie de la volonté des débiteurs - et des créanciers - mais ceci est justifié par la nécessité de ne pas aggraver une situation d'insolvabilité.

Il est en revanche légitime de s'interroger sur l'efficacité de telles dispositions lorsque l'individu, sous le coup d'une telle interdiction, est marié sous le régime de la communauté.

Que se passera-t-il si son conjoint décide de contracter un nouvel emprunt ou d'agir en contradiction avec les mesures préconisées ?

Rien dans la loi ne prévoit cette éventualité qui cependant est rare en pratique, les deux époux étant généralement tous deux endettés. Mais, par rapport à l'importance de la protection mise en place, les imperfections et les imprécisions des textes sont nombreuses. Il est en effet frappant de constater l'importance du rôle du juge par rapport au nombre très limité de dispositions traitant des pouvoirs de ce dernier.

Le souci de faire face aux situations d'urgence apparaît manifestement au détriment parfois de certaines règles classiques du droit commun.

⁴⁴¹ Article L. 333 - 2 Code cons.

L'autonomie et la force de la volonté prennent donc une place qui semble secondaire au regard du système de protection puisque c'est au juge qu'il revient de fixer autoritairement les obligations des parties, et ce, généralement en contradiction avec les consentements qui se sont initialement exprimés.

3 - Les obligations des parties imposées par le juge

L'élaboration du plan de redressement par le juge, qu'il suive ou non les recommandations de la commission, constitue de toute évidence une brèche ouverte dans le droit des obligations.

Le magistrat dispose en effet d'une grande latitude dans son travail de redéfinition. Il se voit proposer un important nombre de moyens d'action.

Il peut en effet décider le report ou le rééchelonnement des dettes pour une durée ne pouvant excéder cinq ans ou la moitié de la durée restant à courir des emprunts en cours.

Il s'agit là d'une faveur accordée au consommateur comparativement au délai de deux ans que prévoit l'article 1244 - 1 C. civ. dans le cadre du droit commun.

Le juge peut aussi prévoir que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ou peut réduire le taux d'intérêt des échéances reportées ou rééchelonnées sur décision "spéciale et motivée" si ce taux réduit doit être inférieur au taux légal.

Si le plan de redressement ne remet pas en cause la priorité accordée aux créanciers hypothécaires sur les créanciers chirographaires⁴⁴², les dettes qui peuvent être réaménagées sont nombreuses.

⁴⁴² Civ. 1ère - 9 mars 1994 - C.C.C. mai 1994 n° 108.

Dans un avis du 19 mars 1993, la Cour de cassation estime que le juge peut décider que les échéances reportées ou rééchelonnées des prêts aidés par l'Etat pour la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements en accession à la propriété ou des prêts conventionnés par l'Etat, porteront intérêt à taux réduit comme le prévoit l'article L. 332 - 5 Code cons.

Il semble cependant difficile d'accepter une telle solution en pratique, la fixation du taux résultant d'une convention passée avec l'Etat.

Il apparaît néanmoins permis au juge de rendre exécutoire des mesures exorbitantes du droit commun afin d'aider le consommateur à sortir de sa situation de crise.

En contrepartie, il peut être demandé à ce dernier d'effectuer certains actes propres à faciliter ou garantir le paiement de la dette, la vente du logement principal devant rester exceptionnelle⁴⁴³.

Nous retrouvons à nouveau ici l'esprit du droit de la consommation qui se veut protecteur en encadrant très étroitement le sujet réputé faible.

Le consommateur face au juge de l'exécution agit très peu par lui-même. Comme placé sous tutelle, le magistrat prend en charge ses intérêts et le guide, de façon impérative, pour essayer de remédier au surendettement.

La recherche d'une solution qui permet au consommateur d'essayer de retrouver une situation financière saine se fait de manière autoritaire, le plus souvent au détriment des créanciers, tout au moins en théorie car la réalité des faits est parfois différente.

L'attitude des créanciers est d'ailleurs prise en compte par le juge. Elle peut servir plus ou moins de fondement au dispositif de redressement.

L'article L. 332 - 7 Code cons. permet explicitement au magistrat de tenir compte de la mauvaise foi éventuelle du prêteur.

⁴⁴³ Paris - 10 octobre 1991 - D. 1991 - IR - 259.

Pour l'établissement du plan, mais aussi et surtout pour le justifier, il peut être recherché si le créancier avait ou non connaissance de l'état d'endettement de l'emprunteur au moment de la conclusion du contrat. Le juge peut s'assurer du sérieux avec lequel le crédit a été consenti. S'il apparaît que l'attitude du prêteur n'est pas conforme aux usages et à la bonne foi, c'est le consommateur qui en tirera bénéfice dans le plan de redressement. Mais après tout, n'est-ce pas là un juste retour des choses ?

Nous pouvons certes le penser. Le juge rétablit en quelque sorte un certain équilibre quant à l'exécution de la convention ce qui peut paraître équitable.

En revanche, il s'avère évident que la déresponsabilisation du consommateur en est la conséquence puisque la cause de l'endettement se voit rejetée plus ou moins partiellement sur les créanciers.

Peut-être ici pourrait-on parler de la réintroduction de la notion de bonne foi⁴⁴⁴. Le créancier dont la légèreté ou le comportement pouvaient être blâmables au moment de la conclusion du contrat de crédit doit être sanctionné.

La Cour de cassation estime que le crédit est une opération à risques que doivent supporter entre-autres les créanciers dans la mesure où "la seule limite à la réduction de la dette [...] est la compatibilité du paiement de la dette réduite avec les ressources et les charges du débiteur"⁴⁴⁵.

La volonté de la loi et de la jurisprudence semble donc nette lorsqu'il s'agit d'imputer la responsabilité de l'endettement excessif plutôt au prêteur qu'au consommateur. Pour cela, la possibilité d'élaborer un plan de redressement doit être largement ouverte. La jurisprudence y tend.

⁴⁴⁴ La bonne foi ici évoquée est à distinguer de celle qui est exigée comme condition de recevabilité d'une demande d'engagement de la procédure contre le surendettement.

⁴⁴⁵ Civ. 1^{ère} 13 octobre 1993 - C.C.C. janvier 1994 n° 16.

Dans deux décisions de la 1^{ère} chambre civile du 27 janvier 1993⁴⁴⁶, il est exprimé clairement que la loi doit profiter au plus grand nombre puisqu'"aucune disposition n'exige que la situation d'endettement du débiteur [...] soit apurée au terme des mesures de report ou de rééchelonnement que le juge peut prononcer".

Le magistrat semble donc tenu à une obligation de moyens, celle d'essayer de redresser la situation économique du consommateur. Il n'est aucunement tenu d'assurer le redressement dans un quelconque délai⁴⁴⁷.

Implicitement, les tribunaux ont même admis la possibilité d'ouvrir une deuxième procédure, si, à l'expiration de la première, l'état de surendettement subsistait⁴⁴⁸.

L'objectif recherché n'est donc pas nécessairement un apurement définitif du passif ni la liquidation du patrimoine du débiteur mais plutôt sa survie.

Cette jurisprudence a été largement saluée comme mettant un terme à certaines critiques selon lesquelles l'exigence des délais était de nature à rendre inefficace la loi dans les situations les plus obérées⁴⁴⁹.

Cette lecture extensive des textes fait donc du juge le "sauveur" du consommateur grâce à des pouvoirs considérables. Ils ne sont cependant pas illimités. Ainsi, il n'apparaît pas possible de rééchelonner les dettes fiscales ou parafiscales et celles envers les organismes de sécurité sociale.

⁴⁴⁶ Civ. 1^{ère} 27 janvier 1993 - Bull. civ. I n° 41, arrêt n° 2 ; D. 1993 - 343 note Bonthoux ; R.T.D. Com. 1993 - 370.

⁴⁴⁷ Les dispositions de cet article reprennent celles de l'ancien article L. 332 - 5 Code cons.

⁴⁴⁸ En ce sens : Besançon 1^{er} mars 1991 - Inédit.

⁴⁴⁹ J.O.A.N. Débats - 8 décembre 1989 p. 6143.

Il ne peut également être prévu une modification rétroactive des conditions d'un prêt en décidant que la réduction du taux d'intérêt s'appliquerait aux sommes déjà versées⁴⁵⁰ comme il est interdit d'élever le plafond de la fraction insaisissable du salaire du débiteur⁴⁵¹.

Nous voyons donc que l'imposition d'un plan de redressement est une opération importante destinée à assainir la situation financière d'un consommateur. Pourtant, la législation relative à cette question est souvent beaucoup trop vague et imprécise.

La volonté de protection semble quelque peu contrastée par les nombreuses lacunes des textes.

Mais, loin d'y voir là un obstacle, la jurisprudence a, au contraire, tiré bénéfice de ces imprécisions pour donner à la loi un sens plus favorable au débiteur.

4 - L'interprétation de la loi en faveur du consommateur

Chargée d'appliquer des dispositions souvent ambiguës et aux contours mal définis, la jurisprudence a nécessairement contribué à éclaircir et compléter les dispositions relatives à la protection des consommateurs endettés.

Aussi l'a-t-elle fait pour préciser certaines dispositions comme par exemple la notion de surendettement ou celle de dette professionnelle. Elle a aussi défini la finalité du plan de redressement qui est de tendre à l'amélioration de la situation du débiteur et non pas nécessairement à l'apurement définitif et complet du passif.

Mais, il est une disposition de la loi qui a fait l'objet d'une importante difficulté d'interprétation.

⁴⁵⁰ Civ. 1ère 31 mars 1992 - Bull. civ. I n° 103 ; R.T.D. Com. 1992 - 678.

⁴⁵¹ Civ. 1ère 5 avril 1993 - C.C.C. juillet 1993 n° 142.

Il s'agit du quatrième de l'article L. 331 - 7 Code cons.⁴⁵²

Plus précisément, la discussion a porté sur le sens qu'il convenait de donner au mot "réduire". En effet, jusqu'où peut donc aller la réduction des taux d'intérêt et la réduction du "montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit en cas de vente forcée du logement principal du débiteur ?"

De prime abord, la possibilité de réduire ces sommes étant largement dérogoire au droit commun, l'interprétation des textes devrait être stricte⁴⁵³.

Pourtant, lors de la discussion de la loi, cette faculté offerte au juge a largement suscité le débat alors qu'avait même été prévue expressement la possibilité d'une annulation pure et simple du solde du prêt immobilier dans des circonstances analogues⁴⁵⁴.

Dès lors, se pose la question de savoir jusqu'où peut aller la réduction ? Peut-elle aller jusque zéro ? La jurisprudence s'y montre favorable, retenant là encore la solution la plus avantageuse pour le consommateur. Dans un arrêt du 31 mars 1992⁴⁵⁵, la Cour de cassation admet la possibilité pour le juge de supprimer la dette dès lors que "cette mesure est seule compatible avec les ressources et charges du débiteur".

Une décision du 5 avril 1993⁴⁵⁶ a même décidé que certaines dettes ne porteraient pas intérêt mais il s'agissait de dettes de loyers et non pas d'emprunts.

Enfin, dans le même esprit, il a été permis au juge de fixer des taux nuls aux échéances reportées ou rééchelonnées dès l'instant où la situation du surendetté l'exigeait⁴⁵⁷.

452 Les dispositions de cet article reprennent celles de l'ancien article L. 332 - 5 Code cons.

453 En ce sens : Besançon 1er mars 1991 - Inédit.

454 J.O.A.N. Débats - 8 décembre 1989 p. 6143.

455 Civ. 1ère 31 mars 1992 - Bull. civ. I n° 103 ; R.T.D. Com. 1992 - 678.

456 Civ. 1ère 5 avril 1993 - C.C.C. juillet 1993 n° 142.

457 Civ. 1ère 12 janvier 1994 - D. 1994 - 339.

Nous voyons donc que le travail de la jurisprudence est considérable puisque tout en mettant l'accent sur la nécessité d'une motivation, elle permet au juge de décider un intérêt inférieur au taux légal ou même un intérêt nul.

Par ces positions, les tribunaux établissent une sorte de parallèle de fait avec la loi de 1985.

En effet, en théorie, il faut bien constater que le consommateur que l'on veut privilégier se trouve dans une situation plus difficile que celle du commerçant puisque la loi permet à ce dernier d'éteindre complètement sa dette.

Curieusement, les textes semblent donc signifier que le non-professionnel doit répondre davantage de ses actes que le commerçant.

Aussi, le juge adopte une conception extensive du régime de protection.

Comme pour les clauses abusives à l'origine, l'interprétation de la loi est donc hardie et semble beaucoup plus proche de son esprit que de sa lettre qui, reconnaissons-le, est maladroite.

C'est l'intérêt du consommateur seul qui semble présider à cette interprétation.

Dès lors, les pouvoirs du juge deviennent de plus en plus considérables et rapprochent le système de protection de la faillite civile.

Nous pouvons penser que l'action des tribunaux conduit, dans une certaine mesure, à une "réfaction judiciaire des contrats à l'encontre du principe de l'article 1134 C. civ selon lequel le contrat fait la loi des parties"⁴⁵⁸, dès l'instant, bien sûr, où le plan est respecté.

L'adage selon lequel contracter c'est prévoir ne semble plus pouvoir s'appliquer au consommateur.

⁴⁵⁸ Rapport de M. Léron - Précité p. 37.

La possibilité de l'élaboration d'un plan de redressement apparaît implicitement comme la reconnaissance de la théorie de l'imprévision en matière de contrat de consommation, tout au moins à certains égards.

Le consommateur emprunteur espérait des ressources suffisantes pour honorer ses engagements et il n'en est rien. Le droit positif lui permet néanmoins de trouver une solution. Mais cette théorie joue à sens unique puisque seul le consommateur peut en être le bénéficiaire.

Pour les créanciers, au contraire, l'intervention du juge "apparaît comme une sanction pécuniaire à l'égard d'un prêteur qui aurait dû se montrer moins laxiste dans l'octroi du prêt et moins exigeant quant à la récupération des sommes qui lui étaient dues"⁴⁵⁹.

L'"adoration" du consommateur paraît alors complète. Il se présente véritablement comme un sujet de droit privilégié, assisté et protégé au détriment du professionnel.

La volonté de faveur est nette, la Cour de cassation ne s'en cache d'ailleurs pas lorsque, dans un avis, elle déclare ne pas être opposée à ce que le juge admette en même temps le report et le rééchelonnement d'une même dette⁴⁶⁰.

Mais dès lors, la loi et la jurisprudence ne vont-elles pas trop loin ?

Ne se crée-t-il pas un droit providence au seul bénéfice d'un individu qui, présumé faible à l'origine, devient paradoxalement protégé à l'excès ?

Il semble que jamais sujet de droit n'aura à ce point fait l'objet de dispositions d'exception entièrement contraires aux règles du droit commun.

Mais, en même temps, jamais sujet de droit n'aura à ce point été autant déresponsabilisé. Tout dans le système y tend. L'analyse des conditions de recevabilité devant la commission ne contredit pas cette affirmation, au contraire.

⁴⁵⁹ G. Raymond - Note sous T.I. Saumur - 26 juin 1991 - C.C.C. décembre 1991 n° 251.

⁴⁶⁰ Avis favorable de la C. cass. - Bull. inf. C. cas. - 1er novembre 1992 p. 27.

