



HAL
open science

Crépuscule des idoles: De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

Riccardo Fornasari. Crépuscule des idoles: De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat. *European Review of Private Law*, 2019, 27 (Issue 4), pp.785-822. 10.54648/erpl2019042 . hal-04431509

HAL Id: hal-04431509

<https://hal.science/hal-04431509>

Submitted on 1 Feb 2024

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.



Open licence - etalab

Crépuscule des idoles: De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat

Riccardo FORNASARI *

Abstract: The development of European Union law plays a fundamental role in the transformation of contract law in civil law systems. This article assesses these transformations of continental legal systems through the notion of juridical subject. It is argued that the evolution of a different conception and regulation of the juridical subject derives from a new conception of competition and of the market order, which involves a major transformation of the function of contract law and of the founding notions of this legal field. The transformations brought forth by a new conception of the market order and the development of the European Union are assessed on the basis of examples taken by French, German and Italian law. Just as the unity of the juridical subject and of the contract stemmed from a specific philosophical and economic approach, the same is true for the present fragmentation, which stems from a new understanding which challenges the foundations and the functions of private law.

Résumé: L'évolution de la réglementation de l'Union Européenne joue un rôle fondamental dans le processus de transformation du droit des contrats des systèmes de *civil law* de l'Europe continentale. Cet article analyse ces transformations du droit contemporain à travers le prisme de la notion de sujet de droit. Nous avançons que les évolutions dans la conception et la réglementation du sujet de droit découlent de la nouvelle conception de l'ordre concurrentiel du marché, qui implique un changement des fonctions de la réglementation du droit des contrats et, par conséquent, des notions fondamentales qui en sont à la base. Les mutations qu'une nouvelle conception de l'ordre du marché et la construction et le développement de l'Union Européenne ont impliquées pour la notion de sujet de droit et de contrat sont examinées en utilisant des exemples tirés du droit français, allemand et italien. Comme l'unité du sujet de droit et du contrat découlait d'une approche philosophique et économique déterminé, alors l'actuelle fragmentation découle de cette transformation qui met en question les fondements et les fonctions du droit privé.

Zusammenfassung: Die Entwicklung der Gesetzgebung der Europäischen Union spielt eine grundlegende Rolle im Wandel des Vertragsrechts der *civil law*-Rechtssysteme Kontinentaleuropas. Im vorliegenden Artikel wird die Entwicklung des aktuellen Rechts ausgehend vom Begriff des Rechtssubjekts untersucht. Es wird vorgebracht, dass sich die Entwicklung des Konzepts und der Reglementierung des Rechtssubjekts aus der neuen Konzeption der Wettbewerbsordnung folgt; diese impliziert eine Änderung der Funktionen des Vertragsrechts und damit dessen grundlegenden Begriffe. Die Entwicklung der Begriffe des Rechtssubjekts und des Vertrags unter dem

* Doctorant contractuel en cotutelle (Université de Bologne et Université Paris Nanterre); LLM (King's College, Londres); Master II (Université de Bologne); Licence (Université de Bologne). The final version of this article was submitted on 18 May 2019. Email: riccardo.fornasari3@unibo.it.

Einfluss der neuen Wettbewerbsordnung und der Entwicklung der Europäischen Union wird anhand Beispiele aus der französischen, der deutschen und der italienischen Rechtsordnung untersucht. So wie die Einheit des Rechtssubjekts und des Vertrags aus einem bestimmten philosophischen und ökonomischen Ansatz folgte, folgt die heutige Fragmentation der beiden Begriffe aus der erwähnten Entwicklung und stellt die Grundlagen und die Aufgaben des Privatrechts in Frage.

Keywords: European Union law; contract law, droit des contrats; juridical subject; sujet de droit; competition; concurrence; market order; ordre concurrentiel; fragmentation; ordoliberalisme; ordoliberalism; clauses abusives; droit de la consommation; consumer law; droit de la concurrence; competition law.

1. Introduction

1. La crise des notions fondamentales du droit des contrats des systèmes de *civil law* de l'Europe continentale, liée aux évolutions du droit contemporain, est au centre des analyses des juristes privatistes.¹ Dans ce processus de transformation, l'évolution de la réglementation de l'Union Européenne, qui a profondément influencé les systèmes nationaux de droit privé, en changeant leur structure et en décomposant leurs systèmes, joue un rôle fondamental. L'un des éléments essentiels de cette évolution a été la caractérisation des contractants selon leurs statuts dans le marché: d'abord, l'introduction (ou le profond changement de la réglementation²) de la figure du consommateur³; ensuite, la différenciation des contractants professionnels et la protection des «entreprises faibles».

Ces normes ont causé une fragmentation du sujet de droit selon ses qualités et le rôle qu'il joue dans le marché: cette nouveauté, introduite dans les droits spéciaux ou dans le code civil,⁴ a bouleversé la conception du sujet telle qu'elle avait été élaborée par les juristes des XVIII^e et XIX^e siècles. La remise en cause de l'abstraction sur laquelle était fondée la *reductio ad unum* du sujet, considérée

-
- 1 V. ROPPO, *Il contratto del duemila* (Torino: Giappichelli, 3^e éd. 2011); CH. JAMIN & D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat* (Paris: Dalloz 2003); C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* (Milano: Giuffrè 2015); C. THIBIERGE-GUELFUCCI, 'Libres propos sur la transformation du droit des contrats', *RTD civ. (Revue trimestrielle de droit civil)* 1997, pp 57 et ss.; F. DI MARZIO (dir.), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive* (Milano: Giuffrè 2004).
 - 2 En France, par exemple, la première réglementation concernant les contrats conclus par un consommateur a été mise en place depuis 1978; en Allemagne depuis 1976 (v. paras 7-8).
 - 3 P. SIRENA, 'L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato', 3. *ODCC (Osservatorio del diritto civile e commerciale)* 2014, pp 3 et ss.
 - 4 En Allemagne, les normes concernant la protection du consommateur ont été intégrées au code civil lors de la réforme de celui-ci en 2002; en France, elles font l'objet du code de la consommation (même si les normes concernant le commerce par voie électronique, dont l'application dépend de la qualité des contractants, avaient déjà été introduites dans le code civil). Sur le sujet v. S. GRUNDMANN & S.M. SCHÄFER, 'The French and the German Reforms of Contract Law', 13. *ERCL (European Review of Contract Law)* 2017, p (459) at 473-475.

comme élément fondamental de la codification bourgeoise,⁵ implique des conséquences remarquables par rapport au rôle de la volonté et, donc, du contrat.

2. En réalité, le changement de paradigme concernant le sujet, fondé sur une transformation des relations économiques et une conception différente du marché et de l'ordre concurrentiel, n'est pas sans conséquences sur la théorie du contrat: l'unité conceptuelle de celle-ci était fondée sur la rencontre de deux volontés libres et égales. Si l'abstraction du sujet de droit est questionnée et dépassée par une logique différente, porteuse d'une autre rationalité, l'unité conceptuelle du contrat perd ses fondements théoriques et sa légitimité intrinsèque et peut, par conséquent, être remise en cause, comme on le voit, par exemple, dans l'ordonnance de réforme du code civil français.⁶ Ces transformations marquent la fin d'une approche philosophique et aussi méthodologique du droit, et elles y substituent une autre conception. On avancera que cette nouvelle conception du marché implique un changement de la fonction de la réglementation du droit des contrats et des notions fondamentales qui en sont à la base.

3. Cet article analysera ces transformations du droit contemporain à travers le prisme de la notion de sujet. Les mutations qu'une nouvelle conception du marché et la construction et le développement de l'Union Européenne (UE) ont impliquées seront examinées en utilisant des exemples tirés des droits français, allemand et italien. L'étude sera menée dans une perspective de «longue durée»,⁷ en prenant en considération les fondements de l'unité du sujet de droit ainsi que les éléments qui, au cours des siècles suivants, ont amené à sa fragmentation et à l'actuelle «crise». En revanche, les éléments de *path dependence* des systèmes nationaux sur lesquels ces transformations se sont rattachées, bien que très importants afin de comprendre les évolutions de chaque système, dépassent largement le sujet de cet article et ne seront pas examinées.

D'abord, les fondements théoriques et philosophiques de l'unité du sujet dans les codes libéraux classiques, ainsi que les conséquences de cette conception sur la théorie du contrat, seront analysés. Les règles du code civil italien relatives aux clauses abusives insérées dans les conditions générales seront évaluées, en tant qu'exemples paradigmatiques de la tension entre les développements des échanges commerciaux et l'approche classique.⁸ Ensuite les facteurs qui ont bouleversé le contexte social, économique et philosophique sur lequel la théorie classique se

5 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna: Il Mulino 1998), pp 182-183, 505, 559 et ss.

6 Concernant la catégorie du contrat d'adhésion et le nouvel art. 1171 du Code civil français v. para. 8.

7 La référence est à F. BRAUDEL, 'La longue durée', 13. *Annales. Economies, sociétés, civilisations* 1958, pp 725 et ss.

8 Le terme 'classique', selon l'usage commun, fait référence aux codes et aux systèmes normatifs du XIX^e et début du XX^e siècle, ainsi qu'aux économistes libéraux de la même période.

fondait seront mis en évidence, en se focalisant sur le développement de la réglementation de l'UE et sa rationalité. Les effets de ce changement de paradigme sur les notions de sujet et de contrat seront examinés. Enfin, les conséquences que cela implique sur la structure et les points cardinaux du droit des contrat seront mises en lumière.

2. Les apories liées à l'analyse centrée sur l'autonomie de la volonté

4. Dans des nombreux ouvrages de droit privé de *civil law*, la réglementation du contrat est approchée à partir du principe de l'autonomie de la volonté, qui est d'abord analysée par rapport au contexte qui en a permis le développement et, ensuite, par rapport aux limitations et aux critiques, de plus en plus importantes, dont il a fait l'objet à partir du début du XX^e siècle.

Toutefois, examiner les profondes transformations qui ont investi le droit des contrats à travers le prisme de l'autonomie de la volonté, et donc du rapport entre la volonté et la loi,⁹ implique habituellement certaines précompréhensions qui en façonnent l'analyse. En fait, cette approche force le juriste (ou, mieux, le juriste de *civil law* est amené) à concevoir les normes nouvelles qui apparemment limitent l'autonomie des contractants dans une dichotomie avec la volonté; en outre, le présupposé plus ou moins explicite de plusieurs analyses est que ces interventions tendent à une allocation des ressources différente de celle qui serait réalisée si la volonté n'avait pas été limitée par la loi. Cette approche, bien que riche en résultats et appropriée afin d'examiner les interventions du législateur qui ont eu lieu vers la moitié du siècle dernier,¹⁰ est, à notre avis, limitée lorsqu'il s'agit d'analyser les racines et les raisons profondes de la «nouvelle crise du contrat»,¹¹ car elle ne permet pas d'en cerner pleinement les transformations sociales, économiques et théoriques qui en sont à la base.

En outre, cette approche souffre d'une aporie historique et logique. D'un côté, il convient de constater que, comme désormais reconnu par la plupart de la doctrine,¹² le principe de l'autonomie de la volonté n'a pas été à la base de la

9 Cette problématique s'est posée dès l'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté, notamment concernant le rôle fondateur ou dérivé de la loi par rapport à la force créatrice de la volonté, v. CH. JAMIN, 'Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil', *D. (Recueil Dalloz)* 2002, doct. 901; N. IRTI, 'Per una concezione normativa dell'autonomia privata', *72. Riv. trim. dir. proc. civ. (Rivista trimestrale di diritto e procedura civile)* 2018, pp 555 et ss.

10 Pour la clarification des normes auxquelles on fait référence, dont le contenu, le nombre et la date dépendent des spécificités nationales v. para. 7.

11 La référence est à l'ouvrage CH. JAMIN & D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise*.

12 J. FLOUR, J.-L. AUBERT & E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique* (Paris: Dalloz, 14^e éd. 2010), pp 86 et ss.; G. ROUHETTE, '« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat', dans *Études offertes à René Rodière* (Paris: Dalloz 1981), p (247) at 248-249.

codification française¹³ mais a été affirmé presque un siècle après la codification, sous l'influence de la doctrine allemande.¹⁴ Nonobstant la remarquable force explicative de ce principe, les règles concernant le contrat présentaient déjà toutes les caractéristiques principales du droit libéral classique, bien que ce dogme n'eût pas été élaboré par les codificateurs.

De l'autre, pour ce qui concerne l'aporie logique, le principe de liberté contractuelle (expression décisive de la théorie de l'autonomie de la volonté) reste central dans la théorie contractuelle contemporaine, surtout en droit privé européen,¹⁵ qui est toutefois censé être l'une des sources principales de cette limitation. En outre, l'article 1102 du code civil français réformé,¹⁶ qui pour la première fois en droit français consacre de façon explicite et affirmative ce principe, et la reconnaissance, dans certains pays, de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle¹⁷ témoignent de la centralité persistante de cette notion.