A travers l'étude de la notion de bonne foi, la jurisprudence montre clairement la piètre conception qu'elle peut avoir du consommateur ainsi que son attachement à lui offrir une protection quasi-systématique.

En cherchant à excuser l'expression d'une volonté trop facilement qualifiée d'irréfléchie, elle n'incite sûrement pas l'individu à assumer la responsabilité de ses actes et ne contribue pas à apporter une solution de fond au problème du surendettement.

Paragraphe 2 - La reconnaissance d'une volonté irréfléchie

Permettre au consommateur de remettre en cause ses obligations en cas de difficultés financières est lui concéder un privilège qui dépasse, et de loin, les dispositions du droit commun.

La procédure de traitement du surendettement, que ce soit la renégociation amiable ou le redressement imposé par le juge, doit donc être considérée comme un moyen exceptionnel, de droit strict, destiné à venir en aide aux personnes en grande détresse.

Ceci suppose nécessairement l'existence d'une situation financière qui justifie une telle dérogation.

Aussi la loi a-t-elle convenu pour ce faire, de la réserver aux débiteurs de bonne foi sans toutefois définir ce concept. Dans son travail d'interprétation et d'adaptation, la jurisprudence est venue clarifier cette notion, lui donnant un contenu large ayant pour conséquence la prise en compte plus ou moins explicite de l'inconscience du consommateur (A).

Dès lors, le mécanisme de protection ainsi mis en œuvre tend à consacrer l'apparition d'un sujet de droit déresponsabilisé (B).

A - La prise en compte de l'inconscience du consommateur

1- La bonne foi, corollaire indispensable de la protection

Lors de la discussion de la loi, la volonté des parlementaires était avant tout de réserver la protection aux "accidentés de la vie"⁴⁶¹.

En effet, le régime de protection qui leur était proposé étant un dispositif d'exception, contraire au droit commun, il est apparu naturel de lui fixer des limites d'application strictes.

⁴⁶¹ J.O. Débats - Sénat - 14 novembre 1989 p. 3213.

Aussi, c'est dans ce but que la notion de bonne foi s'est trouvée introduite par un amendement du gouvernement alors qu'il n'en était rien dans le texte d'origine.

Sans doute peut-on penser d'ailleurs que cette précision a été l'une des conditions indispensables au vote de la loi, celle-ci servant de prétexte à une telle dérogation au droit commun.

Dès lors, il en résulte que, et la loi de 1995 n'a en cela rien changé, ne peut bénéficier de la procédure de règlement du surendettement que le débiteur de bonne foi. Mais, en l'absence de définition particulière de ce concept, la question s'est posée de savoir ce qu'il fallait entendre par bonne foi. Aussi convient-il de s'interroger sur cette notion.

De façon générale, la bonne foi se caractérise surtout par l'absence de mauvaise foi. En droit des obligations, cette dernière n'est d'ailleurs bien souvent qu'une faute intentionnelle et non pas simplement une imprudence ou une maladresse⁴⁶².

De plus en plus semble-t-il même que la bonne foie envisagée dans le cadre de l'exécution d'un contrat, réside également dans l'absence de commission d'un abus⁴⁶³.

Quid en matière de surendettement ? Comment l'apprécier et à quel moment ? Nous retrouvons là les imprécisions caractéristiques de la législation protectrice du consommateur et plus particulièrement de la loi de 1989.

Il faut en effet constater qu'en réponse à ces questions, les articles L. 331 - 2 et L. 332 - 1 Code cons. ne nous apportent guère de précisions et, aussi, est née une large controverse.

⁴⁶² Civ. 3ème; 16 mars 1969, Bull. civ. III 1969 n° 198 ; R.T.D. Civ. 1979 p. 763 obs. Loussouarn ; Civ. 3ème, 3 février 1981, D. 1984 - 457 note Ghestin.

⁴⁶³ Cass. com. 3 novembre 1992, R.T.D. Civ. 1993 p. 124 note J. Mestre ; C.C.C. 1993 p. 6 n° 6 obs. L. Leveneur.

Voir aussi les 4 arrêts de l'Assemblée plénière rendus le 1er décembre 1995 - G.P. 8, 9 décembre 1995 p. 8.

Deux conceptions se sont affrontées en doctrine. Pour certains auteurs, la bonne foi est avant tout une bonne foi procédurale c'est-à-dire qu'elle doit s'apprécier au moment de l'ouverture de la procédure⁴⁶⁴. Autrement dit, il s'agit simplement de s'assurer que le consommateur n'a pas réalisé de fausse déclaration ou n'a pas volontairement omis certaines précisions de manière à bénéficier indûment de la loi.

Mais dans ce cas, l'attitude du consommateur ne serait-elle pas constitutive d'un dol donc susceptible d'entraîner l'annulation du contrat ?

Pour d'autres auteurs en revanche, la bonne foi serait liée aux conditions du surendettement⁴⁶⁵.

Cette dernière conception vise à sauvegarder une certaine morale contractuelle et oblige la commission ou le juge à s'assurer que le consommateur n'a pas délibérément contracté plusieurs emprunts tout en sachant qu'il ne pourra les rembourser et donc avec la volonté de bénéficier du système de protection en sa faveur.

Cette solution nous paraît de loin la plus conforme. De plus, elle permet de distinguer beaucoup plus clairement la bonne foi de la déchéance prévue par l'article L. 333 - 2 Code cons.

Quoiqu'il en soit, c'est cette définition de la bonne foi qui s'est finalement imposée avec fermeté, notamment à travers sept arrêts célèbres rendus par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 4 avril 1991⁴⁶⁶. Ils sont venus apporter certaines précisions capitales quant à la notion de bonne foi : en premier lieu, il convient de noter que celle-ci se présume, trois arrêts l'affirment, conformément aux règles classiques du droit commun. L'inverse nous aurait paru surprenant dans la mesure où cette règle est par définition favorable au consommateur qui n'a ainsi pas de preuve à apporter.

Il incombe donc aux créanciers de démontrer la mauvaise foi du débiteur, ce qui n'est pas toujours évident.

464 Neiertz , Bouloc, Chatain.

465 Aubert, Martin - Serf, Picod.

466 Civ. 1^{ère} 4 octobre 1991 - D. 1991 - 307 note Bouloc ; J.C.P. 1991 n° 21702 note Picod.

En prenant cette décision, la Cour de cassation a ainsi consacré la position antérieure des juges du fond. En second lieu, et c'est là l'intérêt principal de ces arrêts, la Cour suprême a précisé la notion de "bonne foi du débiteur".

Elle estime qu'il ne peut s'agir que de la bonne foi contractuelle. Autrement dit, la mauvaise foi d'un débiteur se trouve "caractérisée par tout acte délibéré qui, sans être justifié par un motif légitime, aggraverait une situation déjà obérée et compromettrait notablement et en connaissance de cause les possibilités de rembourser le passif préexistant"⁴⁶⁷.

Incontestablement, cette conception vise nettement à écarter les escrocs et semble plus juste que la bonne foi procédurale qui ouvre trop largement l'accès aux mesures de protection et oublie l'attitude antérieure du consommateur.

Dans le même sens, la Cour de Riom nous donne une définition claire du débiteur de bonne foi.

Pour pouvoir bénéficier de la loi, il faut "sans l'avoir recherché de manière consciente et réfléchie, être dans l'incapacité, malgré les efforts faits pour y parvenir, de régler tous ses créanciers en même temps aux conditions exigées par chacun d'eux"⁴⁶⁸.

Ainsi caractérisée, la notion de bonne foi semble mieux cernée. Il semble en effet plus logique de s'intéresser aux conditions du surendettement plutôt qu'à la mise en œuvre d'une procédure d'assistance.

Est donc ainsi exclu le consommateur qui s'est sciemment surendetté pour bénéficier de la protection de la loi, et il s'agit là d'une bonne chose.

Quant à l'appréciation de la bonne foi proprement dite, la Cour de cassation, dans l'un des sept arrêts de 1991, estime que c'est une question de pur fait et s'en remet entièrement aux tribunaux.

⁴⁶⁷ A. Martin - Serf, Commentaire sous Versailles - 28 mai 1990 - G.P. 1990 - 2 - n°6.

⁴⁶⁸ Riom 22 mai 1991 - D. 1992 S.C. - 106 obs. Bouloc et Chatain.

"L'absence de bonne foi est appréciée souverainement par les juges du fond" qui se déterminent d'après les circonstances particulières de la cause et non en se fondant sur des décisions judiciaires antérieures.

Ce n'est donc que par une analyse des différentes décisions que la bonne foi pourra être délimitée ainsi que, nécessairement, le champ d'application de la loi.

2 - La bonne foi largement retenue par la jurisprudence

La bonne foi est, par définition, une notion subjective. Appréciée *in concreto*, les tribunaux en font un moyen de réserver le bénéfice de la loi aux débiteurs honnêtes suivant en cela la volonté des parlementaires et plus particulièrement des sénateurs.

Selon Madame Martin - Serf⁴⁶⁹, la mauvaise foi serait proche de la notion de faute par son caractère volontaire. La bonne foi serait réservée aux surendettés passifs et la mauvaise foi serait, elle, cantonnée à une mince catégorie de surendettés actifs ayant conscience de leur endettement et de ses conséquences.

La bonne foi étant présumée, celle-ci se déduit alors lorsque la preuve de la mauvaise foi n'est pas rapportée. Selon une décision de la Cour de Paris du 20 septembre 1991⁴⁷⁰, la bonne foi doit être recherchée en tenant compte de l'élément intentionnel, c'est-à-dire de la connaissance que le consommateur ne pouvait manquer d'avoir sur sa situation.

Qui plus est, l'élément intentionnel doit être répété et le seul fait de dissimuler sa situation de surendetté potentiel auprès d'un établissement de crédit ne suffit pas à prouver la mauvaise foi. "Un tel comportement ne démontre pas nécessairement une volonté suffisamment systématique et irresponsable de profiter et de vivre de crédits"⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ A. Martin - Serf - Précité.

⁴⁷⁰ Paris 20 septembre 1991 - D. 1991 IR 238.

⁴⁷¹ Dans le même sens, voir : Paris 11 avril 1991 - D. 1991 IR 239.

Nous le voyons donc, la jurisprudence se montre assez large dans sa conception de la bonne foi. En exigeant la réunion de conditions certaines pour caractériser la mauvaise foi et en refusant tout équivoque quant à l'attitude du débiteur, les tribunaux affirment nettement leur intention de protéger le consommateur.

Le refus de la bonne foi doit, de toute évidence, se fonder sur une appréciation stricte et précise.

La mauvaise foi doit être la volonté évidente du débiteur de parvenir à un surendettement nettement supérieur à ses ressources, à jouir d'un train de vie auquel celui-ci ne peut raisonnablement prétendre.

La notion de bonne ou mauvaise foi est alors avant tout une notion variable⁴⁷².

Pour l'apprécier, les tribunaux doivent analyser le comportement du débiteur et peuvent, par exemple pour cela, se reporter aux dossiers de demandes de prêt dans lesquels les emprunteurs déclarent leurs ressources et les crédits en cours.

Mais en réalité, la mauvaise foi n'est relevée que dans des cas extrêmes. Il s'agit généralement d'un surendettement plus que volontaire, lorsque l'individu surendetté a pleine conscience de vouloir bénéficier des faveurs de la loi.

Il s'agit en quelque sorte d'exclure les débiteurs qui font une utilisation maligne des textes proches de l'abus de droit.

Une telle conception paraît souhaitable et logique. Il ne serait en effet pas acceptable que certains individus vicieux puissent s'endetter à l'excès en sachant qu'une procédure viendra à leur secours.

De tels agissements, outre l'aspect immoral qu'ils présentent, auraient également pour effet d'augmenter le coût du crédit, coût supporté par les emprunteurs honnêtes.

⁴⁷² Voir : J.C. Groslière - Note sous Pau - 17 décembre 1990 - D. 1991 - 270.

Le dispositif de protection a été prévu pour venir en aide aux débiteurs en détresse mais pas aux escrocs. Ainsi a-t-il été jugé qu'était caractéristique de la mauvaise foi, le fait d'engager des dépenses somptuaires⁴⁷³ ou encore une accumulation de dettes de jeu⁴⁷⁴.

La mauvaise foi est donc retenue lorsqu'il y a endettement et conscience de son inaptitude à rembourser, mais elle est également caractérisée lorsque la dépense engagée n'a pas un caractère indispensable.

C'est finalement une vision large de la bonne foi qui s'impose.

Pour le Tribunal d'instance de Valenciennes⁴⁷⁵, "la mauvaise foi suppose un comportement délibéré de s'endetter sans volonté réelle de rembourser".

Dès lors, il semble que la mauvaise foi puisse être définie comme l'organisation frauduleuse de son insolvabilité. Cette conception, très proche du dol, confère ainsi à la loi un large champ d'application et semble donner à la mauvaise foi une définition *sui generis* propre au surendettement et aux consommateurs.

Il est alors clair que les textes de protection, pourtant par définition d'une application exceptionnelle, ont vocation à s'appliquer à un grand nombre de surendettés.

La remise en cause des obligations contractuelles est donc une possibilité relativement ouverte dès lors qu'une situation de surendettement est constatée et que le débiteur n'agit pas en fraude de la loi.

Mais cette interprétation généreuse n'est-elle pas quelque peu une incitation au laxisme ?

⁴⁷³ Paris 13 novembre 1990 - G.P. 4 - 5 janvier 1991 p 14 ; T.I. La Roche sur Yon 27 septembre 1990 INC Hebdo 14 décembre 1990.

⁴⁷⁴ T.I. Thonon-les-Bains 17 décembre 1990 - Inédit.

⁴⁷⁵ T.I. Valenciennes 4 décembre 1990 - Affaire Mme T. - Inédit.

En refusant le bénéfice de la loi qu'aux usurpateurs, ne transforme-t-on pas quelque peu le régime d'exception en règle ?

Nous pouvons le penser, la jurisprudence nous y aidant particulièrement lorsqu'elle estime, par exemple, que les fautes de gestion ne sont pas exclusives de la bonne foi⁴⁷⁶.

Il est alors caractéristique de constater que, dès lors, les capacités intellectuelles du débiteur participent à la définition de la bonne foi.

3 - La prise en compte des facultés intellectuelles du consommateur

"La mauvaise foi s'établit non seulement en tenant compte du montant des dettes contractées et des facultés contributives de l'emprunteur, mais également en fonction de l'aptitude du débiteur à se rendre compte de la situation qu'il est en train de créer".

C'est par cette formule explicite que la Cour de Paris⁴⁷⁷ insiste sur la nécessité pour le consommateur de savoir qu'il crée une situation de surendettement qu'il ne pourra dominer par lui-même.

En l'espèce, il s'agissait d'un cadre de banque qui ne pouvait donc, de par sa profession, ignorer la situation financière qu'il se créait et a donc été déclaré de mauvaise foi.

Ainsi nous savons que la bonne foi ne peut être caractérisée que lorsque l'endettement ne résulte pas d'une attitude volontaire.

Nous voyons aussi que la jurisprudence déduit ce caractère volontaire ou non des facultés intellectuelles présumées du consommateur. L'esprit de la protection souhaité par les parlementaires semble alors respecté.

⁴⁷⁶ T.I. Angers 31 octobre 1990 - INC Hebdo 1er mars 1991 p. 10.

⁴⁷⁷ Paris 8ème ch. 19 mai 1992 - C.C.C. 1992 n° 955.

Dans le même sens : Pau 17 décembre 1990 - D. 1991 - 270 note J.C. Groslière.

"La mansuétude de la loi n'a pas lieu de s'étendre aux cyniques"⁴⁷⁸.

Dans cet ordre d'idées, le bénéfice de la bonne foi doit alors être refusé à ceux qui, par exemple, consacrent à leur locomotion un budget extravagant en contemplation de leurs possibilités.

Pour cela est pris en compte le niveau intellectuel des débiteurs qui leur permet de connaître leur impuissance à faire face à la situation⁴⁷⁹. La bonne foi est alors plus ou moins présumée en fonction du "profil socio-culturel du débiteur"⁴⁸⁰.

Il a été jugé par exemple qu'une fonctionnaire pouvait exploiter sa condition pour obtenir facilement des crédits⁴⁸¹ de même qu'un débiteur inspecteur divisionnaire des impôts⁴⁸².

Dès lors, les contours du régime de protection semblent se définir en fonction de la qualité même du consommateur.

Le juge détermine le champ d'application des textes en tenant compte des possibilités intellectuelles du débiteur, de ses connaissances présumées, de son statut social...

La loi est avant tout destinée à protéger les plus faibles. De leur faiblesse sera déduite leur bonne foi nécessaire pour que s'ouvre la procédure de règlement du surendettement.

Le consommateur aux capacités limitées ne peut apprécier correctement sa situation, ceci justifiant ses difficultés. "Le niveau intellectuel du débiteur permet d'affirmer que l'individu aurait dû avoir conscience, lors de la souscription des crédits, de la disproportion prévisible entre ses engagements et ses contraintes budgétaires"⁴⁸³.

478 J.L. Aubert - Note sous Versailles 20 décembre 1990 - D. 1991 - J - 197.

479 Versailles 29 novembre 1990 - D. 1991 - 253 note Vallens.

480 T.I. Tours 3 mai 1990 - BRDA 30 juin 1990 - 10.

481 T.I. Versailles - 18 avril 1990 - Revue des huissiers 1990 p. 1214.

482 T.I. de La Mure - 7 juillet 1990 - Inédit.

483 T.I. Tours 3 mai 1990 - Bulletin rapide du droit des affaires - 30 juin 1990 p. 10.

Le champ d'application de la loi déterminé par l'appréciation de la bonne foi, semble clairement délimité : la procédure ne s'adresse pas aux incapables qui feraient des actes de prodigalité, ni bien sûr aux consommateurs qui, en raison de leur situation professionnelle ou de leurs capacités intellectuelles, ne pouvaient ignorer les conséquences la conclusion de multiples opérations de crédit.

La redéfinition du contrat est donc permise pour toute une frange d'individus qui n'ont manifestement pas contracté en toute connaissance de cause, faute de compétences particulières.

Sont donc admis au rang des débiteurs de bonne foi les imprudents, les imprévoyants et les irréflechis qui peuvent demander, en cas de difficultés, une remise en cause de leurs obligations.

Ne peut-on penser alors qu'il est ainsi reconnu que la bonne foi peut être synonyme de l'expression d'un consentement peu sérieux ou inconscient ?

Dans ce cas, l'image du consommateur protégé apparaît en parfaite contradiction avec celle du sujet de droit classique, capable d'exprimer une volonté réelle et définitive.

Au contraire, la loi paraît reconnaître au surendetté un droit à l'erreur dans l'appréciation contractuelle.

Mais, plus intéressant, la jurisprudence admet explicitement que la situation de surendettement résulte de l'absence d'intérêt que porte le consommateur aux questions financières le concernant.

Autrement dit, il semble que celui-ci n'effectue pas les efforts nécessaires tendant à une gestion de bon père de famille. Néanmoins, le droit le protège. Il semble là y avoir un excès de protection.

4 - Une protection excessive ?

Dans le système de protection mis en place pour tenter de remédier au surendettement, nous savons que le législateur n'a pas retenu la distinction entre surendettement actif et surendettement passif.

Peut-être pourrions-nous le regretter car le champ d'application de la loi aurait certainement été plus clair.

Bénéficieraient bien sûr de la protection tous ceux qui ont vu leurs ressources diminuer à l'occasion d'un événement fortuit tel que le chômage, la maladie... Reste le cas des surendettés actifs qui, en principe, devraient être exclus de la protection.

En effet, leur situation obérée résulte essentiellement de leur propre fait, ils ont contracté des crédits plus que de raison et devraient logiquement en subir les conséquences. Certes, l'on pourra objecter que certains contractent sans véritablement se rendre compte de la portée de leurs actes. L'endettement puis le surendettement ont alors un caractère quelque peu inconscient. Mais dans ce cas, il ne faut pas oublier que le droit commun protège les incapables majeurs et notamment les prodigues.

Pourtant, le législateur de 1989 a choisi de retenir un autre critère de sélection que le caractère actif ou passif du surendettement.

En mettant en jeu la notion de bonne foi, la loi a permis à la jurisprudence de délimiter un champ d'application plus souple et surtout plus large.

Entrent en effet dans le cadre des textes ceux qui, sans être frappés d'une quelconque incapacité juridique, sont néanmoins déclarés de bonne foi en raison de leur inconscience supposée.

Nous retrouvons là le postulat de départ de l'ensemble du droit de la consommation et c'est peut-être en cela que la protection est excessive. Tout le dispositif repose sur le fait que "la naïveté du consommateur est généralement présumée par opposition à celle du professionnel"⁴⁸⁴.

Mais qui plus est, la conception de la bonne foi est parfois plus qu'extensive.

La protection est en effet plus facilement accordée lorsque les tribunaux relèvent que sont de bonne foi des "victimes d'un système pernicieux de stimulation de la consommation, environnement quotidien des consommateurs"⁴⁸⁵.

Une telle conception dénote incontestablement une grande indulgence de la part des juridictions qui reprochent en quelque sorte aux établissements de crédit l'attitude qui est la leur et en particulier leur légèreté dans l'attribution d'un prêt.

Il s'agit, nous pouvons le croire, d'un apitoiement sur le sort des consommateurs, ces derniers apparaissant comme des proies idéales pour les professionnels et il faut bien reconnaître que dans les faits, tel est souvent le cas.

"Cette philosophie n'est pas nouvelle : tout le droit de la consommation repose sur une présomption de légèreté, de laisser-aller, bref d'imbécillité - au sens étymologique bien entendu - du consommateur. Le surendetté va emprunter le même chemin"⁴⁸⁶.

En conséquence, la loi relative au surendettement semble pouvoir s'appliquer à d'étranges personnages plus ou moins inaptes à gérer leurs affaires, contractant sans véritable réflexion.

484 Y. Picod - Note sous Civ.1ère 4 avril 1991 - J.C.P. 1991 - 21702 n° 12.

485 A. Martin - Serf - Précité.

486 A. Martin - Serf - Précité.

Ils apparaissent comme des victimes impuissantes et irresponsables, l'analyse de la jurisprudence en témoigne.

Pourtant, le surendettement qui serait le fruit d'une imprudence ou d'un manque d'analyse est également pris en compte par la loi. "Les emprunteurs qui auraient effectués de mauvais calculs financiers" ne peuvent être déclarés de mauvaise foi⁴⁸⁷.

Autrement dit, notre droit admet la protection de sujets de droit qui n'ont fait preuve d'aucune attention particulière quant aux conséquences de leurs actes. Il s'agit là de manière évidente d'une déresponsabilisation de l'individu qui se voit excuser sa légèreté ou son absence de rigueur. L'excès de la protection semble ici manifeste car celle-ci conduit à la remise en cause d'obligations, ce qui est une chose grave et contraire au droit commun. Les principes de sécurité et de stabilité des conventions s'en trouvent plus facilement affectés. Mais, à certains égards, la jurisprudence tente de rejeter la responsabilité du surendettement sur les professionnels. Elle estime parfois que c'est l'incidence de l'attitude du créancier sur le comportement du débiteur qui conditionne l'application de la loi.

Certains tribunaux d'instance fustigent même sans réserve le comportement des établissements bancaires⁴⁸⁸ ce qui, reconnaissons-le, est quelque fois mérité.

L'emprunteur est alors bel et bien montré comme étant la victime des excès de la société de consommation. N'étant pas rendu responsable de sa situation, il ne peut pas être déclaré de mauvaise foi.

Pourtant encore, certaines décisions vont bien plus loin. Elles admettent en effet que les consommateurs peuvent être les acteurs responsables de leur endettement mais ne les excluent pas pour autant du bénéfice de la loi.

487 T.I. Valenciennes 4 décembre 1990 - Affaire Mme T. - Inédit.

488 T.I. Limoges 1er octobre 1990 - Affaire L. - Inédit.

Dans un célèbre arrêt de la Cour d'appel de Versailles⁴⁸⁹, les magistrats relèvent expressément que les époux surendettés ont eu un comportement qui n'exclut nullement leur responsabilité. En l'espèce, ils avaient acquis une automobile non indispensable ainsi que de l'équipement ménager. La Cour relève au surplus qu'ils avaient conscience de vivre au-dessus de leurs moyens mais qu'ils étaient devenus les prisonniers d'une "spirale d'endettement". Et c'est pour ce dernier motif que le bénéfice de la loi leur a été accordé.

Dans le même ordre d'idée, le critère professionnel est parfois rejeté pour permettre l'application de la protection. Il a ainsi été jugé que la qualité d'avocat retraité ne faisait pas obstacle à l'ouverture d'un règlement amiable⁴⁹⁰. La jurisprudence n'exclut donc du processus de protection que celui qui s'endette délibérément et volontairement au-delà de ses capacités. Elle estime en revanche que peut en bénéficier celui qui s'est endetté excessivement par inconscience, insouciance ou manque de clairvoyance.

Cette solution ne nous paraît pas satisfaisante car elle tend, de manière beaucoup trop systématique à faire peser les risques de l'endettement sur les professionnels.

Certes, il faut bien admettre que la mise en cause de certains prêteurs est parfois légitime, certaines décisions relevant l'exploitation de "la légèreté, le laisser-aller, le défaut de courage de certains époux"⁴⁹¹ mais le consommateur, corrélativement, s'en trouve *ipso facto* protégé. Seuls des actes volontaires d'endettement excessif restent susceptibles de mauvaise foi. Dans les autres cas une présomption de bonne foi quasiment irréfragable semble s'imposer.

⁴⁸⁹ Versailles 28 juin 1990 - Précité.

⁴⁹⁰ Civ. 1ère 18 février 1992 - D. 1992 - 317 note Paisant.

⁴⁹¹ Riom 2 mai 1991 - D. 1992 S.C. - 101 obs. Bouloc et Chatain.

Ainsi, "si l'on y prend pas garde, la loi relative au surendettement des particuliers, prévue initialement pour régler des situations d'urgence sociale, risque de devenir un instrument économique de gestion de leur budget pour des gens riches et cultivés"⁴⁹².

N'y a-t-il pas en effet excès lorsque la loi permet de favoriser des catégories sociales aisées, au courant des réalités juridiques et économiques ?

La possibilité d'ouvrir un plan de redressement au profit de personnes disposant de revenus importants ne cadre pas avec la dimension sociale que le législateur a voulu donner à son texte.

L'usage de la loi apparaît alors comme étant la faculté de disposer d'un mécanisme permettant aux personnes insouciantes de prévoir une répartition de leurs remboursements.

Dès lors, les conséquences de la protection du consommateur surendetté s'imposent avec netteté : le consommateur est un sujet de droit surprotégé et assisté.

Son inconscience, son insouciance, parfois son absence de sérieux sont "excusés" par notre droit. Le consommateur devient alors un sujet de droit déresponsabilisé.

⁴⁹² M. Richevaux, Les petites affiches - 29 avril 1991 p. 18.

B - L'apparition d'un sujet de droit déresponsabilisé

1 - La fragilisation de la volonté du consommateur

Au sein de notre droit des contrats, il semble que le consommateur occupe une place toute particulière aux côtés des autres sujets de droit. En matière de surendettement plus précisément, la différence est encore plus marquée.

La notion de consommateur, dont nous remarquerons au passage qu'elle est ici plus restrictive que dans le domaine des clauses abusives⁴⁹³, y est en effet synonyme de protection privilégiée et d'entorses au droit commun.

Dans la phase pré-contractuelle, nous avons vu que le législateur a multiplié les efforts pour favoriser, voire conditionner l'expression d'un consentement éclairé.

La faiblesse présumée du consommateur paraît être la justification de telles mesures d'assistance et les moyens employés pour tenter d'y remédier sont d'une relative importance.

Dès lors, chacun aurait pu penser que la volonté exprimée par le consommateur, fût-elle une volonté assistée, se distinguerait par son sérieux et son caractère réfléchi.

Aussi aurait-on pu en déduire également que le dispositif de protection se trouverait allégé une fois le contrat conclu, la survenance de difficultés ne pouvant résulter, pour l'essentiel, que d'événements imprévus, extérieurs à la volonté du consommateur ou ne dépendant pas directement de sa faiblesse.

⁴⁹³ Voir 3 arrêts : Civ. 1ère 31 mars 1992 - Bull. civ. I n° 107 ; J.C.P. 1992 - IV - 1670 ; R.T.D. Com. p. 457 note Paisant. Ces arrêts définissent la dette professionnelle. Sont exclues des procédures de surendettement, les dettes "nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur".

Mais, cependant, si la loi relative à la protection des surendettés prend en compte les problèmes d'endettement passif, elle s'applique également aux consommateurs dont la situation obérée leur est partiellement imputable en raison de leur inconscience ou de leur manque de sérieux.

Paradoxalement, il apparaît donc en conséquence que le législateur admet la possibilité de l'expression d'une volonté imparfaite malgré les tentatives effectuées pour l'en empêcher.

En effet, la conception jurisprudentielle de la bonne foi est telle que sont admis au bénéfice de la loi, les consommateurs plus ou moins inconscients. Et l'inconscient n'est autre qu'un individu qui n'a pas donné un consentement sérieux.

Certes, il n'y a pas vice du consentement au sens juridique du terme, le contrat est valable, il ne peut être entaché de nullité pour cette raison.

Le consentement n'est pas sérieux dans la mesure où le consommateur n'a pas eu la capacité de se rendre compte qu'il ne saurait pas exécuter ses obligations, ce qui n'est pas sanctionnable civilement au nom de la liberté contractuelle.

Le consommateur n'aurait pas dû contracter. Il l'a fait néanmoins.

Ainsi, les exclus du régime de protection sont rares, la mauvaise foi n'étant retenue que lorsqu'il y a eu une volonté claire d'aggraver sa situation et de bénéficier de la procédure.

"La notion de bonne foi en matière de surendettement implique en réalité que soit recherchée chez le surendetté, au travers des données de la cause, et cela pendant le processus de formation de la situation de surendettement, l'élément intentionnel ressortissant à la connaissance qu'il ne pouvait manquer d'avoir de ce processus et à la volonté manifestée par lui, non de l'arrêter, mais au contraire de l'aggraver, sachant pertinemment qu'à l'évidence il ne pouvait faire face à ses engagements".

De même, lorsque le consommateur a dissimulé sa véritable situation à un prêteur, il ne doit pas en être déduit pour autant une volonté certaine et responsable de vivre à crédit⁴⁹⁴.