-
- 13 X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française* (Poitiers: Éditions Dominique Martin Morin, 3^e éd. 2015), pp 259 et ss.; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris: PUF, 2^e éd. 2012), pp 142 et ss.; G. ROUHETTE, 'La force obligatoire du contrat - Rapport français', dans D. Tallon & D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises* (Paris: L.G.D.J. 1987), pp 27-55. V. aussi les observations de Portalis sur la prédominance de la loi par rapport à la volonté: J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques* (Aix-en-Provence: PUAM 1988), pp 77-78. La notion d'autonomie de la volonté, en revanche, a été utilisée pour la première fois en droit international privé, v. J.-PH. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (Paris: Dalloz Précis, 2^e éd. 2010), pp 826-827; PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations* (Paris: L. G.D.J., 8^e éd. 2016), p 251; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté* (Paris: PUF 1980); A. NEGRI, 'Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi', 6. *Eur. dir. priv. (Europa e diritto privato)* 2003, pp 51 et ss.
- 14 À partir du XX^e siècle la doctrine affirme que le principe serait désormais devenu un pilastre du droit des contrats, v. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil français et allemand*, thèse Dijon (1912); A. COLIN, H. CAPITANT & L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2 (Paris: Dalloz, 10^e éd. 1948), pp 11-16; L. JOSSE-RAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1 (Paris: Recueil Sirey, 3^e éd. 1938), pp 99-103; J.-F. NIORT, 'Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national', *RTD civ.* 2005, p (257) at 273.
- 15 S. GRUNDMANN, 'The Structure of European Contract Law', 9. *ERPL (European Review of Private Law)* 2001, pp 505 et ss.; S. GRUNDMANN, 'On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law', 18. *ERPL* 2010, p (1055) at 1058 et ss.
- 16 PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p 246, soulignent le lien entre cet article et la philosophie des Lumières. V. aussi V. LARRIBAU-TERNEYRE, 'Les résultats: une nouvelle conception du contrat?', dans V. Larribau-Terneyre & S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats?* (Pau: PUPPA 2016), p (29) at 34-36.
- 17 Concernant le droit français v. J. GHESTIN, 'La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle', *JCP G (La Semaine Juridique Édition Générale)* 2013, p 929. Concernant le droit allemand v. L. RAISER, 'La Costituzione e il diritto privato', dans *Die Aufgabe des Privatrechts*, trad. it. *Il compito del diritto privato* (Milano: Giuffrè 1990, éd. originelle 1977), pp 171 et ss.; J. MICHAEL RAINER, 'Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania', 6. *Jus civile* 2018, p (386) at 388; B. SCHÜTTE, 'The Influence of Constitutional Law in German Contract Law:

5. Ces expressions dudit principe n'ont toutefois pas remis en question les mutations des dernières décennies. En raison de ces données apparemment contrastées, il semble pertinent de changer de perspective, afin d'analyser ces évolutions à travers des notions différentes qui, ensuite, pourraient conduire à examiner les nouveaux traits de l'autonomie contractuelle et ses implications. Se focaliser sur la conception du sujet, aussi par rapport au marché, et ensuite sur la typologie de réglementation du contrat qui va avec, permet de sortir de l'impasse déterminée par les questions concernant le rapport entre la volonté et la loi et, en même temps, d'analyser ces transformations à travers une notion fondamentale du droit privé.

3. Le sujet, catégorie fondamentale du droit des contrats

6. Le code napoléonien, en s'appuyant sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789, consacre la place de l'individu dans l'ordre juridique.¹⁸ Les influences philosophiques qui ont contribué aux fondements de cette notion sont plurielles, et ici il n'est possible d'en tracer que les caractères principaux. Les bases théoriques sur lesquelles cette conception se fonde sont le jusnaturalisme,¹⁹ selon lequel l'individu est titulaire de droits naturels inaliénables et antérieurs à l'ordre juridique,²⁰ et le rationalisme.²¹ Ces courants philosophiques ont influencé la conception universelle de l'individu propre à la philosophie des Lumières; en outre, jointes aux préoccupations relevant de la morale du christianisme²² et du jansénisme,²³ elles ont constitué les fondements théoriques

Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms', dans L. Siliquini-Cinelli & A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp 217 et ss.

- 18 F. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes* (Paris: Dalloz, 8^e éd. 2012), pp 10-11; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe* (Cambridge: Cambridge University Press 2017), pp 474-475.
- 19 H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix* (Paris: PUF 2012, éd. originelle 1625), concernant le droit naturel et le rôle de la raison v. Prolegomènes, paras XI et ss., paras XI et XXI; sur le contrat I. I, ch. XII, pp 332 et ss. Sur les origines des théories du droit naturel et les différences entre celles-là v. N. ISRAËL & L. GRYN, *Généalogie du droit moderne* (Paris: Payot 2006).
- 20 M. WALINE, *L'individualisme et le droit* (Paris: Éditions Domat Montchrestien, 2^e éd. 1949), p 92 at 104-105.
- 21 R. DESCARTES, *Discours de la methode* (Paris: Flammarion 2000).
- 22 F. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* (Paris: Dalloz, 11^e éd. 2013), p 39. Sur les influences de la pensée chrétienne sur les doctrines de Domat et Pothier v. J.-L. GAZZANIGA, 'Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime', 12. *Droits* 1990, pp 37 et ss.; A.-J. ARNAULD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: L.G.D.J. 1969), pp 199 et ss. Sur les influences de l'idéologie chrétienne sur la Révolution française v. M. WALINE, *L'individualisme*, pp 43-44.
- 23 CH. ATIAS, *Philosophie du droit* (Paris: PUF, 3^e éd. 2012), p 97.

de la pensée de Domat et Pothier, les deux auteurs qui ont significativement inspiré le Code civil.²⁴

Nonobstant la controverse autour de l'influence effective de la pensée kantienne sur les auteurs du Code napoléonien,²⁵ elle a sûrement eu une influence déterminante dans la pensée postérieure²⁶ et sur les codificateurs allemands. La philosophie kantienne cause une rupture dans la pensée occidentale, en bouleversant le rapport entre le sujet et l'objet et en plaçant l'individu au centre du système de la connaissance; en outre, la théorie de Kant du droit naturel postule un sujet conçu comme libre et rationnel.²⁷

7. Sur la base de ces influences, la conception de l'individu propre à la DDHC et au Code napoléonien, à travers laquelle on voulait rendre effectives les conquêtes de la Révolution française,²⁸ postule un sujet conçu d'une façon abstraite et universaliste.²⁹ L'objectif est de supprimer les divisions de classe qui caractérisaient la société féodale et proposer un modèle universel d'homme: le

-
- 24 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p 473; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali* (Torino: Giappichelli, 3^e éd. 2014); M. WALINE, *L'individualisme*, pp 376 et ss.; CH. GRZEGORCZYK, 'Le sujet de droit: trois hypostases', dans *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit* (Paris: Sirey 1989), vol. 34, pp 13 et ss. Pour une remise en discussion des influences du libéralisme, qui auraient concerné plus les interprètes du code que les rédacteurs du code, v. A. BÜRGE, 'Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral', *RTD civ.* 2000, pp 1 et ss.; X. MARTIN, *Nature humaine*.
- 25 Plusieurs auteurs affirment que la pensée kantienne n'a pas eu une influence sur les codificateurs, mais sur les juristes de la période suivante, v. CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, p 12. Toutefois, il faut souligner que Portalis connaissait l'ouvrage de Kant, qu'il critique, mais dont il ne met pas en discussion la conception du sujet en tant qu'être rationnel, v. J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophiques au XVIII^e siècle* (Paris: Dalloz 2007, réimpression 3^e éd. 1834), ch. XXII, pp 53 et ss.
- 26 Sur l'importance de la pensée kantienne pour la conception moderne du droit v. J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie* (Paris: Galilée 1990), pp 83 et ss.
- 27 I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto* (Roma: Laterza 2005, éd. originelle 1797). Sur la pensée juridique de Kant v. A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État* (Paris: Pedone, 3^e éd. 1978), pp 143 et ss.
- 28 Sur les origines politiques et théoriques du Code napoléonien v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p 473. Sur les périodes différentes de la Révolution et les idéologies qui les ont marquées v. A. FORREST, *The French Revolution* (Oxford: Blackwell 1995).
- 29 A. SUPIOT, *Homo juridicus* (Paris: Seuil 2005), p (46 et ss.) at 53. Concernant la fiction de la personne morale et l'*homo juridicus* v. F. GALGANO, *Diritto privato* (Padova: Cedam, 17^e éd. 2017), pp 42 et ss.; CH. RADÉ, 'Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?', dans *Mélanges Hauser* (Paris: LexisNexis-Dalloz 2012), p (589) at 590 et ss.; D. CANALE, 'The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe', dans D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, E. Pattaro & P. Riley (dir.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900* (Dordrecht: Springer 2009), p (135) at 141 et ss.

droit fait donc abstraction des situations particulières et concrètes qui caractérisent la vie en société³⁰ afin d’instaurer les principes d’égalité formelle et de liberté, attribuée individuellement à chaque personne.³¹

Cette conception du sujet est reprise aussi par la doctrine allemande. Les différences philosophiques et théoriques qui sont à la base du Code Napoléon et de la doctrine allemande du XIX^e siècle,³² dont l’élaboration a influencé le *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*), sont remarquables,³³ aussi par rapport au développement du dogme de la volonté (*Willensdogma*),³⁴ qui porte aux extrêmes l’abstraction des concepts juridiques³⁵ et la toute-puissance de la volonté.³⁶ Toutefois, en Allemagne aussi, une conception abstraite du sujet comme être rationnel,³⁷ liée à la conception économique libérale,³⁸ est retenue.

-
- 30 E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme* (Paris: Études et Documentation Internationales 1970), pp 103 et ss. affirme que l’abstraction et l’impersonnalité du sujet juridique dérivent des rapports sociaux marchands de la société capitaliste.
- 31 A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p 448 affirme que: «The text begins with the declaration that ‘all men are born and remain free and equal in rights’ (Art. 1): the theory of natural law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula.» Cette liberté individuelle a fait en sorte que le modèle soit défini comme «individualiste» v. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*; M. WALINE, *L’individualisme*, pp 376 et ss.; CH. GRZEGORCZYK, dans *Archives de philosophie du droit*, *Le sujet de droit*, pp 13 et ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, p (29) at 32.
- 32 Concernant la pensée de Puchta, de Windscheid, la *Begriffsjurisprudenz* et les Pandectes v. A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, pp 585 et ss.
- 33 A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p 526.
- 34 M.F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. GUENOUX, t. 1 (Paris: Firmin Didot Frères 1840), p 328, § 53 affirme que: «on peut définir le rapport de droit, le domaine de la volonté libre».
- 35 V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Efficacia* (Milano: Giuffrè 1998).
- 36 Sur le développement de l’autonomie de la volonté en Allemagne v. J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (Tübingen: Mohr Siebeck 2009); J. MICHAEL RAINER, *Jus civile* 2018, pp 386 et ss. Sur l’autonomie de la volonté et les actes juridiques v. C. WITZ, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs – BGB. Partie générale, Loi sur les conditions générales d’affaires* (Paris: Litec 1992), pp 87 et ss.; M. FROMONT & J. KNETSCH, *Droit privé allemand* (Paris: L.G.D.J., 2^e éd. 2017), pp 75 et ss.
- 37 A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p 556; F. GALGANO, *Diritto privato*, p (42 et ss.) at 238 et ss.; E. NAVARRETTA, ‘L’evoluzione dell’autonomia contrattuale fra autonomia e principi’, 43. *Quaderni fiorentini* 2014(1), p (589) at 591-592; H.-W. MICKLITZ, ‘The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture’, dans G. HELLERINGER & K. PURNHAGEN (dir.), *Towards a European Legal Culture* (C. H. Beck – Hart – Nomos: München – Oxford – Baden-Baden 2014), p (81) at 95. Sur la particularité de la conception espagnole du rôle du sujet de droit et de l’autonomie de la volonté, influencée par l’ouvrage de K. KRAUSE, v. S. MARTÍN, ‘La utopía Krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)’, 43. *Quaderni fiorentini* 2014(I), pp 481 et ss.
- 38 WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2 (Milano: Giuffrè 1980, éd. originelle 1967), pp 196-198.