Dès lors, l'analyse de la jurisprudence quant à la notion de bonne foi montre que la faiblesse du consommateur et son manque de discernement continuent d'être des facteurs de protection, même après la formation du contrat. Autrement dit, la volonté, même assistée, peut demeurer imparfaite au point que sa remise en cause s'avère nécessaire.

Il faut la redéfinir pour tenter de sauver la situation financière du consommateur et ce, en totale contradiction avec le droit commun puisque l'accord initial est évincé.

La volonté du non-professionnel apparaît comme étant d'une grande fragilité et d'une grande précarité. Elle semble être davantage exprimée sur la forme plutôt que sur le fond dans la mesure où, bien qu'il s'agisse d'une volonté juridiquement valable, elle risque de ne pas être suivie d'effet.

La protection est donc organisée en faveur du consommateur contre sa propre faiblesse.*Mais dans l'esprit du législateur cette dernière résulte bien souvent du fait que les professionnels abusent de leur position dominante.

Aussi, la protection apparaît-elle aussi comme un moyen de défense offert au consommateur contre les excès de la société de consommation.

2 - Le consommateur comme victime de la société de consommation

Tout l'esprit de la législation protectrice repose sur le fait qu'il est difficile pour le consommateur de résister aux nombreuses sollicitations des professionnels malgré la réglementation censée en limiter les dangers.

Ce postulat semble constituer une sorte d'excuse pour le consommateur, une raison d'expliquer son comportement.

⁴⁹⁴ Paris 11 avril 1991 - D. 1991 - IR - 208.

L'article L. 332 - 7 Code cons. invite d'ailleurs le juge à se référer à la connaissance qu'avaient les établissements de crédit de la situation d'endettement de leur client. La jurisprudence elle-même recherche souvent dans l'attitude des créanciers une explication à la situation de surendettement, un arrêt récent rappelant d'ailleurs l'obligation de prudence qui incombe à tout professionnel ainsi que ses conséquences en cas de non respect⁴⁹⁵.

Cette position qui fait peser la charge des risques sur les professionnels rejoint les obligations pré-contractuelles qui imposent de conseiller ou même parfois de déconseiller.

En l'occurrence, dans le domaine du crédit, il s'agirait pour le prêteur d'inciter le consommateur à ne pas contracter de nouveau prêt en raison d'une situation déjà obérée ou susceptible de le devenir.

En s'abstenant de le faire, le professionnel abuserait de la faiblesse de son cocontractant. Mais alors, quelle part d'autonomie est-elle laissée au consommateur ? Est-il cantonné à l'exécution des conseils avisés de la partie dominante ?

Telle semble être la conséquence de notre droit destiné à lutter contre le surendettement par la remise en cause de la volonté initialement exprimée.

Cette redéfinition du contrat qui se veut profitable au consommateur l'est parfois aussi au professionnel, l'existence d'un plan de redressement étant souvent le seul moyen pour ce dernier de recouvrer sa créance, au moins partiellement.

En effet, l'un des paradoxes de la protection en matière de surendettement est de permettre, dans certains cas, de favoriser le créancier au détriment du non-professionnel. Le droit commun prévoit en cas d'insolvabilité d'un individu des limites légales aux procédures de saisies.

⁴⁹⁵ Civ. 1ère 24 février 1993 - Bull. civ. I n° 371.

Elles n'existent pas dans le cadre du surendettement dont le plan peut légitimement prévoir des calculs plus rigoureux pour le débiteur que ceux qui auraient pu être prévus par l'application des voies de recours "normales".

Ces dernières retrouvent d'ailleurs leur emprise dès lors que le plan n'est plus respecté.

Pourtant, il faut bien constater que la responsabilité des grandes sociétés de vente dans le surendettement est parfois manifeste. Elles ont très souvent leur propre établissement financier et multiplient les offres de crédit par cartes... pour relancer leur distribution sans se soucier des problèmes que cela posera aux clients.

Qui plus est, leur endettement est susceptible de rapporter davantage par le jeu des intérêts ou pénalités de retard. Certains établissements prennent même parfois des mesures en réaction à la loi en incitant les emprunteurs à signer des attestations relatives à leur état d'endettement afin de caractériser leur mauvaise foi⁴⁹⁶.

D'autres encore ne remettent pas le contrat de crédit à l'emprunteur afin d'en réduire la portée psychologique et de minimiser l'opération.

Il y a donc une collectivisation des responsabilités quant au surendettement.

Les consommateurs sont les victimes des abus commis par des professionnels peu scrupuleux mais il leur incombe aussi un devoir de vigilance, celui de contracter en prévoyant les conséquences futures de leurs actes.

Quoiqu'il en soit, la remise en cause permise des obligations est source d'insécurité juridique.

Le propre du contrat, c'est sa stabilité. Ce postulat semble s'amenuiser, le silence et les lacunes de la loi y contribuent.

⁴⁹⁶ Il s'agit de faire signer à l'emprunteur une attestation selon laquelle il n'a pas d'autre prêt.

Il est clair désormais que pour le consommateur, la conception du Code civil n'est plus aujourd'hui de mise. La volonté du consommateur est une volonté de faible valeur qui reste toujours imparfaite.

Sa faiblesse est continue tout comme l'est la protection car la société de consommation dépasse les concepts classiques de notre droit. Comme en droit du travail où le salarié est présumé être la victime de celui qui exploite sa force de travail, la sollicitude du législateur à l'égard du consommateur repose sur le refus de l'exploitation d'une société dominante.

Mais, à en faire une victime désignée par avance, ne contribue-t-on pas seulement à renforcer la faiblesse du consommateur ?

Le dispositif en place ne l'incite certes pas à se prendre en charge lui-même. Au contraire, le rapport Léron a noté que certains ménages cessaient de régler leurs dettes brutalement lors du dépôt de leur dossier.

Se sentant pris en charge, le consommateur s'abandonne aux bontés de la loi qui lui refuse une certaine autonomie. S'estimant la victime d'un système, il en attend en retour une légitime protection dont il devient "créancier". La notion de bonne foi qui conditionne l'application de la loi ne semble exclure que les escrocs.

Mis à part le cas des surendettés passifs, la bonne foi devient synonyme de faiblesse sans être exclusive d'une attitude volontaire de la part du consommateur. Dès lors, il ressort de la loi relative au surendettement, et surtout de son application, que la volonté du consommateur est toujours plus ou moins inconsciente.

En conséquence, lorsque surgissent des problèmes post-contractuels, il peut en être responsable mais pas condamnable s'il n'est pas démontré que son attitude a intentionnellement recherché le bénéfice de la loi.

Le consommateur est alors très éloigné du bon père de famille dans l'esprit du Code civil. Comme tout sujet de droit, le bon père de famille se doit d'être vigilant et est doté d'un certain pouvoir d'initiative. Le consommateur, en revanche, apparaît beaucoup plus faible et beaucoup plus vulnérable.

Sa protection est assurée par la loi et il intervient très peu par lui-même comme placé sous une sorte de tutelle législative.

Force est en effet de constater que dans le processus contractuel et particulièrement en cas de surendettement, le consommateur, pourtant premier intéressé, fait figure d'un sujet de droit effacé.

3 - L'effacement du rôle du consommateur

La législation relative au surendettement reconnaît implicitement au consommateur une certaine incapacité de gestion. Les dispositions de la loi sont, à certains égards, une incitation à ne pas se prendre en charge soi-même.

Certes, il ne faut pas rejeter les textes en bloc. Ils ont des objectifs charitables et louables, mais ils sont parfois excessifs. Ils donnent souvent l'impression de créer un microcosme au sein du droit des contrats.

A côté du bon père de famille contractant se trouve le consommateur contractant entouré d'un arsenal protecteur exorbitant du droit commun. Le droit des contrats est souvent bafoué ou écarté au profit de ce dernier. Mais, ce qui est particulièrement frappant, c'est que la protection n'est pas mise en œuvre directement par le consommateur.

C'est lui, bien sûr, qui peut saisir la commission amiable et le juge, mais, outre le déclenchement de la procédure, aucune autre initiative ne lui est laissée.

Le seul "effort" qu'il a à réaliser est celui d'exécuter les mesures prises par la commission ou le juge encore qu'aucune sanction ne soit prévue en cas d'inexécution, le droit commun retrouvant alors son emprise.

L'inconvénient d'un tel système est donc naturellement le risque de déresponsabilisation des individus. Déjà, dans la phase pré-contractuelle, nous regrettons de devoir constater la prise en charge directement par la loi de la protection du consommateur d'une manière qui contourne sa faiblesse mais ne la résorbe pas.

Est-ce souhaitable ? Est-ce bénéfique ?

Toujours est-il que le droit des contrats s'émousse de façon considérable. Le droit de la consommation entraîne la disparition progressive de la notion de contractant classique.

Dans la conception du Code civil, l'intérêt du contrat résidait dans la grande liberté laissée aux parties d'établir leur propre loi.

L'article 1134 C. civ., pivot du droit contractuel classique, se devait d'être le garant de cette volonté commune des parties.

Avec le droit de la consommation, le sujet de droit, sans être juridiquement incapable, n'est plus considéré comme conscient. Il est un individu inférieurisé qui se "laisse guider" par un encadrement juridique très présent. Sujet déresponsabilisé, le consommateur semble n'avoir que des droits et pratiquement plus de devoirs.

Qui plus est, ces droits sont mis en œuvre pour lui. La loi encadre donc étroitement le contrat de consommation comme elle le fait pour le contrat de travail ou le bail d'habitation.

N'assiste-t-on pas à une réglementation, une socialisation du contrat ?

La convention échappe aux parties qui doivent se plier à un moule juridique très précis.

Le droit de la consommation semble réduire la volonté à un accord mais à un accord fragile puisqu'il peut être remis en cause lorsque des difficultés surviennent en cours d'exécution. Nous sommes ici bien loin de la conception classique du contrat.

Autrefois, la loi était supplétive de volonté. En cas de problème, les parties ou le juge s'y référaient.

Aujourd'hui, avec le seul droit de la consommation, il s'agit pour l'essentiel de règles d'ordre public donc impératives. Les parties ne peuvent les écarter, elles y sont strictement soumises, ce qui réduit considérablement leur liberté contractuelle.

L'initiative des contractants et particulièrement celle du consommateur, est toujours réduite lorsque le surendettement constaté fait l'objet d'un traitement selon les prescriptions de la loi. C'est la commission ou le juge qui se chargent de rechercher une solution, les parties se contentant d'accepter ou de refuser le plan dans la procédure amiable, s'inclinant en cas de redressement judiciaire civil.

Il nous faut donc bel et bien constater un effacement du rôle des parties, une diminution de leur emprise sur le contrat.

La sécurité des rapports juridiques s'en trouve affectée. L'action du professionnel est fustigée. Celle du consommateur protégée et corrigée.

Dès lors, il devient légitime de se demander si le consommateur est encore un sujet de droit à part entière ? La faible marge de manœuvre nous le laisse difficilement penser.

L'extrême protection qui l'entoure en fait un sujet de droit assisté, ce qui paraît paradoxal.

4 - Un sujet de droit trop assisté ?

"Les études effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989 ont démontré que la France disposait d'un des systèmes de protection des consommateurs les plus complets au monde"⁴⁹⁷.

La protection n'en est donc aujourd'hui que plus poussée. Mais est-il bon de mettre en œuvre une assistance aussi importante ? L'excès de protection ne tue-t-il pas la protection ?

Certains auteurs ne semblent pas souscrire à ces vues et souhaitent au contraire un renforcement du dispositif.

Gilles Paisant plaide en faveur de l'instauration d'une véritable faillite civile qui, selon lui, présenterait plusieurs avantages comme "la libération de l'intéressé par la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif" qui permettrait de résoudre les plus graves cas de surendettement⁴⁹⁸. Cette faillite civile aurait également, selon M. Paisant, "la double vertu d'inciter les créanciers - spécialement les organismes prêteurs - à la prudence et de replacer le débiteur dans une situation patrimoniale saine".

Mais retenir une telle solution nous paraît excessif.

La connaissance de l'existence juridique d'une faillite civile "institutionnaliserait le droit de ne pas payer ses dettes"⁴⁹⁹.

Il faut noter cependant que si la jurisprudence n'a pas consacré la faillite civile, elle a néanmoins permis d'y tendre lorsqu'il est permis de réduire les taux à zéro. Elle a donc par là même contribué à isoler le consommateur des autres contractants.

⁴⁹⁷ Rapport de M. Léron - Précité p. 96.

⁴⁹⁸ G. Paisant - Du redressement judiciaire civil à la faillite civile ? C.C.C. juin 1991 n° 10.

⁴⁹⁹ G. Paisant - Précité.

Incontestablement, il est devenu un sujet de droit assisté éloigné des valeurs de responsabilité et de liberté. Il est un sujet de droit qui n'assume plus la responsabilité de ses actes.

Ceci ne semble pas soucier le législateur qui recherche avant tout la protection sans nécessairement se préoccuper de ses incidences éventuelles.

Les termes de la loi sont généralement flous et ambigus et il est d'ailleurs permis de se demander si ceci est volontaire ou traduit l'embaras des parlementaires quant à la justification d'un dispositif aussi dérogoire au droit commun.

Quoiqu'il en soit, si le consommateur est encore un sujet de droit, il se voit reconnaître une volonté fragile et précaire. Le consommateur est un individu dépossédé d'une partie de ses droits, droits qui lui sont ensuite restitués par la loi qui les exerce pour lui.

Il se retrouve placé comme sous sauvegarde de justice au même titre que les autres sujets de droit "sensibles" tels que le salarié ou le locataire.

Présumé faible, ignorant, le consommateur a besoin d'une protection spécifique qui en fait un sujet de droit spécifique, *sui generis*.

Ainsi mis à l'écart des autres "acteurs" du droit, il s'en trouve nécessairement inférieur. Montré comme un être faible, rien ne semble véritablement fait pour s'attaquer à la cause de cette faiblesse. Au contraire, les solutions apportées ne sont que des palliatifs qui permettent de limiter les effets de cette faiblesse mais elles ne la combattent pas.

C'est là justement la raison principale de l'affaiblissement du consommateur malgré sa protection. Trop d'assistance en fait un "créancier" de la protection qui ne cherche plus à se défendre par lui-même mais demande au contraire à la loi et à la jurisprudence de se substituer à lui contre son cocontractant professionnel. Sans doute, et beaucoup le répètent, faut-il insister davantage sur les systèmes préventifs.

L'éducation et la formation du consommateur, à l'image de ce qui est en vigueur dans certains pays d'Europe du Nord, est probablement l'une des clefs pour résorber le déséquilibre qui existe entre professionnels et non-professionnels.

Avant de miser sur une réglementation spécifique et dérogatoire au droit commun, il vaut mieux essayer d'optimiser le fonctionnement des règles existantes en essayant de permettre au consommateur éduqué d'y avoir recours au même titre que les autres sujets de droits.

C'est le consommateur qui doit être "hissé" à la hauteur du droit commun au lieu de lui permettre l'accès à des règles spécialement conçues pour lui autour de sa faiblesse.

Peut-être serait-il bon également de favoriser le recours aux professionnels du droit.

Devant la complexité des situations contractuelles actuelles, l'aide d'un avocat, notaire, peut être parfaitement justifiée et bénéfique.

Le consommateur renseigné, conseillé, aidé, sera en même temps un consommateur instruit car nul n'ignore les vertus pédagogiques d'un dialogue avec un spécialiste. Loin d'être infériorisé, il participera, avec l'aide du juriste, à sa protection et sera ainsi mieux armé pour conclure, à l'avenir, une opération éventuelle.

De même, dans le domaine du surendettement où la question de la protection est délicate, peut-être serait-il intéressant d'instaurer un système d'assurance sous réserve de limiter le bénéfice de celle-ci au seul surendettement passif et donc sans trop déresponsabiliser l'individu.

Comme pour les activités dont les conséquences peuvent être fâcheuses, une répartition collective des risques pourrait apporter une solution dans le même esprit que celui de la loi de 1985 relative aux accidents de la circulation.

Enfin, une moralisation du comportement de certains établissements de crédit serait aussi souhaitable.

La dimension souvent gigantesque des grands groupes financiers a, parfois pour conséquence, de minimiser les effets d'un incident de paiement. Leur taille inhumaine fait qu'ils peuvent se permettre des écarts, les condamnations financières étant pour eux peu dissuasives.

Ainsi, il n'existe que peu d'obstacles à la tentation d'offrir toujours plus de crédit au consommateur.

La difficulté d'une bonne protection n'en est que plus aiguë.

CONCLUSION

LE PARADOXE DU CONSOMMATEUR

Au terme de cette étude, il convient de tenter d'apporter une réponse à la problématique posée. Le consommateur est-il un véritable sujet de droit ? Est-il capable d'exprimer un consentement réel et sérieux ?

Quelle est la force de sa volonté ?

Nous l'aurons compris, le consommateur occupe une place à part au sein de notre droit. Il est pris en compte par la loi en tant que tel. Il en existe d'ailleurs un véritable statut car un nombre important de dispositions est prévu en sa faveur et est destiné à l'assurance de sa protection.

"On a longtemps compris les règles d'ordre public comme visant exclusivement la sauvegarde de la collectivité"⁵⁰⁰ mais il semble que celles-ci désormais puissent être mises au service d'un individu ou d'un groupe d'individus caractérisés par leur seule faiblesse face à un cocontractant puissant. Car c'est sur ce postulat de départ que repose l'ensemble du dispositif destiné à protéger les "consommateurs présumés ignorants des règles du marché et incapables de se défendre contre les méthodes agressives des professionnels"⁵⁰¹.

L'idée de base est en effet que pour être un véritable sujet de droit capable, il faut être en mesure de pouvoir exprimer une volonté réelle et éclairée. Or, nous savons que l'évolution de nos sociétés a été telle qu'il n'apparaît plus possible aujourd'hui, dans la plupart des cas, d'envisager une certaine égalité entre contractants. La présence d'une partie en situation dominante et d'une autre se trouvant corrélativement en position d'infériorité n'est pas bonne. Elle ne permet pas au consommateur de consentir en toute connaissance de cause et ainsi de jouir valablement de ses droits.

⁵⁰⁰ G. Couturier - L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, dans : Etudes Jacques Flour - Répertoire du Notariat Defrénois - 1979 p. 101 n° 6.

⁵⁰¹ G. Raymond - Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs - C.C.C. Février 1992 n° 4.

Priver ce dernier de toute assistance reviendrait donc à lui refuser la qualité de sujet de droit à part entière.

Il n'est donc pas ici question de remettre en cause le principe de la nécessaire protection qui lui est accordée.

Mais, dès lors, qu'en est-il du "consommateur assisté" ⁵⁰²?

Nous l'avons vu, il s'agit d'une personne étroitement encadrée mais aussi quelque peu isolée des autres sujets de droit en raison de l'existence de nouveaux rapports contractuels spécifiques bien différents de ceux qui régissent les obligations classiques.

Sans trop d'hésitations, nous pouvons dire qu'à côté de ces dernières existe une véritable obligation consumériste ayant une autre apparence et une autre dimension.

Le doyen Carbonnier relève même que "l'obligation tend souvent aujourd'hui à devenir un rapport de droit triangulaire : le créancier, le débiteur et l'Etat"⁵⁰³. Il est ainsi sûr que le contrat de consommation n'est plus la seule chose des parties, tant dans sa formation que dans son exécution.

Un tel bouleversement n'est naturellement pas sans incidence sur la notion de volonté qui est alors comprise dans une autre acception.

Tout le système reposant sur une éventuelle incapacité d'exercice dont serait frappé le consommateur, il doit en être déduit qu'un consentement ne peut être sérieux sans assistance. En l'occurrence, l'information, la réflexion et la réaffirmation apparaissent comme des facteurs déterminants et indispensables de l'expression d'une volonté valable.

⁵⁰² L'expression tend à devenir pléonastique.

⁵⁰³ J. Carbonnier - Droit civil, tome 4 : les obligations.
P.U.F. 1994 n° 5.

De même, une fois la convention conclue, l'idée traditionnelle de respect de la parole donnée laisse souvent la place aux notions d'attente raisonnable, de suite naturelle ou d'urgence sociale laissant transparaître une conception nouvelle des effets que peut produire un consentement.

Le rôle du juge, en cas de difficultés d'exécution, apparaît alors primordial pour modérer, compléter ou modifier l'engagement initial du consommateur.

Mais inévitablement se pose la question de savoir plus précisément quels sont les rapports qu'entretient le droit de la consommation avec le droit commun. Ce dernier est-il respecté ? Est-il bafoué ?

La complexité des mécanismes mis en place interdit toute réponse tranchée et catégorique. Nous savons cependant que la protection des plus faibles a toujours été l'un des objectifs principaux et des plus louables du droit commun. En ce sens, l'aide apportée au consommateur respecte l'esprit de la réglementation classique.

Mais nous savons aussi que le principe de sécurité et de stabilité des conventions est l'un des piliers de notre droit contractuel et, dans ce domaine, le dispositif prévu peut, à certains égards, appeler la critique, voire la réprobation.

Le consommateur trouve alors son originalité dans l'ambiguïté et le paradoxe des rapports qu'il entretient avec le droit commun.

Par l'emploi de mécanismes rarement originaux et le plus souvent éprouvés, le consommateur se voit tantôt "hissé" au niveau du droit commun pour en permettre une plus juste application et tantôt autorisé, au contraire, à s'en écarter de manière à remédier à une situation déséquilibrée bien qu'elle n'aurait pas dû l'être.

Objet de toutes les attentions, le consommateur qui voit s'organiser autour de lui un tel régime de protection, devient un sujet de droit assisté, conseillé, dirigé, perdant ainsi beaucoup des qualités censées être propres à tout contractant.

Mais cette étrange situation qu'il partage peut-être dans une moindre mesure avec le salarié, l'assuré ou le locataire, cultive un autre paradoxe d'une importance remarquable.

Comment, en effet, ne pas s'étonner du double langage employé par la loi qui, dans un premier temps, multiplie les efforts en faveur de l'expression d'une volonté forte et consciente alors que, dans un deuxième temps, elle semble parfois n'accorder qu'une valeur d'une grande précarité au consentement qui a été précédemment exprimé ?

Que faut-il en déduire quant à l'autonomie juridique et à la liberté d'un tel contractant qui paraît dépourvu des qualités inhérentes à tout sujet de droit ?

L'ambivalence de la protection du consommateur en fait l'une de ses spécificités et de ses caractéristiques principales.

Rendre accessible au consommateur le droit commun des obligations ne peut être critiquable. Ce dernier fait du consentement l'une des conditions essentielles de la formation d'une convention. Sur ce point, le droit de la consommation n'y déroge pas. Au contraire, il insiste fortement sur l'importance de l'expression d'une volonté éclairée. Face aux procédés modernes de communication et de distribution, la loi accentue ses efforts sur la recherche d'un consentement fort.

L'ensemble du dispositif pré-contractuel ne vise finalement rien d'autre que de permettre une plus juste application du droit commun.

Accès à l'information, droit au conseil, obligation de respecter un certain formalisme, réaffirmation nécessaire de la volonté : l'esprit du droit commun n'est pas trahi, même si les moyens de parvenir à ses objectifs sont quelque peu détournés.

Tout est mis en œuvre pour éviter la présence d'un vice du consentement dont la reconnaissance serait défavorable au consommateur notamment quant à la sanction encourue : la nullité du contrat.

L'essence du droit commun est donc respectée mais nul ne saurait ignorer cependant que quelques aménagements ont été effectués pour ce faire. En effet, si la loi vient donner au consommateur, fût-ce au détriment du professionnel, les moyens de consentir librement à l'opération contractuelle, c'est que le consentement reste une valeur centrale et indispensable. On ne peut cependant nier que celui-ci a fait l'objet d'une redéfinition.

Nous avons vu que, par l'évolution des temps économiques, la volonté est généralement réduite à l'adhésion à un contenu contractuel préétabli.

La simple acceptation constitue incontestablement une évolution réductrice du principe de l'autonomie de la volonté mais on ne peut dire néanmoins qu'il y a atteinte à la règle.

Le consentement est conditionné, préparé, conseillé, mais il reste libre et juridiquement autonome. Il est, certes, entouré de multiples précautions, il doit être continu, répété, vouloir un seul instant n'est plus suffisant mais il demeure l'apanage des parties. Il est aussi assorti d'un droit à l'erreur lorsqu'il est permis au consommateur de se rétracter mais encore une fois, il reste, pour ce dernier, le fait de sa seule volonté.

Les difficultés évidentes de résister aux pressions venant des professionnels ont donc naturellement conduit notre droit à évoluer.

Sans en altérer l'esprit, le droit de la consommation semble à certains égards avoir "réinventé le droit commun"⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ L'expression est due à Madame Delmas-Marty. D. 1995 - chron. - 1.

Le consommateur, nouveau sujet de droit, est alors l'exemple vivant d'une conception évolutive de nos rapports juridiques. La société se transforme, le droit s'adapte, change avec elle sans forcément être totalement remis en cause.

L'assistance devient le corollaire indispensable de la surpuissance de l'une des parties. Elle facilite la tâche des plus faibles, leur permet de déjouer certains pièges, leur accorde un accès loyal et juste au système contractuel qui se doit d'être, par principe, ouvert à toute personne capable.

Ainsi envisagé, le consommateur n'a aucune raison d'être considéré comme un sujet de droit dévalorisé ou déprécié, même si sa volonté ne correspond plus à la conception originelle du Code civil.

Malheureusement, les choses sont parfois différentes et viennent quelque peu remettre en cause une protection dont les fondements ne sont pas en eux-mêmes critiquables. Il en est ainsi, par exemple, de certaines dispositions parcellaires maladroites comme le délit d'abus de faiblesse, ou de certaines positions jurisprudentielles trop rigides qui semblent transformer la présomption de faiblesse du consommateur en une présomption d'imbécilité⁵⁰⁵.

Mais, plus gravement, c'est une grande partie de la législation protégeant le consommateur une fois le contrat conclu qui contrevient ouvertement au droit commun et nous oblige à avoir de celui-ci une autre vision que celle qui nous est permise dans la phase pré-conventionnelle.

Nous n'ignorons pas que de tous temps il a été permis au juge de pénétrer dans la sphère contractuelle lorsqu'une difficulté d'exécution se présente et notamment lorsqu'une clause peu claire ou ambiguë constitue pour les parties une pierre d'achoppement.

Sur le fondement de l'article 1134 C. civ, l'obligation d'exécuter les obligations de bonne foi permet aux tribunaux d'introduire un peu d'équité dans le contrat.

⁵⁰⁵ Au sens étymologique du terme.

De même, d'autres dispositions classiques autorisent implicitement le rééquilibrage de la convention au profit de la partie faible.

Le consommateur, naturellement, bénéficie de ces dispositions qui, il faut bien le dire, font parfois pour lui l'objet d'une lecture un peu plus hardie que celle qu'autorise le Code civil.

Mais ce n'est pas véritablement dans ce domaine que le problème se pose, même si l'on peut s'étonner que le consommateur, malgré les efforts de la loi, n'ait pu exprimer sa volonté que maladroitement.

Ce n'est pas non plus essentiellement lorsque le juge se livre à une interprétation complétive du contrat, découvrant ainsi des obligations auxquelles les parties n'ont peut-être pas pensé.

Pourtant, là encore, les rapports avec le droit commun ne sont pas forcément des plus heureux puisqu'il ne s'agit ni plus ni moins que d'une interprétation divinatoire destinée à pallier les manquements du consommateur.

C'est en revanche lorsqu'il est permis au magistrat de nier la volonté de la partie faible, ou même de modifier autoritairement le contenu du contrat, que le régime de protection montre alors son absence de logique.

Tout d'abord parce que le droit commun est ici manifestement contourné.

Ensuite parce que la question de savoir si le consommateur est ou non un véritable sujet de droit se trouve reposée puisque sa volonté peut être purement et simplement privée d'effets. Paradoxalement, la loi elle-même dresse implicitement un constat d'échec de ses propres dispositions puisqu'après avoir favorisé l'émergence d'une volonté forte et éclairée, elle vient affirmer que cette même volonté peut être finalement extrêmement précaire.

Les engagements souscrits peuvent tout d'abord faire l'objet d'une négation partielle.

Tel est le cas, en pratique, lorsque la convention présente entre les parties un "déséquilibre significatif". Le juge est alors autorisé à supprimer les dispositions défavorables au consommateur, dispositions que ce dernier a pourtant acceptées.

Admettre qu'il n'a pu en fait les connaître, donc valablement les avaliser, procède d'un autre illogisme car cela signifie que par une inconscience inavouée ou peut-être une sorte d'incapacité qui n'auraient pas dû exister en raison des efforts de la loi, il y a eu expression d'un consentement vicié normalement susceptible d'être sanctionné par le droit commun.

Or, le juge entré dans la sphère contractuelle dispose du pouvoir de réputer non-écrite la clause incriminée et donc ainsi de sauver le contrat de la nullité.

Il devient alors le garant d'une exécution favorable au consommateur dont la volonté initialement exprimée prend, en conséquence, un rôle quelque peu secondaire. Tant que les obligations ne jouent pas à son détriment, sa volonté est censée parfaite et ne fait l'objet d'aucune remise en cause mais dès lors que l'exécution du contrat se fait défavorable au consommateur, le consentement qui a été donné perd de son importance et est à certains égards corrigé et modifié.

Peut-on alors parler de sujet de droit capable lorsqu'une personne juridique exprime une volonté qui n'a de valeur que sous la condition suspensive d'une exécution qui lui serait favorable ?

Que dire aussi lorsque l'on voit qu'en cas de surendettement, l'entorse au droit commun se fait plus manifeste encore puisque ce ne sont plus certaines dispositions du contrat qui peuvent être niées mais la convention toute entière ?

Incontestablement, il y a là sur le plan théorique pur une incohérence évidente qui constitue le point névralgique d'une protection devenue maladroite.

L'idée de faveur qui prédomine a ici pour conséquence de mettre à néant le principe même du contrat et ses qualités : la sécurité et la stabilité. Il n'est plus la chose des parties et la volonté exprimée par celles-ci n'a plus qu'une importance toute relative.

Dès lors, le consommateur prend une dimension différente de celle qui devrait être celle d'un sujet de droit classique. Il est finalement un individu à double facette subissant les conséquences d'une réglementation ambivalente dont les rapports avec le droit commun s'avèrent parfois contradictoires.