Il en va de même du code italien de 1865 et du code de 1942, surtout dans ses applications postérieures à la fin de la seconde guerre mondiale, en dépit des particularités liées au régime politique qui l'a réalisé³⁹: la conception du sujet, ainsi que celle du contrat, sont fondamentalement libérales et ancrées au principe de la liberté contractuelle.⁴⁰

8. Pour ce qui nous intéresse le plus ici, il est important de remarquer que cette théorie postule un sujet abstrait du contexte concret dans lequel il se trouve et égal à tous les autres⁴¹: c'est le triomphe de l'égalité formelle,⁴² qui détermine aussi une réglementation unitaire du contrat.⁴³ Ces conceptions juridiques étaient fondées sur le contexte économique de l'époque: lors de la rédaction du code napoléonien,⁴⁴ les activités de production et le commerce étaient principalement artisanaux et familiaux et, par conséquent, les relations contractuelles étaient normalement plus égalitaires.⁴⁵

En outre, cette vision est étroitement liée aux théories des économistes et philosophes libéraux classiques⁴⁶ et à leur conception du

-
- 39 Sur le droit privé et le régime fasciste v. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2005); P.G. MONATERI, 'Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values', dans L. Siliquini-Cinelli & A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), p (123) at 132-137.
- 40 Concernant la conception de l'autonomie de la volonté du juriste qui a dirigé les travaux du code: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, dans *Tratt. Vassalli* (Torino: UTET, 2^e éd. 1950), pp 46 et ss.
- 41 E. NAVARRETTA, 43. *Quaderni fiorentini* 2014, p (589) at 595.
- 42 Cette conception n'est pas remise en cause par la persistante présence, en France et aussi en Allemagne, du code de commerce à côté du code civil. D'abord, jusqu'aux plus récentes réformes, ces codes étaient très archaïques et réglaient très peu de situations: le droit de commerce se faisait avec des lois spéciales (F. DEKEUWER-DÉFOSSÉ & É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial* (Paris: L.G.D.J., 11^e éd. 2015), p 20). Ensuite, ces codes se fondaient sur certaines notions fondamentales tirées du code civil, parmi lesquelles celles de sujet de droit et d'obligation (F. DEKEUWER-DÉFOSSÉ & É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, p 35). Enfin, ces codes ne promouvaient pas une vision différente du sujet et du contrat (P. DIDIER & PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1 (Paris: Economica 2005), pp 3 et ss.). Sur l'unification, en Italie, du code civil et du code de commerce v. F. GALGANO, 'Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici', dans F. Galgano (dir.), *La costituzione economica*, t. 1, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (Padova: Cedam 1977), p (3) at 88 et ss.; G. AULETTA, 'L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942', dans *Scritti giuridici*, t. 8 (Milano: Giuffrè 2001), pp 205 et ss.
- 43 V. para. 4.
- 44 A cette époque en France le développement du capitalisme industriel n'est qu'au début, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p 177.
- 45 F. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, p 41.
- 46 F. GALGANO, *Diritto privato*, pp 42 et ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, p (29) at 31-32; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p 107: «historiquement cependant l'acte d'échange précisément a fait murir l'idée de sujet, comme porteur de toutes les prétentions juridiques possibles. C'est seulement dans l'économie marchande que naît la forme juridique abstraite, autrement dit que la capacité générale d'avoir des droits se sépare des prétentions

marché.⁴⁷ Bien que les approches de ces auteurs présentent des différences, la liberté conçue comme droit fondamental de l'individu et comme fondement de l'action du sujet est ancrée aux conceptions économiques du «laisser faire, laisser passer».⁴⁸ Schématiquement, seuls les individus, laissés libres⁴⁹ d'agir sur le marché et de se déterminer dans leurs choix selon un calcul égoïste, peuvent faire évoluer le bien-être de la société dans son ensemble.⁵⁰ La circulation de la richesse aurait pour effet de permettre la meilleure allocation possible des ressources.

Une des prémisses de cette théorie est une conception qu'on pourrait définir «naturaliste»⁵¹ du marché, conçu comme ordre spontané⁵² préexistant à la loi et qui, si laissé libre de fonctionner, permettrait la formation du bon prix, c'est-à-dire le prix adéquat à la valeur du bien.⁵³ Le mécanisme du prix juste, qui se forme grâce à la concurrence, permettrait un enrichissement mutuel des contractants, et

juridiques concrètes. Seul le transfert continu des droits qui a lieu sur le marché crée l'idée d'un porteur immuable de ces droits. Sur le marché celui qui oblige quelqu'un s'oblige simultanément. Il passe à tout instant de la situation de partie prétendante à la situation de partie obligée. Ainsi se crée la possibilité de faire abstraction des différences concrètes entre les sujets juridiques et de rassembler ceux-ci sous un seul concept juridique.»

47 F. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, pp 32-33.

48 J.-PH. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, p 826; V. ROPPO, *Il contratto*, dans *Trattato Iudicazatti* (Milano: Giuffrè 2011, 2^e éd.), pp 37-39.

49 Les justifications des limites de l'interventions de l'état ne sont pas les mêmes chez les libéraux; schématiquement, deux courants peuvent être détectés: le premier, qui met au centre l'aspect juridique, fonde ces limites sur les droit naturels de l'individu. Le second, qui met au centre l'aspect scientifique, les fonde sur la nature de l'individu et son agir intéressé. Il faut cependant souligner que ces courants s'entremêlent souvent; ceux qui nous intéresse le plus, car il est à la base de la codification française, est le courant juridique, v. P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde* (Paris: La Découverte/Poche 2010), pp (26 et ss.) at 71 et ss., 101 et ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique* (Paris: Gallimard Seuil 2004), pp 40 et ss.

50 A. SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7 (Chicago: University of Chicago Press 1977), pp 83 et ss. La liberté contractuelle est alors un corollaire de cette théorie économique, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p 174. Pour une critique de la façon dominante de comprendre la pensée d'A. Smith v. G. DOSTALER, 'Les chemins sinueux de la pensée économique libérale', 44. *L'Économie Politique* 2009(4), p (42) at 49-50.

51 M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, pp 33 et ss.; P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp 6 et ss.

52 G. DOSTALER, 44. *L'Économie Politique* 2009, p (42) at 47 et ss.

53 Le sujet du prix juste est récurrent dans tous les courants du libéralisme classique. Ainsi le physiocrates l'appelle le « bon prix», v. E. DEPTRE, *Introduction à Dupont de Nemours, De l'exportation et de l'importation des grains* (Paris: P. Geuthner 1911), pp XXIII-XXIV; Marshall le prix «normal», v. A. MARSHALL, *Principles of Economics* (London: Macmillan & Co. 1890), même si déjà à partir de la fin du XIX^e siècle on commençait à se poser la question de l'altération de la concurrence et, donc, du mécanisme de formation du prix, v. L. PFISTER, 'Contrat, libre concurrence et ordre public: la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle', *Revue des contrats (RDC)* 2012, p 349.

par conséquent de la société en général.⁵⁴ L'État doit donc laisser les individus libres de contracter et intervenir seulement afin de garantir l'exécution des obligations.⁵⁵

4. L'unité du contrat

9. La conception du marché et du sujet dont on a esquissé les traits fondamentaux implique aussi une vision spécifique du contrat: la *reductio ad unum* du sujet de droit implique la *reductio ad unum* du contrat. En réalité, le fondement du contrat se trouve dans le consentement,⁵⁶ fruit de la rencontre des volontés des sujets libres et rationnels.⁵⁷ Lorsque ce consentement n'est pas vicié,⁵⁸ l'accord est considéré comme rationnel,⁵⁹ puisque la volonté, comme conçue à partir des Lumières et des Pandectes, est l'expression directe de la raison humaine.⁶⁰

Il s'en suit que, suivant strictement ce principe, aucune intervention externe de la part de qui que ce soit,⁶¹ laquelle ne serait justifiée que par la nécessité soit de sanctionner un accord qui n'est pas en réalité le produit du consentement, soit de protéger certains intérêts publics, ne devrait être permise. Cette conception est étroitement liée à celle du marché retenue par les libéraux classiques⁶²: les contrats sont le résultat de la manifestation de la liberté humaine dans un contexte qui est

54 M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p 55; v. A. SMITH, *The Wealth*, l. 4, ch. 2, pp 590 et ss.

55 M. WALINE, *L'individualisme*, pp 174-175.

56 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: L.G.D.J. 1962), p 132; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations* (Paris: Economica, 2^e éd. 2012), pp 173 et ss.; J.-PH. LÉVY & A.CASTALDO, *Histoire du droit civil*, p 829 observe que, nonobstant la plupart de la doctrine considère la liberté contractuelle comme expression de l'autonomie de la volonté, ce raisonnement est erroné, car le consentement a des racines bien plus anciennes que le principe de l'autonomie.

57 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* (Paris: PUF 2011), pp 428 et ss.; M.M. SALAH, 'Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois', 27. *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)* 2013, pp 475-476.

58 Le problème des vices du consentement est lié au consensualisme et au rôle de la volonté dans la création de l'engagement, v. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* (Paris: L.G.D.J. 1961), p 89.

59 L'antagonisme entre les intérêts des parties au contrat et aussi la nécessité du consentement de celles-ci garantissent que les intérêts d'une partie ne soient pas sacrifiés, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p 177.

60 D. TERRÉ-FORNACCIARI, 'L'autonomie de la volonté', *Revue de sciences morales et politiques* 1995, p (255) at 264.

61 M. WALINE, *L'individualisme*, p 170 affirme, concernant le contenu du principe de l'autonomie de la volonté: «toute obligation, pour être sanctionnée par le Droit, doit être librement consentie; mais, à l'inverse, toute obligation, du moment qu'elle est librement consentie, doit être sanctionnée par le Droit». V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, 'Volonté et obligation', dans «L'obligation», *Archives de philosophie du droit*, t. 44 (Paris: Dalloz 2000), p (129) at 133; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, p 432.

62 PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations* (Paris: LexisNexis, 14^e éd. 2017), p 80.

conçu comme naturel.⁶³ Les interventions justifiées sont donc seulement celles qui se rendent nécessaires à la garantie de l'effectivité du consentement ou à la protection de l'ordre public.

10. Le principe de l'autonomie de la volonté, qu'il ait une valeur fondatrice ou explicative⁶⁴ du système du droit des obligations, lie cette conception du contrat à celle du sujet et en justifie la force contraignante. Selon la très célèbre expression d'Alfred Fouillée: «qui dit contractuel dit juste»⁶⁵; le contrat est juste car produit de la volonté, qui est l'expression de la liberté et de la rationalité humaine. En d'autres termes, par rapport à l'échange, il n'y a pas d'autres critères qui puissent guider l'interprète que celui du libre choix sur le marché, censé être le meilleur car déterminé par la décision individuelle et égoïste du sujet. L'autonomie de la volonté se fonde sur une conception de l'individu comme être complètement rationnel et informé, agissant sur un marché concurrentiel.⁶⁶ Cette conception de la volonté et du contrat est consubstantielle à l'approche libérale classique⁶⁷ et à l'affirmation de la société bourgeoise, pour laquelle les postulats de la liberté et de l'égalité des sujets sont fondamentaux pour l'acte d'échange.⁶⁸ La circulation de la richesse et le processus de production marchand en général nécessitent forcément l'échange,⁶⁹ qui ne peut être réalisé que par le biais du contrat, produit de la volonté de l'individu⁷⁰ et générateur de droits et obligations.⁷¹

Dans ce cadre théorique on comprend aussi l'unité du concept de contrat: la notion de contrat est unitaire parce qu'il n'y a pas des degrés différents d'intensité du consentement et de sa force contraignante. La volonté est le produit de la rationalité naturelle du sujet; la réglementation des contrats spéciaux s'intègre

-
- 63 L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo* (Napoli: Editoriale Scientifica 2010), pp 24 et ss.
- 64 Sur les conceptions différentes de l'autonomie de la volonté d'un point de vue politique et historique v. CH. JAMIN, *D.* 2002, doct. 901; N. IRTI, *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2018), pp 555 et ss.; SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, pp 35 et ss.; J.-P. CHAZAL, 'De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil', *RTD civ.* (2001), pp 265 et ss.; CH. JAMIN, *D.* 2002, doct. 901; E. NAVARRETTA, 43 *Quaderni fiorentini* (2014), p (589) at 593 et ss.
- 65 Sur laquelle v. J.-F. SPRITZ, '« Qui dit contractuel dit juste »: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée', *RTD civ.* (2007), pp 281 et ss.
- 66 PH. JESTAZ, 'Rapport de synthèse « Quel contrat pour demain? »', dans Ch. Jamin & D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat* (Paris: Dalloz 2003), p (243) at 253.
- 67 M. WALINE, *L'individualisme*, p 176.
- 68 Il est «dans cet acte d'échange que l'homme réalise pratiquement la liberté formelle de l'auto-détermination», v. E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p 106; K. MARX, *Le Capital*, I. I, ch. II (Paris: Flammarion 1985, 1^{re} éd. française 1867), p 112.
- 69 K. MARX, *Le Capital*, I. I, ch. II, p 112.
- 70 E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p 102.
- 71 «L'économie de marché ne fonctionne pas sans sujets de droit, êtres humains ou entreprises que le droit revêt de cette aptitude à être titulaires de droits et obligations», v. M.-A. FRISON-ROCHE, 'Droit et économie', dans F. Terré (dir.), *Regards sur le droit* (Paris: Dalloz 2010), p (119) 124. V. aussi E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, pp 88-89.

sur le fond de la liberté contractuelle, qui est le cadre fondamental par rapport auquel ces normes ont une valeur supplétive ou intégrative,⁷² et non de microsystèmes porteurs d'une logique alternative.

5. L'exemple des contrats d'adhésion dans le code civil italien

11. Un exemple paradigmatique de cette approche théorique est la réglementation par le code civil italien des clauses abusives insérées dans les conditions générales (art. 1341 c.c.) et les contrats d'adhésion⁷³ (art. 1342 c.c.). Cet exemple est intéressant car ces normes ont été adoptées dans un contexte économique qui a beaucoup évolué – en raison du développement des structures productives et du commerce – par rapport au contexte susmentionné (le code italien a été promulgué en 1942) et, donc, met en évidence la tension inhérente à cette approche par rapport aux évolutions du monde du commerce. En outre, la réglementation des clauses abusives a ensuite fait l'objet des plusieurs interventions du droit de l'Union Européenne et des législateurs nationaux: il est donc pertinent d'examiner les mutations dans l'appréciation des problèmes soulevés par les clauses abusives, et les solutions apportées.

Les deux normes évoquées sont nouvelles et fort originales par rapport aux autres codifications. Le Rapport de présentation au roi du Code civil met en évidence le fait que leur introduction a été motivée par le contexte économique de l'époque.⁷⁴ Les développements du système industriel et du commerce ont modifié la structure productive et commerciale, en rendant beaucoup plus évident le déséquilibre entre les parties dans la négociation de masse.⁷⁵ Les entreprises, en raison des nécessités du commerce et de la standardisation des échanges, avaient commencé à structurer les rapports contractuels en utilisant des contrats d'adhésion. Dans ces cas, le modèle du contrat conçu toujours comme un rapport entre pairs était peu adapté à la réalité commerciale.

12. Sur la base de ces considérations, le législateur a introduit dans le code civil les articles 1341 et 1342 c.c. L'article 1341 c.c., concernant la validité et l'efficacité des conditions générales, prévoit que les conditions générales sont efficaces si elles étaient connues ou connaissables par l'autre partie. Cette norme représente une dérogation au principe du consentement, en y substituant la condition de la «cognoscibilité»⁷⁶; cependant, ce qui nous intéresse le plus ici sont les

72 L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, p 25.

73 Sur les controverses concernant cette notion en France en début du XX^e siècle v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, pp 441 et ss.

74 Sur ces aspects v. *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul «valore giuridico della carta del lavoro»* (Roma: Istituto Poligrafico dello Stato 1943), pp 391-392, no 612.

75 V. ROPPO, *Contratti standard* (Milano: Giuffrè 1975, réimpression 2017), pp 9 et ss.

76 V. ROPPO, *Contratti standard*, pp 174 et ss.

conditions de validité et d'efficacité des clauses abusives, réglées par le second alinéa. Celles-ci, applicables aussi aux contrats d'adhésion (v. art. 1342, al. 2 c.c.), prévoient que certaines clauses (dites clauses vexatoires) sont valables seulement si elles ont été spécifiquement approuvées par écrit par l'autre partie. La jurisprudence a interprété cette condition comme nécessitant une signature spécifique concernant les clauses abusives insérées dans les conditions générales ou le contrat d'adhésion.⁷⁷ La signature garantirait la pleine connaissance et acceptation de ces clauses très pénalisantes.⁷⁸

Le législateur italien se trouvait confronté à un problème: le fait que certains contrats sont presque imposés et qu'y sont prévues des clauses très déséquilibrées, ce qui aurait pu faire basculer le fondement de la théorie classique du contrat. Toutefois, la solution apportée, la signature spécifique des clauses vexatoires, s'inscrit dans le sillage de l'approche classique. Le problème des conditions générales et des contrats d'adhésion est affronté comme un problème de consentement et de volonté, non d'asymétrie informative ou de pouvoir contractuel: le consentement, manifesté d'une façon renforcée, est en fait la condition nécessaire et suffisante pour la validité de ces clauses.

Les postulats de la rationalité du sujet et de la liberté contractuelle comme principes-phare qui conduisent au meilleur résultat - sans aucune intervention externe sur l'environnement contractuel (*a priori*) ou le contrat (*a posteriori*) en raison du déséquilibre de la relation contractuelle - ne sont pas remis en question. Si l'on songe à la réglementation consumériste contemporaine de dérivation européenne, la distance théorique est évidente⁷⁹: là où cette deuxième approche prend en considération un problème de déséquilibre informationnel des contractants et prévoit la nullité des clauses significativement déséquilibrées, sauf preuve de leur négociation, le code civil italien pose le problème par rapport à la volonté: la garantie de la connaissance des clauses et, donc, du consentement, est condition nécessaire et suffisante pour la validité et l'efficacité de celles-ci.

6. Le changement de perspective et l'affirmation d'une rationalité nouvelle

13. Cette conception que l'on vient d'analyser est entrée dans un état de crise, due à plusieurs facteurs qui en ont bouleversé la structure, aussi d'un

77 V. ROPPO, *Il contratto*, pp 851-852.

78 Pour la même raison les clauses abusives doivent être spécifiquement indiquées et un générique rappel de toutes les clauses du contrat n'est pas suffisant, v. Corte di Cassazione 12 octobre 2016, n. 20606, ECLI:IT:CASS:2016:20606CIV, www.itagiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20161012/snciv@s62@a2016@n20606@rO.clean.pdf.

79 V. para. 7.

point de vue théorique et philosophique. En raison de l'ampleur, la profondeur et la complexité de ces mutations, il convient de se borner à illustrer quelques éléments qui, selon nous, ont joué un rôle déterminant dans ce processus.

L'étroite connexion entre la réglementation classique du sujet et du contrat et le contexte économique et social a déjà été mise en évidence: les facteurs principaux de la crise de ce modèle sont donc les mutations profondes qui ont investi ce contexte.⁸⁰ Les révolutions industrielles,⁸¹ l'âge de la colonisation et les développements des entreprises multinationales, avec les concentrations du capital et la transnationalisation des marchés, ont rendu archaïque le modèle contractuel sur lequel les réglementations classiques étaient fondées.⁸² Il est donc devenu complètement irréaliste de concevoir les contractants comme abstraitement égaux et l'accord comme le produit de leur libre volonté.⁸³ Les deux guerres mondiales ont ultérieurement approfondi ce processus, d'un côté en rendant nécessaires des législations d'urgence qui limitaient fortement la liberté contractuelle⁸⁴ et, de l'autre côté, en remettant en question la foi dans la raison humaine. Ces événements ont marqué un cap dans la représentation et la construction de l'individu, et dans l'efficacité du système économique.

En outre, les fondements philosophiques de cette conception ont été ébranlés et bouleversés: la philosophie de Nietzsche marque un tournant décisif en remettant en cause la conception rationaliste du sujet telle qu'elle avait été

-
- 80 R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^{re} série, (Paris: Dalloz, 3^e éd. 1964); CH. RADÉ, dans *Mélanges Hauser*, p (589) at 599-580. Sur la crise du modèle économique classique v. B. LAVERGNE, *Grandeur et déclin du capitalisme* (Paris: Librairie des Médecis 1938).
- 81 F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle* (Paris: Albin Michel 1997).
- 82 P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp 124 et ss.; L. JOSSERAND, 'Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats', *RTD civ.* 1937, pp 1 et ss.; M. ARMAND-PRÉVOST & D. RICHARD, 'Le contrat déstabilisé - De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel', *JCP G* 1979(I), doc. 2952, no 10; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, pp 438 et ss.
- 83 M. WALINE, *L'individualisme*, pp 182 et ss.; CH. JAMIN, 'Plaidoyer pour le solidarisme contractuel', dans *Mélanges Ghestin* (Paris: L.G.D.J. 2001), pp 441 et ss., selon lequel la philosophie de l'autonomie de la volonté est «purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont pas de force égale». D'un point de vue économique v. F. PERROUX, 'Esquisse d'une théorie de l'économie dominante', *Économie appliquée* (1948), pp 243 et ss. Sur la crise de la pensée libérale à la fin du XIX^e siècle et le développement du réalisme français, qui met en évidence la nécessité de réformes afin de sauver la société bourgeoise: CH. JAMIN, 'Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée', 51. *Droits* 2010, p (137) at 142 et ss. Déjà A. COLIN, H. CAPITANT & L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, pp 13-14 remarquaient le caractère fictif de la présupposition d'égalité entre les contractants, en raison des développements de l'économie capitaliste.
- 84 A. NEGRI, 6. *Eur. dir. priv.* 2003, p (51) at 70; W.H. VAN BOOM, 'The Great War and Dutch Contract Law: Resistance, Responsiveness and Neutrality', 2. *Comparative Legal History* 2014, pp 303 et ss., aussi disponible sur ssrn.com/abstract=2544542 (dernier accès le 30 janvier 2019).

soutenue par la philosophie Occidentale.⁸⁵ A partir de là se développent dans tous les domaines des sciences des courants de pensée qui analysent la crise de la rationalité, la fragmentation du sujet et de sa conscience. Par ailleurs, la pensée marxiste bouleverse la représentation des rapports de production marchands fournie par le libéralisme et vise à dévoiler le caractère artificiel de l'abstraction fondatrice de la liberté des sujets.⁸⁶ Par conséquent, l'unité fondamentale du sujet, de laquelle découlait l'unité gnoséologique et épistémologique de la philosophie dominante, est questionnée, et avec elle les certitudes concernant la rationalité et l'existence d'une vérité à découvrir grâce à celle-là.

14. Dans ce contexte, se développe un courant de la pensée libérale qui se donne pour but de refonder le libéralisme, afin de résoudre les problèmes qui s'étaient manifestés d'une façon très violente; le colloque Walter Lipmann⁸⁷ est le premier acte de la constitution d'un groupe d'intellectuels, spécialisés dans divers domaines, qui poursuivent ce projet. L'histoire de ce groupe, la division consécutive entre les théoriciens allemands (ceux qui deviendront les ordolibéraux et qui ont influencé les bases économiques et juridiques de l'UE) et les austro-américains (qui deviendront les chefs de file du néolibéralisme) et leurs influences dans la refondation de l'État allemand, bien que fort intéressants, dépassent largement le sujet du présent article.⁸⁸ Ce qu'il faut cependant mettre en évidence est le rôle déterminant de ces penseurs dans la construction de l'UE et leur influence sur la conception du droit qui résonne dans les Traités, dans les réglementations, les directives et les autres actes normatifs de l'UE.⁸⁹ Les différences théoriques par rapport à la pensée libérale classique sont très

-
- 85 Nietzsche a mis à nu le caractère artificiel et faux de la rationalité humaine, en montrant non seulement les limites de la connaissance qu'on prétend atteindre à travers celle-ci, mais aussi le caractère imposé, à la fois limitant et structurant, de valeurs prétendument universelles.
- 86 K. MARX, *Le Capital*, I, I, ch. II, pp 112 et ss.; K. MARX, *La questione ebraica* (Roma: Editori Riuniti, 6^e éd. 2^e réimpression 2000), pp 28 et ss.; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, pp 103 et ss.; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit* (Paris: Maspero 1976), pp 128-137.
- 87 Colloque qui s'est tenu à Paris du 26 au 30 août 1938. Les actes du colloque ont été publiés dans L. ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann* (Lormont: Le Bord de l'eau 2012), pp 405 et ss.
- 88 P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, p (243 et ss.) at 328 et ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, pp 221 et ss.; Q. SLOBODIAN, *Globalists* (Cambridge: Harvard University Press 2018), pp 204 et ss. Concernant les différences entre ces deux courants d'un point de vue juridique v. TH. BIEBRICHER, 'Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment', 17. *German Law Journal* 2016, p (835) at 839-842.
- 89 S. GRUNDMANN, 'The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law', 16. *ERPL* 2008, pp 553 et ss.; M. LIBERTINI, 'A «Highly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution', 9. *Concorrenza e mercato* 2011, pp 491 et ss.; D. J. GERBER, 'Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe', 42. *The American Journal of Comparative Law* 1994, pp 25 et ss.; G. DALE & N. EL-ENANY, 'The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda', 14. *German Law Journal* 2013, p (613) at 620 et ss.

nombreuses; cependant, si l'on doit identifier des éléments de démarcation déterminants qui influencèrent considérablement le droit des contrats, ce seraient probablement la conception de l'ordre concurrentiel du marché⁹⁰ et la conception du sujet qui en découle.