L'idée d'une autonomie du droit de la consommation réapparaît alors avec plus de force, la spécificité de l'arsenal protecteur constituant le principal facteur d'isolement d'un individu faisant l'objet des attentions particulières du législateur.

Ici encore, nous ne remettons pas en cause le principe même de la protection, mais certaines techniques mises en œuvre qui donnent du consommateur l'image d'un personnage juridique privilégié, hors des cadres habituels de la loi et qui jouit d'un statut d'exception tolérant ou même excusant un manque de sérieux dans la gestion de ses affaires.

L'irréflexion, le laxisme ou le laisser-aller semblent pouvoir être contournés par une législation peut-être trop bienveillante.

L'incohérence juridique d'une protection qui réalise la synthèse des contraires fait du consommateur une étrange personne puisqu'on ne peut déterminer à l'avance la valeur qu'il faut accorder à la volonté qu'elle a exprimée.

Pourtant, un sujet de droit est une personne juridique titulaire de droits et d'obligations et nul ne peut contester, en définitive, que le consommateur le reste malgré les interventions audacieuses de la loi et de la jurisprudence. Peut-être remarquera-t-on cependant un certain déséquilibre entre ces droits et obligations au profit des premiers. C'est en ce sens que réside l'une des problématiques qui touchent la réglementation propre à la consommation. Plus qu'un sujet de droit, le consommateur apparaît à certains égards être davantage un sujet de droits.

Toujours à la recherche de sa définition, il s'inscrit dans un mouvement général tendant à créer un nouveau personnage juridique : le sujet de droit assisté dont le consommateur ne serait finalement que le parangon.

Nous pouvons en effet nous demander si l'assistance n'est pas devenue une nécessité inhérente à notre époque où la spécialisation se fait de plus en plus pesante.

Il semble qu'aujourd'hui on ne puisse plus consentir librement sans une aide permettant l'indispensable accès à la connaissance et à une certaine forme d'information.

La prise de dispositions d'ordre public, l'émergence de nouvelles normes collectives, la création de nouveaux rapports contractuels traduisent la volonté de faire de l'assistance une obligation de la vie courante.

Deux exemples législatifs récents peuvent être cités à titre indicatif : l'article 60 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 qui permet à un individu d'obtenir une aide à la consultation ou une assistance en vue de l'établissement d'un acte juridique et le décret n° 94-225 du 21 mars 1994 qui prévoit dans son article 7 "la mise en place d'actions de conseil et la délivrance de chéquiers-conseils" pour aider ceux qui veulent créer ou reprendre une entreprise.

Le consommateur, peut-être plus exposé que d'autres, est certainement de ceux qui ont le plus contribué à accentuer ce mouvement de protection. Il est vrai que pour lui, l'assistance prend une dimension multiple tant dans ses formes que dans ses origines.

La loi elle-même en est, bien sûr, la principale organisatrice et le recensement des différentes techniques mises en place est impressionnant : usage du temps, incitation à la réflexion, dissuasion pénale, remise en cause de certains principes du droit commun... participent à l'œuvre d'aide commandée par les impératifs de la société de consommation.

Mais les "fournisseurs" d'assistance sont, eux aussi, nombreux : professionnels mis à contribution soit négativement par l'interdiction du recours à certains procédés, soit positivement par la nécessité de conseiller ou de déconseiller, publicitaires chargés de trouver le message adéquat, associations de consommateurs agissant pour le compte d'autrui, commissions administratives de surendettement investies de missions "bons offices" et enfin magistrats, derniers recours offerts aux consommateurs en situation de détresse financière.

Tant d'assistance ne peut être offerte que lorsqu'une impérieuse nécessité l'exige. Pour certains consommateurs, cette dernière condition est remplie. Mais peut-être pas pour tous.

Aussi est-il dommage qu'une conception trop unitaire de la présomption de faiblesse soit retenue, celle qui tend à être envisagée comme étant irréfragable, et qui entraîne ainsi la dévalorisation généralisée d'un groupe d'individus dont la diversité est pourtant extrême.

Car c'est aussi en raison de cette rigidité combinée à l'absence de définition précise de la notion de consommateur que des incohérences existent.

En effet, malgré certaines entorses au droit commun, on peut admettre que certaines personnes en situation précaire nécessitent une protection poussée.

On ne peut accepter en revanche que la loi puisse devenir un instrument de confort permettant aux insouciants de voir leur contrat reconsidéré en étant eux-mêmes dégagés de toute responsabilité.

Or, la loi, notamment dans ses dispositions relatives au surendettement, admet parfois dans son champ d'application des individus dont les problèmes sont en grande partie liés à leur propre légèreté. Là encore, il y a un paradoxe à aider des personnes normalement suffisamment protégées.

Il serait nécessaire, sur le plan pratique, de ne pas laisser s'installer une apparence de protection facile aux vertus fort peu pédagogiques.

N'oublions pas que protéger par l'octroi de droits dérogatoires aux règles classiques, c'est-à-dire par un régime d'exception, est facteur de désresponsabilisation.

Dès lors, la volonté contractuelle, même parfois mise à mal, doit rester plus que jamais l'élément essentiel du droit des obligations. Aussi serait-il bon de lui redonner la place centrale qui est la sienne par une éducation appropriée des consommateurs bien avant que ne soit envisagée une quelconque opération contractuelle tout en accentuant les efforts de moralisation des pratiques professionnelles.

La responsabilisation de l'individu doit être recherchée avant tout car elle est le corollaire essentiel de la liberté contractuelle. Elle passe en partie par une indispensable détermination du champ d'application des dispositions protectrices, ces dernières ne devant être réservées qu'à ceux qui, sans être incapables, sont néanmoins dépassés par les techniques contractuelles modernes.

Mais elle passe aussi par la recherche d'un état d'esprit dont les concepts intemporels ont forgé notre civilisation. C'est celui qui est basé sur la faculté de tout un chacun de mesurer la portée de ses engagements et de savoir accorder, sauf accident, une certaine importance au respect de la parole donnée.

Ainsi envisagée, l'idée d'une aide aux plus faibles s'en trouvera grandie.

Les atteintes au droit commun se feront moins nombreuses car moins systématiques et le consommateur ne sera plus "l'objet" d'une protection à la fois nécessaire et maladroite mais sera, au contraire, l'acteur à part entière d'une opération contractuelle efficace.

Peut-être découvrira-t-on alors les vertus d'une assistance "ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile"⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Cette formule sortie de son contexte revient au pénaliste Rossi, l'un des fondateurs de l'Ecole néo-classique du XIX^{ème} siècle, qui prônait la punition "ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile".

**Principales abréviations
et sources**

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<u>Al</u>	Alinéa
<u>A.L.D.</u>	Actualité législative Dalloz.
<u>A.P.</u>	Assemblée plénière de la Cour de Cassation.
<u>Art.</u>	Article (d'un code)
<u>Ass. Plén.</u>	Assemblée plénière de la Cour de cassation.
<u>B.O.C.C.R.F.</u>	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
<u>B.R.D.A.</u>	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre.
<u>Bull. civ.</u>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles.

<u>Bull. inf. C. cass.</u>	Bulletin d'informations de la Cour de cassation.
<u>C. cass.</u>	Cour de cassation.
<u>C. civ.</u>	Code civil.
<u>C.C.C.</u>	Revue Contrats concurrence consommation.
<u>C.J.C.E.</u>	Cour de justice des Communautés européennes.
<u>Cass. com.</u>	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
<u>Cass. crim.</u>	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
<u>Cass. soc.</u>	Chambre sociale de la Cour de cassation.
<u>C. cons.</u>	Code de la consommation.
<u>Ch.</u>	Chambre (d'une juridiction).

<u>Ch. mixte</u>	Chambre mixte de la Cour de cassation.
<u>Civ. 1ère, Civ. 2ème,</u> <u>Civ. 3ème</u>	Première, deuxième et troisième chambres civiles de la Cour de cassation.
<u>D.</u>	Recueil Dalloz.
<u>D. Chron.</u>	Chronique du Dalloz.
<u>D.H.</u>	Recueil Dalloz hebdomadaire.
<u>D. I.R.</u>	Informations rapides du Dalloz.
<u>D.P.</u>	Dalloz périodique.
<u>D.S.</u>	Recueil Dalloz - Sirey.
<u>D.S.C.</u>	Sommaires commentés du Dalloz.
<u>G.P.</u>	Gazette du Palais.

<u>J. ci. Pénal</u>	Jurisclasseur pénal.
<u>J.C.P.</u>	Jurisclasseur périodique. Semaine juridique, édition générale.
<u>J.C.P. éd. C.I.</u>	Jurisclasseur périodique, édition commerce et industrie.
<u>J.C.P. éd. N.</u>	Jurisclasseur périodique, édition notariale.
<u>J.O.</u>	Journal Officiel de la République Française.
<u>J.O.A.N.</u>	Journal Officiel Assemblée Nationale.
<u>J.O.C.E.</u>	Journal Officiel des Communautés Européennes.
<u>Obs.</u>	Observations.
<u>R.D.S.</u>	Revue de droit social.
<u>Rép. civ. Dalloz</u>	Répertoire civil Dalloz.

<u>Rép. Defrénois</u>	Répertoire du notariat Defrénois.
<u>Req.</u>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
<u>Rev. Eur. Droit Cons.</u>	Revue européenne de droit de la consommation.
<u>Rev. Eur. Cons.</u>	Revue européenne de la consommation.
<u>R.I.D. Comp</u>	Revue internationale de droit comparé.
<u>R.T. D. Civ.</u>	Revue trimestrielle de droit civil.
<u>R.T. D. Com.</u>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<u>T. com.</u>	Tribunal de commerce.
<u>T. corr.</u>	Tribunal correctionnel.
<u>T.G.I.</u>	Tribunal de grande instance.

T.I.

Tribunal d'instance.

S.

Sirey.

PRINCIPALES SOURCES

I - Traités, thèses, manuels et précis

AMBRA (d') D.

L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges - L.G.D.J. 1994.

AUBERT J-L.

Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat - L.G.D.J. 1970.

AYNES L.

Formalisme et prévention dans le droit du crédit au consommateur - Litec Droit 1982.

BAUMANN D.

Droit de la consommation - Litec 1977.

BENABENT A.

Droit civil, les obligations.

3ème édition - Montchrestien 1991.

BERLIOZ - HOUIN B.

et BERLIOZ G.

Le droit des contrats face à l'évolution économique - Etudes offertes à Roger Houin - Dalloz - Sirey 195 p. 3.

BERLIOZ G.

Le contrat d'adhésion - Thèse de doctorat.

L.G.D.J. 2ème éd. - 1976

BORYSEWICZ M.

Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats - Etudes offertes à P. Kayser - P.U.F. Aix-Marseille 1979.

BOURGOIGNIE Th.

Éléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne.

Centre du droit de la consommation. 1988.

BRICKS H.

Les clauses abusives.

L.G.D.J. 1982.

BUSSY-CHARPIER M.

Conciliation entre les intérêts des entreprises et des consommateurs dans le droit de la publicité commerciale. Thèse Paris I 1980.

BUY M.

L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail - Dans : Le juge et l'exécution du contrat - Colloque I.D.A. Aix-en-Provence, 28 mai 1993 - P.U. d'Aix-Marseille - 1993.

CABRILLAC M.

Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale - Mélanges dédiés à Gabriel Marty - Université des sciences sociales de Toulouse. 1978 p. 235.

CADIET L.

Le droit contemporain des contrats. Travaux et recherches. Série Faculté des sciences juridiques de Rennes. Economica 1986.

CALAIS - AULOY J.

Les modes d'intervention de la Puissance Publique pour la défense des consommateurs - L'interventionnisme économique de la Puissance Publique - Etudes en l'honneur du doyen Georges Pecquignot.

C.E.R.A.M. 1984 p. 71.

CALAIS - AULOY J.

Propositions pour un nouveau droit de la consommation - La documentation française 1990.

CALAIS - AULOY J.

Droit de la consommation.

Précis Dalloz - 3ème édition 1992.

CALAIS - AULOY J.

La communauté européenne et les consommateurs.

Mélanges offerts à André Colomer.

Litec 1993 p. 119.

CALVEZ (Le) J.

Mirages et maléfices de la protection - Dans : Le droit du crédit au consommateur - Litec Droit 1982.

CARBONNIER J.

Flexible droit - Textes pour une sociologie du droit sans rigueur. 5ème édition.

L.G.D.J. 1983.

CARBONNIER J.

Droit civil - Introduction - P.U.F. 1988.

CARBONNIER J.

Droit civil - t. 4 - Les obligations.

P.U.F. 1994.

CAS. G.

La défense du consommateur.

Que sais-je - P.U.F. 1975.

CAS G. - FERRIER D.

Traité de droit de la consommation.

P.U.F. 1986.

CHARDIN N.

Le contrat de consommation de crédit et
l'autonomie de la volonté.

L.G.D.J. 1988.

CORNU G.

La protection des consommateurs - Travaux de
l'Association H. Capitant - 1973 t. XXIV p. 131.

CORNU G.

L'évolution du droit des contrats en France.

Journées de la Société de législation comparée -
Société de Législation Comparée.

Librairie technique 1979 p. 447.

COUURIER G.

L'ordre public de protection, heurs et malheurs
d'une vieille notion neuve.

Etudes offertes à Jacques Flour.

Répertoire du Notariat Defrénois 1979.

CREPEAU P-A.

Contrat d'adhésion et contrat type.

Mélanges L. Baudouin.

DAUCHY P.

Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat. Thèse de doctorat.

Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris 1979.

DAVID R.

Les contrats en droit anglais - 1973.

DEKEUWER - DEFOSSEZ F. Droit commercial.

Montchrestien 4ème édition 1995.

DESURVIRE D.

Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine. L'Harmattan 1993.

DUBOUIS L. - GUEYDAN L. Grands textes de droit communautaire.

3ème édition - Dalloz 1993.

DUPICHOT J.

Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil.

Etudes offertes à Jacques Flour - Répertoire du Notariat Defrénois 1979.

FABRE G.

Concurrence, distribution, consommation.

Manuel Dalloz de droit usuel 1983.

FABRE - MAGNAN M.

De l'obligation d'information dans les contrats.
Essai d'une théorie.

L.G.D.J. 1992.

FALLETTI F.

La vente à crédit des biens de consommation.

Litec Droit 1981.

FLOUR J. - AUBERT J-F.

Les obligations - 1 - L'acte juridique.

Armand Colin 1991.

FRANCK B.

Le statut de la publicité comparative dans les pays de la C.E.E.. Dans : Publicité déloyale et publicité comparative - Actes du 5ème séminaire européen du droit de la consommation - Louvain-la-Neuve, 25, 26 septembre 1986 - Story Saventa 1988.

GHESTIN J.

Traité de droit civil - Les obligations. Le contrat formation.

L.G. D.J. 2ème édition 1988.

GHESTIN J.

Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe.

Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990.

L.G.D.J. 1991.

GHESTIN J.

avec le concours de

Christian JAMIN et

Marc BILLIAU

Traité de droit civil - Les obligations : les effets du contrat.

L.G.D.J. 1994.

GREFFE P. et F.

La publicité et la loi. Litec 1987.

GUGGENHEIM D.

Le droit suisse des contrats . La conclusion des contrats - Georg 1991.

HOSCHINO E.