15. Les ordolibéraux ne conçoivent pas l'ordre concurrentiel du marché comme un ordre naturel, ontologiquement donné et préexistant à la réglementation juridique; au contraire, ils considèrent que le marché, et l'ordre concurrentiel qui doit y régner, doivent être construits⁹¹ par le biais d'interventions actives de la part des gouvernants.⁹² Si cet ordre n'est pas ontologiquement donné, il en découle que les interventions des gouvernants ne sont pas forcément considérées comme des ingérences illégitimes, mais sont en revanche nécessaires afin de développer pleinement cet ordre et de corriger les entraves qui lui font obstacle. Le point de départ de cette conception est, comme dans le libéralisme classique, que l'allocation des ressources qui est établie par le système du marché concurrentiel est la meilleure afin de garantir le bien-être de toute la société⁹³; toutefois, vu que ce système n'est pas naturel, mais doit être construit et préservé, il faut faire en sorte que, le cas échéant à travers des interventions actives, ces mécanismes puissent fonctionner correctement et sans aucune entrave.⁹⁴

Le sujet est considéré comme rationnel. Toutefois, il est pris en considération dans la situation concrète dans laquelle il se trouve agir. Les développements de la pensée ordolibérale conduisent à prendre en considération les asymétries informatives ou de pouvoir contractuel qui peuvent entraver le déploiement de la rationalité du sujet et à faire en sorte que, à cause de ces biais, le contrat conclu ne soit pas efficient. Il faut donc intervenir afin de corriger ces distorsions; ces interventions sont modelées selon les situations que le législateur conçoit comme étant problématiques. Par conséquent, elles entraînent une fragmentation de la réglementation du contrat fondée sur les catégories à travers lesquelles le législateur modèle les typologies de contrôle.

-
- 90 W. LIPPMANN, *La cité libre* (Paris: Librairie de Médicis 1938); P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp 225 et ss.; R. PTAK, 'Neoliberalism in Germany', dans P. Mirowski & D. Plehwe (dir.), *The Road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought* (Cambridge: Harvard University Press 2009), p (98) at 101-102.
- 91 W. RÖPKE, *Civitas humana* (Erlenbach-Zürich: Rentsch 1944), pp 43 et ss.; R. PTAK, dans *The Road from Mont Pèlerin*, p (98) at 105.
- 92 P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp 205 et ss.; R. PTAK, dans *The Road from Mont Pèlerin*, p (98) at 102.
- 93 W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (Bern: A. Franke 1952), p 254.
- 94 L. ERHARD, *La Prospérité pour tous* (Paris: Plon 1959); S. GRUNDMANN, 16. *ERPL* 2008, p (553) at 568 et ss.; F. RIEM, 'Retour sur l'ordre concurrentiel', 27. *RIDE* 2013, p (435) at 442-443; R. FORNASARI, 'L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto', 32. *Contratto e impresa (Contr. e impr.)* 2016, p (836) at 865 et ss.

Dans ce contexte, le droit privé joue un rôle fondamental: vu que le contrat est l'outil juridique par le biais duquel l'échange, et donc l'allocation des ressources, sont réalisés, il devient la cible des interventions visant à faire en sorte que le dispositif concurrentiel puisse fonctionner correctement. Le droit privé acquiert dès lors une double fonction. D'un côté, il doit construire et protéger un cadre⁹⁵ dans lequel les sujets peuvent agir et déployer leur rationalité. De l'autre, il sert à contrôler le respect de la logique concurrentielle par les contrats⁹⁶ et, donc, à faire en sorte que les conditions dans lesquelles les personnes privées se trouvent agir soient optimales⁹⁷ ou, si ce dispositif ne peut pas fonctionner correctement, à corriger *ex post*, avec des opérations de *market-mimicking*, les accords qui ne peuvent pas respecter ces conditions.⁹⁸ Les contrôles, pourtant, ne se limitent pas aux pratiques restrictives de la concurrence sur un marché spécifique à travers les normes *antitrust*, mais prennent aussi en considération les contrats individuels. Ce qui est mis en place est une «police» des contrats qui vise la microéconomie des échanges, fondée sur l'idée que chaque accord qui ne respecte pas la logique du dispositif concurrentiel mérite d'être corrigé.

16. Ces considérations s'inscrivent dans l'idée d'une «société de droit privé» (dont les racines, selon F. Böhm, sont à retracer dans la Révolution française), qui se fonde sur le principe de concurrence comme principe constitutionnel⁹⁹: les hommes ne seraient pas confrontés directement à l'État, mais ils seraient soumis à un ordre juridique qui limiterait le pouvoir de l'État et les possibles abus de pouvoir des sujets privés,¹⁰⁰ en encadrant les actions et les statuts des sujets,¹⁰¹ afin de garantir le bien-être de la société.

-
- 95 F. BÖHM, 'Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft', 17. *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)* 1966, p (75) at 138.
- 96 La connexion étroite entre droit de la concurrence et droit contractuel a été mise en évidence par A. PIROVANO, 'Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles', dans G.J. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique* (Paris: LGDJ 1998), pp 295 et ss.
- 97 Sur l'importance des devoirs d'information par rapport au droit des contrats v. S. GRUNDMANN, W. KERBER & S. WEATHERILL (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin - New York: de Gruyter 2001, réimpression 2012); M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats* (Paris: L.G.D.J. 1992).
- 98 F. MARTY & P. REIS, 'Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique', 27. *RIDE* 2013, p (579) at 582. Sur le rôle nouveau et de plus en plus important du pouvoir judiciaire v. P. DARDOT & CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp 265-266; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p 180.
- 99 A. PIROVANO, 'L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne', dans R. Charvin & A. Guesmi (dir.), *L'Algérie en mutation* (Paris: L'Harmattan 2001), pp 119 et ss.; L. SIMONIN, 'Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat', dans P. Commun (dir.), *L'ordolibéralisme allemand* (Cergy-Pontoise: Cirac 2003), p (67) at 70 et ss.
- 100 S. GRUNDMANN, 16. *ERPL* 2008, pp 553 et ss.
- 101 F. BÖHM, 17. *Ordo Jahrbuch* 1966, pp 75 et ss.

Les implications de cette nouvelle perspective et de ses effets sur les ordres juridiques nationaux, aussi du point de vue des sources du droit et des interactions entre la sphère publique et privée, sont innombrables. L'approche de la réglementation change profondément, car elle ne repose plus sur une approche systématique et formelle,¹⁰² qui tirait ses fondements de la dogmatique juridique, mais sur une approche fonctionnelle.¹⁰³ Les normes sont adoptées et structurées selon leurs fonctions par rapport au but affiché, c'est-à-dire la construction et l'amélioration du marché unique et de la concurrence.¹⁰⁴ Les problématiques juridiques sont analysées et les solutions sont apportées dans ce cadre théorique: l'unité, qui auparavant découlait de la construction d'un système cohérent, est désormais à trouver dans l'objectif de ces normes.

Cette approche est en outre rendue nécessaire par la compétence téléologique de l'UE en matière contractuelle: cette compétence ne se fonde sur aucune norme qui concerne explicitement ce domaine; en revanche, elle est justifiée par l'art. 114 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE),¹⁰⁵ qui prévoit la compétence des organes de l'UE lorsque

-
- 102 CH. JAMIN, 51. *Droits* 2010, p (137) at 137-138 remarque comme le courant du réalisme français, qui s'est développé à la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, avait déjà mis en discussion cette approche. D. BUREAU & N. MOLFESSIS, 'L'asphyxie doctrinale', dans *Mélanges B. Oppetit* (Paris: Litec 2009), pp 47 et ss. mettent en évidence les difficultés que ces mutations impliquent pour la construction du système juridique.
- 103 A. SUPLOT, *Homo juridicus*, pp 270 et ss.; R. MICHAELS, 'The Two Rationalities of European Private Law', dans R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia & S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law* (Oregon: Hart Publishing 2011), p (139) at 154-155; M. HESSELINK, *The New European Culture* (Deventer: Kluwer 2001); sur le même sujet v. aussi les reconsidérations à dix ans de distance du même auteur: M.W. HESSELINK, 'The New European Culture - Ten Years On', dans G. Helleringer & K. Purnhagen (dir.), *Towards a European Legal Culture* (C.H. Beck - Hart - Nomos: München - Oxford - Baden-Baden 2014), pp 17 et ss.; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, p (81) at 82 et ss.
- 104 F. CAFAGGI, 'Private Regulation in European Private Law', dans A. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak & E. du Perron (dir.), *Towards a European Civil Code* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 4^e éd. 2011), p (91) at 119; F. CAFAGGI, 'The Making of European Private Law: Governance Design', dans F. Cafaggi & H. Muir-Watt (dir.), *Making European Private Law* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar 2008), p (289) at 292 et ss.; H. COLLINS, 'The Hybrid Quality of European Private Law', dans R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia & S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law* (Oregon: Hart Publishing 2011), p 453. Par rapport au droit de la consommation, v. M.W. HESSELINK, 'Towards a Sharp Distinction Between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law After the Consumer Rights Directive', 18. *ERPL* 2010, p (57) at 65 et ss.; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie* (Paris: Seuil 2010), pp 59 et ss.; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, p (81) at 85-88; E. NAVARRETTA, 'Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale', 52. *Riv. dir. civ.* 2016, p (1262) at 1274 et ss.; F. MACARIO, 'Autonomia privata (profili costituzionali)', dans *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII (Milano: Giuffrè 2015), p (61) at 93.
- 105 R. MICHAELS, *The Foundations of European Private Law*, p (139) at 154; E. CLAUDEL, 'Les perspectives du droit européen des contrats', dans M. Bourassin & J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires* (Paris: Dalloz 2014), p (219) at 221.

le rapprochement des législations est nécessaire pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.¹⁰⁶ Par conséquent, l'attribution normative de l'UE est limitée et, surtout, fonctionnellement orientée à une fin spécifique, qui structure les interventions normatives.

7. La fragmentation du sujet

18. À partir de ce cadre théorique, on peut comprendre la réglementation de l'UE et des ordres juridiques nationaux sur la protection du consommateur et d'autres sujets spécifiquement identifiés comme méritant une protection spéciale, qui ont bouleversé les systèmes nationaux de droit privé; à partir de là, on peut aussi cerner les contours de la distinction entre ces normes et celles de la moitié du XX^e siècle concernant la réglementation de certains contrats spécifiques.¹⁰⁷

Les interventions concernant, par exemple, le contrat de travail¹⁰⁸ et le bail d'habitation¹⁰⁹ étaient le résultat d'un choix politique qui se posait en opposition à l'approche libérale classique. A travers ces lois, il n'était pas question de permettre au mécanisme concurrentiel de se déployer correctement, mais de réaliser une distribution différente des ressources par rapport à celle qui aurait été le résultat de la négociation. Ces normes étaient le résultat d'un conflit social, lors duquel la conception libérale était questionnée et lui en était opposée une autre.¹¹⁰ En revanche, la réglementation européenne pose comme objectif la réalisation et la protection du marché concurrentiel¹¹¹; elle vise à éliminer les entraves à la

106 L'art. 114, al. 1 prévoit que: «sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.» H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, p (81) at 85 affirme: «The 1985 White Paper on the Completion of the Internal Market provided the necessary legitimation for European legislators to instrumentalise law to open up and shape markets. This is where the birth of the EU as a market state can be located.»

107 La réglementation de certains contrats spéciaux a conduit des auteurs à parler de crise du contrat déjà à partir de la moitié du dernier siècle, v. H. BATIFFOL, 'La « crise du contrat » et sa portée', dans *Archives de philosophie du droit*, t. XIII (Paris: Sirey 1968), pp 13 et ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, p 43.

108 Concernant le droit italien v. M. BARBERA, 'I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive', dans L. NIVARRA (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato* (Milano: Giuffrè 2006), pp 315 et ss.

109 Concernant le droit italien v. F. PADOVINI, 'I locatari', dans L. NIVARRA (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato* (Milano: Giuffrè 2006), pp 443 et ss.

110 L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, pp 26 et ss.

111 J. ROCHFELD, 'De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché', dans *Approche critique du vocabulaire juridique européen: la confiance, Les Petites affiches* 16 février 2009, chron. 21.

concurrence et à intervenir sur les contrats qui, à cause de *market failures*,¹¹² ne permettent pas la meilleure allocation possible des ressources. Par conséquent, les *rationes* et les finalités de ces deux typologies d'intervention dans le contrat, bien que toutes les deux se démarquent de la conception classique, sont différentes. Ces évolutions ne peuvent donc pas être considérées comme un phénomène continu, mettant en cause l'autonomie de la volonté; au contraire, il est nécessaire de marquer la rupture qui intervient entre elles et de les reconstruire selon leur rationalité.

19. En revenant aux transformations contemporaines, le point de départ de la rationalité normative des institutions européennes est différent de celui de la théorie classique: il n'est plus le sujet de droit abstrait, considéré comme individu essentiellement rationnel, mais la protection et l'implémentation de l'ordre concurrentiel du marché, pour le bon fonctionnement duquel les normes doivent être structurées. La nécessité de produire des règles qui s'appliquent à une généralité de situations force les autorités européennes à trouver des critères généraux¹¹³ par lesquels saisir les problématiques susmentionnées. L'un de ces critères est le statut des sujets sur le marché et dans la relation contractuelle.

20. L'exemple le plus remarquable de cette approche est notamment la législation consumériste.¹¹⁴ La protection du consommateur, instrument de la construction et de l'établissement du marché unique,¹¹⁵ a été depuis longtemps fixée comme l'une des priorités de l'UE. La résolution du Conseil du 14 avril 1975¹¹⁶ CEE (Communauté économique européenne) sur la protection et l'information du

112 Les normes européennes sont aussi débitrices des fondements théoriques de l'analyse économique du droit, comme il ressort de la prise en considération des *markets failures*. Sur les notions fondamentales de l'analyse économique du droit v. R. COOTER & TH. ULEN, *Law and Economics* (Berkeley: Berkeley Law, 6^e éd. 2016); A.T. KRONMAN & R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law* (Boston-Toronto: Little, Brown & Cie 1979).

113 F. DENOZZA, 'In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale', 5. *ODCC* 2016, p (419) at 442-443.

114 Sur la logique différente du code civil et des droits de la consommation et de la concurrence v. Y. LEQUETTE, 'Recodification civile et prolifération des sources internationales', dans *Livre du bicentenaire* (Paris: Dalloz - Litec 2004), p (171) at 177. Cependant, il ne faut pas penser que la conception de la catégorie du consommateur soit statique et qu'elle n'évolue pas dans le temps; sur les notions différentes de consommateurs v. M. COESTER, 'Party Autonomy and Consumer Protection', 3. *EuCML* 2014, p (170) at 172 et ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law* (Oregon: Hart Publishing 2007), pp 69 et ss.

115 M.W. HESSELINK, 18. *ERPL* 2010, p (57) at 58 et ss. Sur la fonction du droit de la consommation, notamment liée au bon fonctionnement du marché v. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* (Paris: L.G.D.J. 2004), p 25; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, pp 10 et ss.

116 Concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=FR.

consommateur, après laquelle plusieurs interventions sectorielles se sont succédées.¹¹⁷ Parmi celles-là, la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹¹⁸ et la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011.¹¹⁹ Dans certains pays, cette tendance s'était manifestée aussi au niveau national. Par exemple, en Allemagne, la loi du 9 décembre 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGB-Gesetz*) prévoyait le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés et la présomption d'illicéité de certaines clauses insérées dans les contrats conclus par un consommateur. En France les premières réglementations dans ce secteur datent de la loi 10 janvier 1978,¹²⁰ qui avait établi une Commission chargée d'évaluer la légitimité de certaines clauses des contrats conclus par les consommateurs, qui devaient ensuite être réglementées par le gouvernement, mais qui n'impliquait pas une intervention directe du juge dans l'accord.¹²¹ Si la doctrine n'a pas tardé à se rendre compte des

-
- 117 Par exemple, la dir. 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, data.europa.eu/eli/dir/1985/577/oj; la dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj; la dir. 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, data.europa.eu/eli/dir/2002/65/oj; la dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 concernant les pratiques commerciales déloyales, data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj; la dir. 2007/64/CE concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, data.europa.eu/eli/dir/2007/64/oj; la dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.
- 118 Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj. Concernant les développements et les applications de cette directive v. H.W. MICKLITZ et N. REICH, 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', 51. *Common Market Law Review (CMLR)* 2014, pp 771 et ss.
- 119 Relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj. Sur la proposition de directive qui en est à la base v. M. LOOS, 'Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive', 18. *ERPL* 2010, pp 15 et ss.; S. WHITTAKER, 'Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète »', *D.* 2009, pp 1152 et ss.
- 120 Relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.
- 121 J. CHESTIN, 'Le pouvoir du juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l'information et la protection des consommateurs', *D.* 1990, pp 289 et ss. examine les développements jurisprudentiels concernant les clauses abusives.

nouveautés qu'un droit spécifique, modelé à partir de la qualité du contractant, impliquait,¹²² c'est surtout¹²³ grâce aux normes européennes que cette approche nouvelle a des effets bouleversant la réglementation du droit privé.¹²⁴

Les directives susmentionnées prévoient de nombreuses normes visant à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé¹²⁵ et puisse déployer sa rationalité consciemment et efficacement. Parmi ces normes, la règle prévoyant la nullité des clauses entraînant, en dépit de l'exigence de bonne foi, un déséquilibre significatif des droits et des obligations des parties (sont exclues celles qui portent sur l'objet principal ou le prix, si elles sont rédigées d'une façon claire¹²⁶), à moins que celles-ci aient été expressément négociées par les contractants, est extrêmement représentative de cette conception.¹²⁷

Cette norme vise à corriger les asymétries informationnelles¹²⁸ (une partie de la doctrine considère qu'elle tend aussi à remédier aux asymétries de pouvoir contractuel¹²⁹), qui caractérisent la relation entre professionnels et consommateurs. L'objectif spécifique de la règle est controversé. Certains auteurs attirent

122 M. ARMAND-PRÉVOST & D. RICHARD, *JCP G* 1979.

123 Sur la particularité du cas allemand, qui a été le modèle de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, v. par. 8.

124 G. ALPA, 'The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy', 29. *European Business Law Review (EBLR)* 2018, pp (589) 592 et ss.; G. PAISANT, 'À propos des vingt ans du Code de la consommation', *JCP G* 2013, p. 1063, n° 4 souligne le rôle déterminant de l'UE dans le développement du droit de la consommation. V. aussi P. SIRENA, 'Il codice civile e il diritto dei consumatori', 21. *NGCC (La Nuova giurisprudenza civile commentata)* 2005, pp 277 et ss.

125 Sur les devoir d'information v. S. GRUNDMANN, 'Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law', 39. *CMLR* (2002), pp (269) 272 et ss.; E. HALL, G. HOWELLS et J. WATSON, 'The Consumer Rights Directive - An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law', 8. *ERCL* 2012, pp 139 et ss.; M. COESTER, 3. *EuCML* 2014, p (170) at 174.

126 Sur cet aspect v., en dernier lieu, Cour de Justice UE, 20 septembre 2017, n. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu e.a. v. Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, 35. *Il Corriere giuridico* 2018, p 745.

127 Art. 3 de la dir. 93/13/CEE.

128 S. GRUNDMANN, 'EC Consumer and EC Competition Law: How Related are They? Examining the Existing EC Contract Law Sources', dans H. Collins (dir.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (The Hague: Kluwer Law International 2004), p (209) at 211 et ss.

129 M.W. HESSELINK, 'Unfair Terms in Contracts between Businesses', dans J. Stuyck & R. Schulze (dir.), *Towards a European Contract Law* (Munich: Sellier European Law Publishers 2011), p (131) at 132-134; M. WOLF, 'Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive', dans S. Grundmann, W. Kerber & S. Weatherill (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin-New York: de Gruyter 2001, réimpression 2012), p (313) at 323. Sur les théories concernant les finalités de la protection des consommateurs v. K.J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection* (The Hague: Kluwer Law International 2005), pp 170 et ss.; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar, 2^e éd. 2013); N. REICH, 'Economic Law, Consumer Interests ad EU Integration', dans H.-W. Micklitz, N. Reich & P. Rott, *Understanding EU Consumer Law* (Portland: Intersentia 2009), p (1) at 6 et ss.

l'attention sur la protection de la partie faible¹³⁰; certains autres soutiennent en revanche que la règle vise principalement la protection de la compétitivité du marché¹³¹; une partie de la doctrine enfin a argumenté que, afin de favoriser la standardisation des contrats, considérée comme efficiente, il est nécessaire que les parties ne soient pas obligées de négocier le contenu de chaque accord et, donc, que les clauses abusives soient éliminées par la loi.¹³² Toutefois, les auteurs s'accordent généralement sur le fait que la règle vise au bon fonctionnement du marché,¹³³ afin que le choix du consommateur, normalement déterminé par le prix et l'objet, puisse être rationnel et, par conséquent, que le contrat soit efficient.¹³⁴

21. Il faut souligner l'originalité de cette approche par rapport à la conception classique du sujet et du contrat. Le sujet est pris en considération par rapport à la situation contractuelle concrète dans laquelle il se trouve,¹³⁵ à la possibilité effective de négocier l'accord et aux informations dont il dispose afin d'évaluer les offres concurrentes.¹³⁶ Il en découle que, si la rationalité du sujet est toujours affichée, la réglementation n'est toutefois plus unitaire: la catégorie du sujet se fragmente par rapport à la condition de l'individu sur le marché et aux problèmes structurels qu'on considère devoir résoudre, afin que le consommateur puisse effectuer le meilleur choix possible, donc le plus efficient.¹³⁷ En revanche, le contrôle portant

-
- 130 M.W. HESSELINK, 'Common Frame of Reference & Social Justice', 4. *ERCL* 2008, p (248) at 262.
- 131 M. SCHILLING, 'Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms', 33. *European Law Review (Eur. Law Rev.)* 2008, pp 336 et ss.
- 132 H. SCHULTE-NÖLKE, 'No Market for "Lemons": On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts', 23. *ERPL* 2015, p (195) at 210 et ss.
- 133 R. ZIMMERMANN, 'Contract Law Reform: The German Experience', dans S. Vogenauer & S. Weatherill (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law* (Oxford-Portland: Hart Publishing 2006), p (71) at 83 et ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, 23. *ERPL* 2015, p (195) at 209; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH & A.C. JOHNSTON, *The German Law of Contract* (Portland: Hart Publishing, 2^e éd. 2006), p 167; M. SERIO, 'Profili comparatistici delle clausole vessatorie', 1. *Eur. dir. priv.* 1998, p (77) 78.
- 134 T.M. WILHELMSSON, 'Varieties of Welfarism in European Contract Law', 10. *Eur. Law Rev.* 2004, p (712) at 726-728; A. GENTILI, 'Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti', 52. *Rivista di diritto civile (Riv. dir. civ.)* 2016, p (1479) at 1489. M. COESTER, 3. *EuCML* 2014, p (170) at 172 affirme que 'consumer protection law, thus, turned into "consumer law" as part of market oriented legislation.' La fonction de réglementation du marché des normes concernant la protection du consommateur est mise en évidence par P. SIRENA, 'L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto', 50. *Riv. dir. civ.* 2004, pp 787 et ss.
- 135 J. ROCHFELD, 'Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible »: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme', dans *Mélanges Viney* (Paris: L.G. D.J. 2008), p (835) at 837-840; E. GABRIELLI, 'I contraenti', dans P. Sirena (dir.), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa* (Milano: Giuffrè 2006), pp 113 et ss.
- 136 M. COESTER, 3. *EuCML* 2014, p (170) at 173.
- 137 Sur les intersections entre droit de la consommation et droit de la concurrence v. G. MONTI, 'The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective', 3. *ERCL* 2007, pp 295 et

sur les clauses abusives n'est exclu que par la négociation du contrat: dans ce cas, on considère que l'asymétrie informationnelle ne subsiste pas et que le consommateur a pu effectuer un choix pleinement rationnel. La distance théorique entre cette norme et l'art. 1341, al. 2 du code civil italien est fort remarquable: ce qui rend la clause valide et efficace n'est plus la preuve du consentement, mais la négociation, considérée comme garantie de l'expression de rationalité.

Cette approche s'est étendue à de nombreux secteurs, dont les situations potentiellement déséquilibrées ont été réglées selon le statut des contractants. Tel est le cas, par exemple, des contrats bancaires et financiers, où la réglementation est différente par rapport à la nature des professionnels,¹³⁸ et la catégorie du client fait son apparition.¹³⁹

22. En outre, cette logique n'est pas confinée aux secteurs où la différence entre les catégories des contractants est la plus évidente, mais elle entre aussi dans le rapport entre entreprises (*b2b*).¹⁴⁰ Nonobstant la division de la doctrine sur la nécessité d'une protection généralisée de l'entreprise faible et sur l'opportunité d'étendre à celle-ci la protection du consommateur ou de dispositifs analogues,¹⁴¹ de plus en plus de normes sont spécifiquement destinées à corriger les déséquilibres dans les rapports *b2b*. En fait, la réalité du commerce montre que, même dans ces cas, des déséquilibres entre les contractants peuvent entraîner des distorsions du dispositif concurrentiel et, donc, justifier l'intervention du juge. Certains exemples peuvent témoigner de cette tendance.