L'évolution du droit des contrats au Japon - Journées de la Société de législation comparée.

Société de Législation Comparée - Librairie technique 1979.

IHERING

L'esprit du droit romain. Traduction O. de Meulenaère - 1887.

- JOSSERAND L.** Cours de droit civil positif français, t. 2 : Théorie générale des obligations - Sirey 1930.
- JOSSERAND L.** Evolutions et actualités - Conférences de droit civil - Sirey 1936.
- JOLOWICZ J-A.** Droit anglais - 1986.
- Etudes offertes à Pierre** Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix
KAYSER Marseille.
Presses Universitaires d'Aix Marseille 1979.
- LABARTHE F.** La notion de document contractuel. L.G.D.J. 1994.
- Etudes offertes au Pro-** L.G.D.J. 1978.
fesseur Emérentienne de
LAGRANGE
- LAUDE A.** La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat.
Presses Universitaires d'Aix Marseille 1992.

- LECLERCQ F.** La protection de la partie faible dans les contrats internationaux.
Thèse Strasbourg - Sans éditeur, sans date.
- LERON R.** Rapport sur le surendettement des ménages - Journal Officiel de la République Française 1992.
- LEROY M.** L'esprit de la législation napoléonienne.
- LUCAS de LEYSSAC** L'obligation de renseignement dans les contrats - Dans : L'information en droit privé - L.G.D.J. 1978.
- MALAURIE Ph. -** Droit civil - Les obligations
AYNES L. Cujas 1994 - 1995.
- MALAURIE Ph. -** Droit civil - Les contrats spéciaux.
AYNES L. Cujas 1993-1994.
- MARTY G. - RAYNAUD P.** Droit civil - Les obligations - Sirey 1988.
- MAZEAUD H.L.J. -** Les obligations - Montchrestien 1991.
CHABAS F.

MESTRE J.

Avant-propos dans : Le juge et l'exécution du contrat. Colloque I.D.A. Aix-en-Provence 28 mai 1993 - Presses Universitaires d'Aix - Marseille 1993.

MONSERIE M.H.

Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises.

Litec 1994.

MONTANIER J-C.

Le contrat - P.U.G. 1991.

OPPETIT B.

L'endettement et le droit - Dans : Mélanges A. Breton et F. Denida - Dalloz 1991.

Organisation de Coopération et de Développement Economique

La politique à l'égard des consommateurs au cours des dix dernières années. Evolutions et Perspectives.

Rapport du Comité de la Politique à l'égard des Consommateurs. 1983.

OTTENHOF R.

Le droit pénal et la formation du contrat civil - L.G.D.J. 1970.

PETIT B.

La formation successive du contrat de crédit -
Dans : Le droit du crédit au consommateur -

Litec Droit 1982.

POPOVICI A.

Les contrats d'adhésion, un problème dépassé ?
Mélanges L. Baudouin.

PRIETO C.

La société contractante.

Presses universitaires d'Aix - Marseille 1994.

RANOUIL V.

L'autonomie de la volonté : naissance et
évolution d'un concept.

Travaux et recherches de l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris.

P.U.F. 1980.

RIEG A.

Contrat type et contrat d'adhésion - Etudes de
droit contemporain - 1970 t. XXXIII.

RIEG A.

La protection du consommateur en France
(Approches de droit privé).

Journées de la Société de législation comparée.

Société de Législation Comparée - Librairies
techniques 1979 p. 631.

- RIEG A.** La lutte contre les clauses abusives des contrats, esquisse comparative des solutions allemandes et françaises - Mélanges Rodière 1982.
- RIPERT G. - ROBLOT R.** Traité de droit commercial. Tome 1 - 13ème - édition - L.G.D.J. 1989.
- ROUHETTE G.** L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (Les accords collectifs en droit français).
Journées de la Société de Législation comparée.
Société de Législation comparée - Librairies techniques 1979 p. 55.
- ROUHETTE G.** Droit de la consommation et théorie générale du contrat.
Etudes offertes à René Rodière - Dalloz 1981 p. 247.
- SALEILLES** De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil - Paris 1901.
- SCHMIDT** Négociation et conclusion du contrat -
Manuel Dalloz de droit usuel 1982.

- STARCK B.** Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée - Thèse Paris 1947.
- STARCK B. - ROLAND H.-** Obligations.
- BOYER L.** 1 - Responsabilité délictuelle.
4ème édition - Litec 1991.
- STARCK B. - ROLAND H.** Obligations.
- BOYER L.** 2 - Contrat.
1995
- STOUFFLET J.** La protection du consommateur faisant appel au crédit. Premières réflexions sur la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 - Dans : Etudes offertes au professeur E. de Lagrange - L.G.D.J. 1978.
- SYNVET H.** Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation - Dans : Le droit du crédit au consommateur - Litec Droit 1982.
- TERRE F. - SIMLER P. -** Les obligations.
- LEQUETTE Y.** Précis Dalloz 1993.

TEYSSIE B.

Les groupes de contrats.

L.G.D.J. 1975.

TREITEL

The law of contract - Sevens 7ème éd. 1987.

VIRASSAMY G.J.

Les contrats de dépendance

L.G.D.J. 1986.

WEILL A - TERRE F.

Les obligations.

Précis Dalloz - 4ème édition 1986.

WITZ C.

Droit privé allemand - 1 - Actes juridiques, droits subjectifs B.G.B., Partie générale - La loi sur les conditions générales d'affaires - Litec 1992.

ZWEIGERT K. - KÖTZ H.

An introduction to comparative law. Trad. T. Weir, vol II - 1987.

II - Articles, chroniques, doctrine

- AGOSTINI E.** De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice. D. 1994, Chron. p. 235.
- ARMAND-PREVOST M. -** Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la
RICHARD D. volonté au dirigisme contractuel).
J.C.P. 1979 - 1 - 2952.
- BELLOIR-CAUX B.** Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance : une protection excessive.
Les petites affiches - 11 juin 1993 n° 70 p. 19.
- BERLIOZ G.** Droit de la consommation et droit des contrats.
J.C.P. 1979 - 1 - 2954.
- BERNARD DE SAINT** Du devoir de conseil.
AFFRIQUE J. Rép. Defrénois 1995 p. 913.
- BIARDEAUD G.** Incidences financières du redressement judiciaire civil (1er et 2ème alinéas de l'article 12 de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989).
J.C.P. 1991 - 3500.

BIARDEAUD G.

Contrôle et sanction de la hauteur des caractères des offres de crédit à la consommation.

C.C.C. mai 1995, Chron. n° 5.

BIHL L.

Vers un droit de la consommation.

G.P. 1974 - 2 , Doctrine p. 754.

BIHL L.

La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur.

J.C.P. 1978 - 1 - 2909.

BIHL L.

Le droit d'expression des consommateurs.

G.P. 1978 - 1, Doctrine p. 186.

BIHL L.

Le droit du consommateur à la sécurité.

G.P. 1979 - 1, Doctrine p. 200.

BIHL L.

Le délit d'abus de faiblesse. La loi du 25 novembre 1991 ou la frilosité du législateur.

G.P. 1992 -2, Doctrine p. 891.

BOCCARA B.

Le clair et l'obscur (A propos de l'interprétation judiciaire des clauses type).

J.C.P. 1978, 2910.

BORE L.

L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?

D. 1995, Chron. p. 267.

BRECHET C.

La loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications et la réforme du 10 janvier 1978.

G.P. 1978 - 1, Doctrine p. 317.

BROCARD E.

A propos du chapitre II du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relatif à la modification de la procédure de traitement des situations de surendettement.

Actualités législatives Dalloz, Commentaires législatifs 1995 p. 70.

BUREAU D.

Remarques sur la codification du droit de la consommation.

D. 1994, Chron. p. 291.

CALAIS-AULOY J.

Les ventes agressives.

D. 1970, Chron. p. 37.

CALAIS-AULOY J.

La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs.

D. 1973, Chron. p. 266.

CALAIS-AULOY J.

Les actions en justice des associations de consommateurs (Commentaire de la loi du 5 janvier 1988).

D. 1988, Chron. p. 193.

CALAIS-AULOY J.

L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats.

R.T.D. Civ. 1994 - 2 p. 239.

CALAIS-AULOY M. Th.

Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le "prêt lié".

J.C.P. 1984 - 3144.

CARREAU C.

Publicité et hyperbole.

D. 1995, Chron. 225.

CHARTIER Y.

La réforme de la Commission des clauses abusives (Décret n° 93-314 du 10 mars 1993).

J.C.P. 1993, Actualités - 14 avril 1993 p. 15.

CHRISTIANOS V.

Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur.

D. 1990, Chron. p. 91.

CHRISTIANOS V.

Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs.

D. 1993, Chron. p. 28.

COURTIER J.L.

Réforme du régime de surendettement des particuliers.

Les petites affiches - 2 juin 1995 p. 13.

DANGLEHAUT C.

Les dettes professionnelles et la loi sur le surendettement des particuliers.

C.C.C. 1995 n° 7, Chron. p. 7.

DECOOPMAN N.

Le principe du contradictoire et le traitement du surendettement.

D. 1990, Chron. p. 237.

DELGA J.

Le consommateur serait-il devenu moins intelligent ?

G.P. 13, 14 septembre 1995 p. 2.

DELMAS-MARTY M.

Réinventer le droit commun.

D. 1995, Chron. p. 1.

DOLL P.J. - GUERIN H.

Le démarchage et la vente à domicile.

J.C.P. 1973 - 2524.

FERRIER D.

Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants.

D. 1980, Chron. p. 177.

FORCH

Le Stiftung - Warentest et la politique de consommation en Allemagne.

Revue française d'administration publique - 1991 p. 663.

FRISON - ROCHE A-M.

Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats.

R.T.D. Civ. 1995 p. 573.

FROMONT M.

La protection du consommateur en République Fédérale d'Allemagne.

G.P. 1979 - 1 - Doctrine p. 16.

GAVALDA C.

L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines obligations de crédit.

D. 1978, Chron. p. 189.

GAVALDA C.

Le crédit gratuit.

D. 1979, Chron. p. 277.

GELOT B.

Clauses abusives et rédaction des contrats. Incidence de la loi du 1er février 1995.

Rép. Defrénois p. 1201 art. 36171.

GHESTIN J.

L'abus dans les contrats.

G.P. 1981 - 2, Doctrine p. 379.

GHESTIN J. -

**MARCHESSAUX-VAN
MELLE I.**

Aperçu rapide sur la loi n° 95-96 du 1er février 1995 en ce qu'elle concerne les clauses abusives et la présentation des contrats.

J.C.P., Actualités, 22 mars 1995 n° 12.

GOYENS M.

Le règlement des litiges de consommation. La politique communautaire relative à l'accès des consommateurs à la justice : quelles perspectives.

Revue des affaires européennes - L'Europe et les consommateurs - L.G.D.J. n° 3 - 1994.

GRIDEL J.P.

Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives.

D. 1984, Chron. p. 153.

HONDIUS E.

Clauses abusives dans les contrats de consommation : vers une directive européenne.

Rev. Eur. Droit. Cons. 1988 p. 185.

HUET J.

Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives.

J.C.P. 1992 - 3592.

IVAINER T.

Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes".

J.C.P. 1977 - 2876.

JAPY P.

Les clauses abusives à l'égard des consommateurs et la réglementation du 10 janvier 1978.

G.P. 1978, Doctrine p. 453.

JAZE-DEKEUWER F.

Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

Les petites affiches - 29 janvier 1993 n° 13 p. 11.

JEANPRETRE R.

Le droit de repentir.

R.D.S. 1979 - 1 p. 33.

JOURDAIN P.

Le devoir de se renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement).

D. 1983, Chron. p. 139.

KULLMANN J.

Remarques sur les clauses réputées non-écrites.

D. 1993, Chron. p. 59.

LAGRIFFOUL B. -

MANGUIN G.

Les rapports entre les commissions départementales d'examen des situations de surendettement des particuliers et les tribunaux d'instance (tels que définis par la loi du 31 décembre 1989 et le décret du 21 février 1990).

G.P. 1990 - 1, Doctrine p. 324.

LANCIN B.

La protection du consommateur en Finlande.

R.I.D. Comp. 1980 p. 373.

LECHARNY J.L.

Incidences procédurales des dispositions de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 et de son décret d'application n° 90-175 du 21 février 1990 relatifs à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

G.P. 1990 - 1, Doctrine p. 318.

LE LIVEC-TOURNEUX M.

Surendettement des particuliers et régimes matrimoniaux.

J.C.P. éd. not., Doctrine 1993 n° 1 p. 1.

LESOURD G.

Liberté du commerce et défense des consommateurs.

G.P. 1975 - 1, Doctrine p. 380.

LE TOURNEAU Ph.

De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil.

D. 1987, Chron. p. 101.

LE TOURNEAU Ph.

Les professionnels ont-ils du cœur ?

D. 1990, Chron. p. 21.

LUBY M.

Propos critiques sur la légalisation de la publicité comparative.

D. 1993, Chron. p. 53.

MALAURIE-VIGNAL M.

Droit de la concurrence et droit des contrats.

D. 1995, Chron. p. 51.

MALINVAUD Ph.

La protection des consommateurs.

D. 1981, Chron. p. 49.

MARTIN R.

Le consommateur abusif.

D. 1987, Chron. p. 150.

MARTIN R.

L'action en représentation conjointe des consommateurs.

J.C.P. 1994 - 3756.

MELLO (de) X.

La protection et l'information du consommateur.
Journée d'étude du 20 décembre 1977.

G.P. 1978 - 1, Doctrine p. 287.

MICKLITZ H-W.

La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 : Bilan de 11 années d'application.

R.I.D. Comp. 1989 p. 104.

MOUSSERON J.M.

La gestion des risques par le contrat.

R.T.D. Civ. 1988 - 3 p. 481.

**NGUYEN THANH-
BOURGEAIS D.**

Réflexions sur deux innovations de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

D. 1979, Chron. p. 15.



PAISANT G.

De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (A propos d'un arrêt de la cour de Paris du 22 mai 1986).

D. 1986, Chron. p. 299.

PAISANT G.

Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives.

D. 1988, Chron. p. 253.

PAISANT G.

La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages.

J.C.P. 1990 - 3457.

PAISANT G.

Le redressement judiciaire civil à l'essai. (Questions sur l'application de la loi surendettement du 31 décembre 1989).

J.C.P. 1991 - 3510.

PAISANT G.

Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation).

J.C.P. 1993 - 3655.

PAISANT G.

La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers.

D. 1994, Chron. p. 173.

PAISANT G.

Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993).

J.C.P. 1994 - I - 3772.

PAISANT G.

Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995.

D. 1995, Chron. p. 99.

PAISANT G.

La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

J.C.P. 1995 - I - 3844.

PIZZIO J.P.

Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile.

R.T.D. Civ. 1976 p. 67.

PIZZIO J.P.

L'introduction de la notion de consommateur en droit français.

D. 1982, Chron. p. 91.

PIZZIO J.P. - FOUCHER P. L'incidence du droit communautaire de la consommation sur le droit français de la consommation.

Revue des affaires européennes - L'Europe et les consommateurs - L.G.D.J. n° 3 - 1994.

PRELLE M. -

Les "contrats d'adhésion" et la défense du consommateur.

ALESSI G.P.

G.P. 1973 - 2, Doctrine p. 715.

QUENILLET M.