L'art. 4:109 des Principes de droit contractuel européen (PDEC) établit la nullité d'un accord duquel une partie tire un bénéfice excessif ou prend un avantage avec déloyauté en exploitant une situation de dépendance, de détresse ou de besoin de l'autre partie. La situation de dépendance, de détresse ou de besoin qualifie l'asymétrie de pouvoir entre les contractants; le bénéfice excessif ou l'abus la non-efficience du contrat.

ss.; G. AGRIFOGLIO, 'Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)', 24. *Contr. e impr.* 2008, p (1333) at 1337 et ss.

138 A. COURET, H. LE NABASQUE, M.L. COQUELET, TH. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET & D. ROBINE, *Droit Financier* (Paris: Dalloz, 2^e éd. 2012), pp 94 et ss.; F. DENOZZA, 'Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti', 1. *ODCC* 2012, p (5) at 10, 35 et ss.; M. KRUTHOF & W. GERVEN, 'A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID', Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07 (8 juin 2010), ssrn.com/abstract=1622682 (dernier accès le 10 septembre 2018).

139 V. ROPPO, 'From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: A Trend in European Contract Law?', 5. *ERCL* 2009, p (304) at 314 et ss.; TH. BONNEAU, *Droit bancaire* (Paris: LGDJ, 12^e éd. 2017), pp 343 et ss.; S. PAGLIANTINI, 'I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari', 26. *I Contratti* 2018, pp 253 et ss.

140 V. ROPPO, 5. *ERCL* 2009, p (304) at 309 et ss.

141 M. HESSELINK, 18. *ERPL* 2010, p (57) at 91 et ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, 23. *ERPL* 2015, p (195) at 205 et ss., qui considèrent comme nécessaire un contrôle du déséquilibre aussi dans les contrats *b2b* et mettent lumière les fonctions différentes de l'intervention du juge.

Le Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe¹⁴² met en évidence la nécessité de lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans le marché unique, en raison de la distorsion de la concurrence que celles-ci pourraient engendrer et de la perte de compétitivité dans les chaînes d’approvisionnement alimentaire. La faiblesse de certaines parties par rapport aux autres et les possibles abus, réalisés à travers certaines clauses contractuelles, fondent la conviction de la nécessité du contrôle du contenu contractuel.¹⁴³ Cette volonté a été confirmée par un récent communiqué de presse,¹⁴⁴ où la Commission a réaffirmé vouloir lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin des protéger les sujets les plus faibles de la chaîne, et par la résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2019.¹⁴⁵

La directive concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales¹⁴⁶ pourrait en être considérée comme un exemple supplémentaire. Même si la directive ne prévoit pas explicitement de distinctions entre parties fortes et faibles, elle vise à protéger les petites et moyennes entreprises, auxquelles des contractants économiquement plus puissants pourraient imposer des délais de paiement longs.¹⁴⁷ Dans ce cas, on prévoit des termes de paiement fixes (art. 3) et un mécanisme visant à lutter contre les clauses réputées abusives (art. 7).

-
- 142 Livre vert (31 janvier 2013) COM(2013) 37 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52013DC0037. Ce Livre vert avait été précédé par la Résolution du Parlement européen sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable [2010/2109(INI)], 5 juillet 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0307, et par l’Acte pour le marché unique. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance - ‘Ensemble pour une nouvelle croissance’, COM(2011) 206 du 13 avril 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0206.
- 143 La même préoccupation concernant le déséquilibre de pouvoir contractuel dans la filière agroalimentaire et les effets négatifs pour la concurrence que cela puisse entraîner a été exprimée par le Conseil de la concurrence français (Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l’organisation économique de la filière fruits et légumes, spéc. par. 43-44).
- 144 Communiqué du 12 avril 2018, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2702_fr.htm (dernier accès le 23 mars 2019).
- 145 Sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d’approvisionnement alimentaire, COM(2018)0173 - C8-0139/2018 - 2018/0082(COD), www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0309_FR.html.
- 146 Directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, data.europa.eu/eli/dir/2011/7/oj, qui a abrogé la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000, data.europa.eu/eli/dir/2000/35/oj. L’art. 1, al. 1 de ladite directive déclare son objectif: «Le but de la présente directive est la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, afin d’assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en améliorant ainsi la compétitivité des entreprises et en particulier des PME.»
- 147 V. ROPPO, 5. *ERCL* 2009, p (304) at 312-313.

23. Cette approche de la réglementation, centrée sur les catégories de contractants, n'est pas restée confinée aux normes ayant une origine communautaire directe; au contraire, elle a inspiré les législateurs nationaux et a entraîné l'adoption de normes suivant, au moins partiellement, la même rationalité au niveau national. Dans certains secteurs, les législateurs ont décidé de mettre en place des dispositifs normatifs visant à encadrer l'autonomie des parties et à interdire certaines clauses, jugées comme nocives. Deux exemples, qui visent les contrats de distribution et de sous-traitance et les situations de dépendance économique qui normalement caractérisent ces rapports, peuvent aider à clarifier ces aspects.

En France la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a modifié l'art. L. 442-6 du Code de commerce,¹⁴⁸ qui a été très récemment modifié par l'art. 2 de l'ordonnance du 24 avril 2019, n. 2019-359 (qui a approfondi et renforcé le processus analysé). L'al. 2 de cet article (dans sa version antécédente à la réforme) prévoit la nullité de certaines clauses fort déséquilibrées. En outre, l'al. 1, n. 2) établit la responsabilité de celui qui soumet ou tente de soumettre «un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».¹⁴⁹ Nonobstant la prévision d'une réparation des dommages causés, en guise de sanction, la jurisprudence a considéré que les clauses abusives peuvent aussi être jugées nulles ou réputées non-écrites.¹⁵⁰ La situation de dépendance et, donc, de faiblesse d'un contractant par rapport à l'autre est qualifiée à travers la soumission ou la tentative de soumission.¹⁵¹ Cette soumission, jointe au déséquilibre,¹⁵² entraîne la possibilité de réputer non écrite la clause abusive.¹⁵³

148 Sur les rapports de cette norme avec le droit de la consommation v. R. SAINT-ESTEBEN, 'L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives: un faux ami du droit de la consommation', *RDC* 2009, p (1275) at 1278 et ss.

149 Sanctions qui sont aujourd'hui prévues par le nouveau L. 442-1, al. 1, n. 2 du Code de commerce.

150 Cour d'appel de Paris (1^{er} juillet 2015), n° 13/19251, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2015/RC640EE8D60458E8A0AAC; Cour d'appel de Paris (7 juin 2013), n° 11/08674, *RTD com. (Revue trimestrielle de droit commercial)* 2013, p 500, obs. M. Chagny = *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. 208, note N. Mathey; Cour d'appel de Paris 29 octobre 2014, n° 13/11059, *D.* 2015, p 943, obs. D. Ferrier = *RTD com.* 2014, p 785, chron. M. Chagny. Cette sanction a été explicitement retenue par le nouveau art. L. 442-4, al. 1 du Code de commerce.

151 Concernant les critères pour déterminer la soumission v. Cour de cassation com. (4 octobre 2016), n° 14-28013, *Carrefour c/min. Éco*, *RDC* 2017, p 81, comm. M. Behar-Touchais.

152 Concernant la définition du déséquilibre v. Cour de cassation com. (3 mars 2015), n° 13-27525, *Eurauchan c/min. Éco*, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030324689; Cour de cassation com., 29 septembre 2015, n° 13-25043; Cour d'appel de Paris 4 octobre 2017, n° 16/06674, *RDC* 2017, 4, p. 53, comm. C. Grimaldi; Cour de cassation com. 25 janvier 2017, n° 15-23547, *RDC* 2017, p 470, comm. C. Grimaldi.

153 Sur les sanctions prévues par la loi et ses applications v. D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution* (Paris: LexisNexis, 8^e éd. 2017), pp 183 et ss.

La *ratio* de la norme est de corriger un contrat qui ne constitue pas le résultat d'une négociation efficiente¹⁵⁴: la protection de la partie faible¹⁵⁵ est étroitement liée à celle de la compétitivité du marché.¹⁵⁶ La règle est en fait située dans un chapitre intitulé «pratiques restrictives de concurrence». En outre, la doctrine a affirmé que le déséquilibre du contrat, dérivant d'une asymétrie informative ou de pouvoir contractuel,¹⁵⁷ d'un côté, est cause d'inefficience; de l'autre, une diffusion de contrats déséquilibrés pourrait atteindre la compétitivité du marché.¹⁵⁸

Cette norme a fait l'objet d'une application extensive. Elle a en fait été appliquée aussi en dehors du contexte pour lequel elle avait été conçue: son domaine n'est plus limité aux contrats de la grande distribution¹⁵⁹; en outre, la notion de partenaire retenue est souple: la norme peut être appliquée même à un contrat ponctuel, dès lors que son exécution est continue dans le temps.¹⁶⁰ Enfin, il

-
- 154 Les juges prennent souvent en considération l'absence de négociation afin d'infliger la sanction, v. par exemple Cour de cassation com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, *D.* 2015, p 1204, p 2530, obs. N. Dorandeu.
- 155 D. BOSCO, 'Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives: observations sur la question des « clauses abusives »', dans C. Bloch, A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (dir.), *L'influence e la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (Paris: Dalloz 2018), p (16) at 17. Sur la différence entre les approches française et allemande v. S. GRUNDMANN & S.M. SCHÄFER, 13. *ERCL* 2017, p (459) at 467-468 n. 21.
- 156 Le lien entre protection de la partie faible et de la concurrence a été mis en évidence depuis longtemps: A. PIROVANO, dans *Les transformations de la régulation juridique*, p (293) at 295; F. GALGANO, 'Qui suo iure abutitur neminem laedit?', 27. *Contr. e impr.* 2011, p (311) at 315; N. IRTI, *Testo e contesto* (Padova: Cedam 1996), pp 82-83; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0* (Padova: Cedam 2018), pp 138 et ss.; A. BIENAYMÉ, 'L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence', *RIDE* 1995, pp 378 et ss.
- 157 La prise en compte du déséquilibre de pouvoir contractuel est rendue évidente par la possibilité de sanctionner aussi les clauses sur le prix, v. Cour de cassation com. (25 janvier 2017), n° 15-23.547, *JCP G* 2017, p 255, obs. M. Behar-Touchais.
- 158 Trib. Com. Paris (7 mai 2015), n° 2015000040, *RTD com.* 2015, p 483 note M. Chagny, où l'n affirme que l'art. L. 442-6 du Code de commerce interdisant les clauses qui instaurent un déséquilibre significatif est une loi de police «nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays». V. aussi O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article* (Paris: LexisNexis 2016), pp 300 et ss.
- 159 Tribunal de commerce de Paris (12 décembre 2013), n° 11/18274, *RDC* 2014, p 411, obs. M. Behar-Touchais.
- 160 Avis CEPC, n° 15-01 du (22 janvier 2015). Pour l'application à des contrats qui ne concernent pas des partenaires commerciaux *stricto sensu*, v. Cour d'appel de Paris (21 septembre 2016), n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4; Cour d'appel d'Aix-en-Provence (10 mars 2016), n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04; Cour d'appel de Grenoble (10 mai 2016), n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0; Cour d'appel de Paris (6 mars 2015), n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=

arrive que les juges présument la soumission en raison du déséquilibre, sans mener des examens plus approfondis.¹⁶¹

24. Une conception analogue est exprimée par l'art. 9 de la loi italienne du 19 juin 1998, n. 192, qui interdit l'abus de dépendance économique et établit la nullité des pactes par le biais desquels ledit abus se réalise.¹⁶² Cette règle, originellement limitée aux contrats de sous-traitance, a ensuite fait l'objet de plusieurs applications jurisprudentielles dans d'autres domaines, en raison du fait qu'elle serait expression du principe général de bonne foi et d'interdiction de l'abus du droit.¹⁶³

Les deux normes introduisent un contrôle du contrat et de ses clauses qui, en raison de la relation de dépendance d'un contractant à l'égard de l'autre (et donc de l'asymétrie informative et de pouvoir contractuel), ne constituent pas un équilibre efficient entre les droits et obligations des parties.¹⁶⁴

25. Enfin, il faut remarquer que ces règles ne se réduisent pas à des micro-systèmes autonomes et clairement distincts du système principal.¹⁶⁵ Parce qu'elles concernent directement les catégories fondatrices du droit des contrats et les rapports entre celles-ci, ces règles remettent en cause les bases du système et leur rationalité. Preuve en est la *vis* expansive de ces normes: étant originellement

JURITEXT000030357324; Cour d'appel de Nancy (14 février 2013), n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7. *Contra*: Cour d'appel de Versailles (23 juin 2016), n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800; Cour d'appel d'Orléans (25 février 2016), n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5; Cour d'appel de Lyon (20 mars 2014), n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB; Cour d'appel de Paris (7 juin 2013), n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2.