La bonne foi du débiteur surendetté : une voie sans issue.

Les petites affiches 5 février 1992 n° 16 p. 17.

RAYMOND G.

La protection du consommateur dans les opérations de crédit. Commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978.

G.P. 1978 - 2, Doctrine p. 556.

RAYMOND G.

Commentaire de la loi n° 92 - 60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

C.C.C. Février 1992 p. 1.

RAYMOND G.

Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme du 8 février 1995.

C.C.C. mars 1995, Chron. n° 3.

RAYNAUD J.L.

A propos du Code de la consommation.

G.P. 1994 - 1, Doctrine p. 4.

ROBERT H.

Les difficultés de mise en œuvre du contrôle des clauses contractuelles.

G.P. 1988 - 2, Doctrine p. 693.

RUDDEN B.

Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement.

R.T.D. Civ. 1985 - 1 p. 91.

SCHMIDT J.

La sanction de la faute précontractuelle.

R.T.D. Civ. 1970 p. 72.

SERANDOUR Y.

L'avènement de la publicité comparative en France. Article 10 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

J.C.P. 1992 - 3596.

SERIAUX A.

Réflexion sur les délais de grâce.

R.T.D. Civ. 1993 - p. 789.

SINAY-CYTERMANN A.

La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations.

R.T.D. Civ. 1985 p. 471.

SINAY-CYTERMANN A.

Protection ou surprotection du consommateur ?

J.C.P. 1994 - I - 3804.

TESTU F.X.

Le juge et le contrat d'adhésion.

J.C.P. 1933 - 3673.

THREARD J.

La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

G.P. 1978 - 1, Doctrine p. 249.

TENREIRO M.

Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993).

C.C.C. juillet 1993, Chron. n° 7.

TROCHU M.

Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

D. 1993, Chron. p. 315.

VON BREITENSTEIN D.

Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales.

G.P. 1978 - 1, Doctrine p. 110.

WHINCUP

La protection du consommateur au Royaume-Uni.

Rev. Eur. Cons. 1990 p. 15.

III - Principales notes, conclusions signées et observations

- ANDREI D. - DIVIER J.F.** Note sous Cass. crim. 8 mai 1979
J.C.P. 1981 - 19514.
- AUBERT J.L.** Note sous Versailles 20 décembre 1990
D. 1991 - 197.
- BONTHOUX J.P.** Note sous Civ. 1ère 27 janvier 1993.
D. 1993 - 343.
- BOULOC B.** Note sous Civ. 1ère 4 avril 1991.
D. 1991 - 307.
- CALAIS-AULOY J.** Note sous Civ. 1ère 16 juillet 1987.
D. 1988 - 49.
- DABORNE-LABLE Y.** Note sous Civ. 1ère 17 février 1993.
J.C.P. 1994 - 22217.
- DELEBECQUE Ph.** - Note sous Paris 22 mai 1986.
D. 1986 - 563.
- Note sous Civ. 1ère 28 avril 1987.
D. 1988 - 1.
- FONTBRESSIN (de) P.** Note sous AP 1er décembre 1995.
G.P. 8 - 9 décembre 1995 p. 8.
- GHESTIN J.** - Note sous Paris 17 janvier 1990.
D. 1990 - 289.
- Note sous Civ. 1ère 14 mai 1991.
D. 1991 - 449.
- GOUYOU R.** Note sous Saint Denis de la Réunion.
J.C.P. 1994 - 22299.

- GROSLIERE J.C.** Note sous Pau 17 décembre 1990.
D. 1991 - 270.
- KARILA DE VAN J.** Note sous Civ. 1ère 3 mai 1988.
D. 1990 - 61.
- LUBY M.** Note sous Civ. 1ère 4 avril 1991.
J.C.P. 1991 - 21742.
- MALAURIE Ph.** Note sous Civ. 1ère 25 janvier 1989.
D. 1989 - 253.
- MALIVAUD Ph.** Note sous Civ. 1ère 9 décembre 1975
J.C.P. 1977 - I - 18588.
- MARGUERY S.** Note sous Cass. crim. 21 mai 1984.
D. 1985 - 105.
- MARTIN-SERF A.** Note sous Versailles 28 juin 1990.
G.P. 1990 - 2 jurisprudence p. 435.
- MESTRE J.** - Note sous Civ. 1ère 3 mai 1988
R.T.D. Civ. 1988 - 63.
- Note sous Versailles 30 juin 1988
R.T.D. Civ. 1989 - 534.
- NICOLAU G.** Note sous Civ. 1ère 25 mai 1992.
D. 1993 - 87.

PAISANT G.

- Note sous Civ. 1ère 28 avril 1987.
J.C.P. 1987 - 20893.
- Note sous Civ. 1ère 16 juillet 1987.
J.C.P. 1988 - II - 21001.
- Note sous Grenoble 13 juin 1991.
J.C.P. 1992 - 21819.
- Note sous Civ. 1ère 18 février 1992 et 31 mars 1992.
D. 1992 - 317.
- Note sous Civ. 1ère 6 janvier 1993.
J.C.P. 1993 - 22007.
- Note sous Civ. 1ère 26 mai 1993.
D. 1993 - 568.
- Note sous Civ. 1ère 24 janvier 1995.
D. 1995 - 327.

PICOD Y.

- Note sous Civ. 1ère 4 avril 1991
- J.C.P. 191 - 21702
- J.C.P. 1992 éd. N n° 17 p. 144.

PREVAULT J.

- Note sous T.G.I. Limoges 19 avril 1990.
D. 1991 - 382.
- Note sous T.G.I. Saint-Dié 19 février 1993.
D. 1994 - 35.

RUELLAN F.

- Note sous Lyon 19 septembre 1990.
D. 1991 - 250.

SULTANA J.P.

- Note sous Civ. 1ère 22 avril 1992.
D. 1993 - 77.

VALLENS J.L.

- Note sous Versailles 28 juin 1990.
D. 1990 - 578.
- Note sous Cass. com. 3 novembre 1992 et 16 mars 1993 - D. 1993 - 538.

VILLACEQUE J.

Note sous Civ. 1ère 14 mai 1991.
J.C.P. 1991 - 21763.

TABLE ANALYTIQUE

<u>Introduction</u>	1
1ère partie :	
<u>La volonté assistée du consommateur</u>	
<u>dans la phase pré-contractuelle</u>	20
<u>Section 1 : Un sujet de droit à la volonté conditionnée</u>	22
§1 - <u>Conditionnement de l'information</u>	22
A - Réglementation de la publicité	23
1 - Insuffisance du droit commun	23
2 - La seule prise en compte de l'effet produit	25
3 - Les tempéraments jurisprudentiels	30
4 - La publicité comparative comme mode informatif	32
B - L'obligation d'information et le devoir de conseil	36
1 - Le devoir de se renseigner	36
2 - Le devoir du professionnel de renseigner le consommateur	38
3 - De l'information au conseil	43
4 - Les excès de la protection	46

§ 2 - <u>Conditionnement du consentement</u>	52
A - L'organisation de la réflexion	52
1 - L'insuffisance de l'information.....	52
2 - Nécessité d'organiser la réflexion.....	54
3 - L'incitation à la réflexion.....	58
4 - Une nouvelle forme d'autonomie de la volonté.....	60
B - L'interdiction d'abuser de la faiblesse du consommateur	63
1 - L'inadaptation du droit commun.....	63
2 - Le renforcement de la protection.....	65
3 - La seule prise en compte de la qualité du consommateur.....	67
4 - La consécration de l'excès.....	70

Section 2 : Un sujet de droit à la volonté limitée.....	75
§ 1 - L'absence d'emprise sur la formation du contrat.....	75
A - La volonté réduite à l'adhésion.....	76
1 - Philosophie du contrat d'adhésion.....	76
2 - La réduction du domaine de la volonté.....	79
3 - La régulation des excès.....	81
4 - L'absence de participation à l'élaboration du contrat.....	84
B - La forme du contrat : œuvre de la loi.....	87
1 - De l'importance de la forme.....	87
2 - Le formalisme comme facteur de protection	89
3 - Le formalisme comme rappel des droits du consommateur.....	92
4 - Un formalisme excessif.....	95

§ 2 - <u>L'absence d'emprise sur la technique contractuelle</u>	100
A - L'interdépendance de certains contrats	100
1 - Le principe de l'indépendance contractuelle.....	100
2 - L'interdépendance voulue par la loi.....	102
3 - L'interdépendance pour pallier la faiblesse du consommateur.....	105
4 - L'interdépendance imposée au consommateur.....	108
B - Le retardement de l'instant d'exécution du contrat	111
1 - Le contrat à l'essai	111
2 - La faculté discrétionnaire de rétracter sa volonté	113
3 - La réaffirmation nécessaire de la volonté.....	116
4 - Le consommateur isolé du droit commun.....	119
<u>Conclusion 1ère partie</u>	122

2ème partie :

La volonté remodelée du consommateur

dans la phase post-contractuelle..... 124

Section 1 : Un sujet de droit dont la volonté

peut être interprétée..... 127

§ 1 - L'interprétation favorable au consommateur..... 127

A - Quand le juge parle de la volonté du consommateur..... 128

1 - Le juge appelé à interpréter le contrat..... 128

2 - La recherche d'une volonté insaisissable..... 131

**3 - La recherche des effets les plus favorables au
consommateur.....** 133

4 - Le juge au secours du consommateur..... 139

B - Quand le juge complète la volonté du consommateur..... 144

1 - La recherche de l'équilibre des prestations..... 144

**2 - La découverte d'obligations au bénéfice du
consommateur.....** 147

**3 - L'accentuation de la responsabilité du vendeur
professionnel.....** 150

**4 - Le juge comme garant de la bonne exécution du
contrat.....** 154

§ 2 - La suppression des clauses abusives.....	159
A - Le caractère abusif déterminé par l'ignorance présumée du consommateur.....	159
1 - La lutte contre les clauses abusives : constat d'une volonté partiellement irréfléchie.....	159
2 - La protection exclusivement favorable aux consom- mateurs ou non-professionnels.....	163
3 - La protection offerte aux profanes ignorants.....	167
4 - Le consommateur, sujet de droit dévalorisé.....	172
B - Le caractère abusif déterminé par la production d'effets défavorables au consommateur.....	176
1 - La consécration des pouvoirs de révision du juge....	176
2 - Le juge chargé de rééquilibrer le contrat.....	179
3 - La prolongation des droits individuels par des droits collectifs.....	182
4 - Un sujet de droit déresponsabilisé.....	187

<u>Section 2 : Un sujet de droit dont la volonté</u>	
<u>peut être remise en cause</u>	191
§ 1 - <u>La redéfinition des obligations en faveur du</u>	
<u>consommateur</u>	191
A - La renégociation amiable du contrat	193
1 - Le consommateur dans l'impossibilité faire à face	
à ses dettes	193
2 - La mise en place d'un mécanisme d'exception	
justifié par l'urgence	197
3 - L'incitation à l'indulgence des créanciers	201
4 - La recherche d'une solution d'équité	204
B - La redéfinition imposée du contrat	209
1 - L'impuissance de la négociation	209
2 - L'immixtion du juge dans la sphère contractuelle	212
3 - Les obligations des parties imposées par le juge	215
4 - L'interprétation de la loi en faveur du	
consommateur	219

§ 2 - <u>La reconnaissance d'une volonté irréfléchie</u>	224
A - La prise en compte de l'inconscience du consommateur	224
1 - La bonne foi, corollaire indispensable de la protection.....	224
2 - La bonne foi largement retenue par la jurisprudence.....	228
3 - La prise en compte des facultés intellectuelles du consommateur.....	231
4 - Une protection excessive ?.....	234
B - L'apparition d'un sujet de droit déresponsabilisé	239
1 - La fragilisation de la volonté du consommateur.....	239
2 - Le consommateur comme victime de la société de consommation.....	241
3 - L'effacement du rôle du consommateur.....	245
4 - Un sujet de droit trop assisté ?.....	248
<u>Conclusion</u>	252
<u>Principales abréviations et sources</u>	265
<u>Table analytique</u>	309

INDEX ALPHABETIQUE

Les nombres indiqués renvoient aux pages.

Abus de droit : 118.

Associations de consommateurs : 7, 157, 182 et s.

- actions en justice : 157, **182 et s.**

Autorité relative de la chose jugée : 185 et s.

Capacité juridique : 59, 66, 70, 106, 122, 157, 184, 186, 189, 213 et s., 232, 254.

Cautionnement : 90 et s., 200.

Clause abusive : 41, 81 et s., **159 et s.**

Clause pénale : 140, 166.

Concurrence : 33 et s., 77, 88.

Condition : 109, 115.

Contradictoire (principe du) : 205.

Contrat :

- d'adhésion : 5, **76 et s.**, 131 et s., 143, 183.

- de conseil : 44, 46.

- d'enseignement à distance : 55, 96, 112.

- à l'essai : 112, 115.

- préliminaire de réservation : 54.

Conseil (obligation de) : **43 et s.**, 147.

Consensualisme : 87, 91.

Consentement :

- (atteinte à la liberté du) : **108 et s.**

- (vices du) : 7, 24, 36 et s., 64, 72, 165 et s., 180, 257.

Consommateur (définition du) : 6, **10 et s.**, 31 et s., 67 et s., 167 et s., 197 et s.

Consommation (droit de la) : **7 et s.**, 17.

Crédit-bail : 104.

Crédit mobilier : 31, **56 et s.**, 93, 96, **101 et s.**, 113, 120, 217, 242 et s.

Délai de grâce : 194 et s., 215.

Dénaturation du contrat : 130, 140, 142 et s.

Dol : 24, 27, 37, 42, 50, 117, 226.

Erreur : 26 et s., 36 et s., 50.

Faiblesse (abus de) : **63 et s.**, 180.

Foi (bonne) : 27, 155, 160, 165, 174, 180, 217, **224 et s.**, 241, 244.

Forme : 87 et s.

Garantie : 47, 154 et s.

Imprévision (révision pour) : 222.

Interdépendance contractuelle : **100 et s.**

Interprétation du contrat : **128 et s.**, **144 et s.**

Lésion : 66.

Locataire : 29.

Nullité : 42, 89, 97, 103, 116, 141, 157, 162, 166, 181, 226, 257.

Offre de contracter : 55, 90 et s., 96.

Potestative (condition) : 114.

Preuve (règles de) : 29, 89, 153.

Publicité : **23 et s.**

Réflexion (délai de) : **52 et s.**

Renseignement (obligation de) : **36 et s.**, 46.

Résolution du contrat : 42, 104.

Responsabilité du vendeur professionnel : **150 et s.**

Rétractation (délai de) : **111 et s.**

Salarié : 29, 54, 56, 85, 94, 142, 149, 155.

Sécurité (obligation de) : 148 et s.

Suites naturelles du contrat : 143 et s.

Sujet de droit : 17 et s., 45, 56, 74, 80, 85, 110, 121, 136, 138, 152, **171 et s.**, **187 et s.**,
223, 244 et s., 249, **253 et s.**

Surendettement :

- procédure amiable : **191 et s.**

- procédure judiciaire : **209 et s.**

Volonté :

- (autonomie de la) : 9, 21, **59 et s.**, 79 et s., 94, 107, 129, 149, 164, 212 et s., 221.

- (formation de la) : 115 et s.

Bibliothèque Universitaire de Valenciennes



00904263