161 *Contra* Cour de cassation com. (27 mai 2015), n° 14-11387, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030653730, où l'on affirme qu'il faut effectivement vérifier l'absence de pouvoir de négociation du partenaire faible.

162 S. PAGLIANTINI, 'L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto', dans G. Vettori, *I contratti* (Padova: Cedam 2002), pp 455 et ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica* (Milano: Giuffrè 2007); G. AGRIFOGLIO, 24. *Contr. e impr.* 2008, p (1333) at 1347 et ss.; R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale* (Trento: Università degli Studi di Trento 2012), eprints.biblio.unitn.it/4171/1/Caso_Abuso.pdf; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato* (Napoli: Jovene 2004).

163 M. FRANZONI, 'Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto', 15. *Contr. e impr.* 1999, p (83) at 88; R. CATERINA, 'Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale', dans S. Mazzamuto et L. Nivarra, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Torino: Giappichelli 2017), p (201) at 202.

164 M. BARCELLONA, *Della causa* (Padova: Cedam 2015), pp 578-580.

165 Comme il était le cas, par contre, des normes concernant le contrat de travail ou de bail. V. aussi N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* (Aix-en-Provence: PUAM 2002), pp 538-540.

applicables seulement à certains contractants et à certains secteurs, elles ont une tendance à être appliquées à des cas, théoriquement extérieurs à leur champ d'application, mais présentant des problématiques similaires. Cette application extensive se fait par rapport à un problème général qu'on considère structurellement analogue - une situation de déséquilibre entre les parties de laquelle dérive un contrat inefficace - et à un but unitaire: la répression de contrats ou clauses contractuelles qu'on estime nuire à l'ordre social et économique.

Un critère déterminant sur la base duquel est effectuée cette catégorisation est la qualité des contractants¹⁶⁶: par conséquent, l'unité du sujet de droit vole en éclat, laissant la place aux considérations dictées par la réalité des rapports marchands et aux objectifs que la réglementation poursuit. Cependant, vu que l'approche de la réglementation du contrat qui était le fondement de la *reductio ad unum* du sujet, était aussi le présupposé de l'unité du consentement et du contrat, le changement de cette approche et la fragmentation du sujet entraînent également des fragmentations du contrat.

8. La fragmentation du contrat

26. Une fois abandonnés les postulats de la «naturalité» du marché et de l'égalité abstraite du sujet il en découle aussi que l'unité conceptuelle du contrat peut être remise en discussion.

Les réglementations spécifiques du contrat par rapport à la qualité des contractants en sont des exemples: les distinctions par rapport au statut du sujet impliquent autant de fragmentations par rapport au contrat. Cette fragmentation est reflétée par le langage juridique, dans lequel pénètrent les notions de contrats de la consommation et de contrats conclus par une entreprise faible. La doctrine a créé de nombreuses définitions, qui reposent sur l'idée que le contrat n'est plus un seul, et donc que la catégorie unitaire du contrat n'existerait plus.¹⁶⁷ Par exemple, les notions «deuxième contrat», «troisième contrat»¹⁶⁸ et «contrat asymétrique»,¹⁶⁹ visant à cerner ces transformations, sont devenues communes et un vif débat

166 Sur le sujet v. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative* (Paris: L.G.D.J. 2002).

167 N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile* (Milano: Giuffrè 2013), p 151; R. SAVATIER, 'Le droit et l'accélération de l'histoire', *D.* 1951, pp 16 et ss. a parlé de «l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat».

168 V. G. GITTI & G. VILLA (dir.), *Il terzo contratto* (Bologna: Il Mulino 2008); P. SIRENA (dir.), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato* (Milano: Giuffrè 2006); R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali* (Napoli: Edizioni scientifiche Italiane 2015); R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche* (Padova: Cedam 2010).

169 V. ROPPO, 5. *ERCL* 2009, pp 304 et ss.; Id., 'Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma', *Rivista di diritto privato* 2001, pp 769 et ss.; Id., *Il contratto del duemila*, pp 65 et ss.; A.M.

concernant les éléments et les *rationes* de ces distinctions a eu lieu.¹⁷⁰ Dans le même sillage s'insèrent les réglementations de contrats spécifiques, qui établissent plusieurs limites au contenu de l'accord et visent à éliminer les possibles abus découlant de situations structurellement déséquilibrées.¹⁷¹

En outre, cette rationalité mène à une réglementation du contrat fragmenté non seulement sur la base des statuts des parties, mais selon la catégorie du contrat. Dans ces cas ce ne sont pas les qualités des contractants qui importent, mais les conditions de conclusion de l'accord et, plus spécifiquement, la négociation¹⁷²: on fait référence aux normes qui prévoient une réglementation des contrats d'adhésion ou des conditions générales. Les textes de *soft law*, qui prévoient des règles spécifiques visant à lutter contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, en sont des exemples. Tel est le cas, notamment, de l'art. 4:110 PDEC ou des articles II. - 9:404 et 9:405 Draft Common Frame of Reference.

27. Toutefois, on voudrait attirer l'attention ici sur le fait que cette rationalité n'est pas restée confinée au droit communautaire et aux droits spéciaux, mais qu'elle pénètre dans le droit commun des contrats,¹⁷³ en remettant en cause la

BENEDETTI, 'Contratto asimmetrico', dans *Enciclopedia del diritto*, Annali V (Milano: Giuffrè 2012), pp 370 et ss.

170 G. VETTORI, 'Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise', 9. *ERCL* 2013, pp 221 et ss.; A. ZOPPINI, 'Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza', *Riv. dir. civ.* 2008, pp 365 et ss.; S. PAGLIANTINI, 'Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa', 107. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 2010, p (409) at 414 et ss.; L. NONNE, 'La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto', in 32. *Contr. e impr.* 2016, p (979) at 986 et ss.

171 On pourrait mentionner le règlement (CEE) N° 4087/88 du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, data.europa.eu/eli/reg/1988/4087/oj, maintenant abrogé, et la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, data.europa.eu/eli/dir/1986/653/oj. Ces normes ne constituent pas la simple réglementation de certains contrats spéciaux, mais ont tendance à l'autonomie, à la création de systèmes indépendants qui prennent en considération les caractéristiques de ces rapports économiques et y apportent des solutions. V. aussi V. ROPPO, 5. *ERCL* 2009, p (304) at 329 et ss.

172 L'importance de la négociation est mise en évidence par les définitions et les différences de réglementation qui découlent de l'art. 7 de la proposition de règlement européen relatif au droit commun de la vente (DCEV). Sur les problèmes d'inefficacité des contrats d'adhésions v. J. KLICK, 'The Microfoundations of Standard Form Contracts: Price Discrimination v. Behavioural Bias', 32. *Florida State University Law Review* 2005, pp 555 et ss.; A.N. HATZIS, 'An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts', dans H. COLLINS (dir.), *Standard Contract Terms in Europe* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008), pp 43 et ss.

173 Il a été affirmé que le droit interne doit être interprété à la lumière du droit européen, v. M. FRANZONI, 'L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato', *Obbligazioni e contratti* 2007,

structure unitaire sur laquelle il reposait. Afin de l'illustrer, on choisit deux exemples qui mettent en lumière l'interdépendance et le fondement commun de l'unité du sujet de droit et du contrat et, par conséquent, le fondement commun de leur fragmentation. Le premier, qui présente un critère mixte (à la fois subjectif et objectif), se pose en aval du développement européen; il concerne la réglementation des clauses abusives dans le contrat d'adhésion en Allemagne, qui a ensuite influencé la directive 93/13/CEE.¹⁷⁴ Le second concerne la récente introduction de l'art. 1171 dans le code civil français.

28. La prise en considération de la transformation de la réalité des relations commerciales, et la diffusion de contrats non négociés sont à la base des réflexions qui ont porté l'adoption de la réglementation allemande.¹⁷⁵ La loi du 9 décembre 1976 (*AGB-Gesetz*), en fait, s'insère dans un socle jurisprudentiel qui avait utilisé le § 138 *BGB* (nullité pour violation des bonnes mœurs), le § 242 *BGB* (clause générale de bonne foi) et le § 315 (caractère nécessairement équitable d'un terme essentiel déterminé unilatéralement par l'une des parties et, en cas de violation, détermination équitable du juge) afin de sanctionner des clauses extrêmement déséquilibrées.¹⁷⁶ Cette loi approfondit ce processus et donne un statut autonome et général au contrôle des clauses abusives. Les doutes concernant le critère à adopter afin de délimiter le champ de la réglementation ont porté à un compromis qui prend en considération et un critère objectif (les conditions contractuelles générales), et un critère subjectif (fondé sur le statut des contractants). En particulier, le contrôle concernant les clauses abusives est prévu pour tous les contrats en série (donc, aussi ceux qui avaient été conclus par des professionnels); en revanche, les normes qui établissaient des présomptions d'invalidité sont limitées aux consommateurs.

Lors de la réforme du *BGB* (entrée en vigueur en 2002), cette réglementation a été introduite dans le code aux §§ 305–310.¹⁷⁷ La disposition

p (884) at 886 et ss. Concernant l'influence du droit de la consommation et de la concurrence sur le droit commun v. M. CHAGNY, 'L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat', *RDC* 2004, pp 861 et ss.; J. CALAIS-AULOY, 'L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats', *RTD civ.* 1994, pp 239 et ss.; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique* (Paris: L.G.D.J. 2000).

174 C. CASTRONOVO, 'Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive', 1. *Eur. dir. priv.* 1998, p (5) at 20.

175 SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH & A.C. JOHNSTON, *The German Law*, pp 164 et ss.; D. VON BREITENSTEIN, 'Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales', *Gaz. Pal. (Gazette du Palais)* 1978(1), p 110.

176 SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH & A.C. JOHNSTON, *The German Law*, p 164; D. VON BREITENSTEIN, *Gaz. Pal.* 1978, p 110; E. VON CAEMMERER, 'Standard Contract Provisions and Standard Form Contracts in German Law', 8. *Victoria University Wellington Law Review* 1975, p (235) at 240 et ss.

177 Sur les applications récentes de ces normes v. T. NAUDE et CH. KOEP, 'Factors Relevant to the Assessment of the Unfairness or Unreasonableness of Contract Terms: Some Guidance from the German Law on Standard Contract Terms', 26. *Stellenbosch Law Review* 2015, p (85) at 87 et ss.

fondamentale, concernant les clauses abusives, est prévue au § 307, qui établit l'inefficacité des clauses insérées dans les conditions générales qui, contrairement à la bonne foi, désavantagent excessivement le cocontractant de l'utilisateur (des conditions). Cette protection n'est donc pas limitée aux consommateurs, mais s'applique à tous les contrats: les conditions d'application sont l'absence de négociation des termes de l'accord et le fait que le contrat soit destiné à être utilisé dans plusieurs rapports (au moins trois).¹⁷⁸

La doctrine est divisée sur la rationalité de la norme: dans un premier temps, on pointait l'attention surtout sur le déséquilibre qui caractérise les relations gérées par le biais de conditions générales. Ensuite, on a plutôt mis en lumière l'efficacité de l'utilisation des conditions générales, censées éliminer les *transaction costs* liés à la négociation; par conséquent, il est rendu nécessaire d'évincer les clauses les plus nuisibles à la partie qui a accepté le contrat afin de protéger le marché.¹⁷⁹ En général, l'objectif est de corriger les clauses qui sont non seulement nuisibles pour la partie la plus faible, mais aussi inefficaces et qui pourraient fausser la compétitivité du marché.¹⁸⁰

29. Le second exemple proposé est, en revanche, le résultat d'une réforme très récente et montre l'influence grandissante du droit de la consommation et du droit de la concurrence sur le droit commun des contrats. Cette influence s'est dans un premier temps exprimée dans les applications jurisprudentielles de certaines règles¹⁸¹; ensuite, ces influences ont directement pénétré la législation: tel est le cas du nouveau art. 1171 du Code civil français.

La réforme du Code napoléonien a introduit la catégorie de contrat d'adhésion. Cette notion, d'abord élaborée par la doctrine,¹⁸² n'avait pas été reconnue jusqu'à l'Ordonnance de 2016.¹⁸³ La force de cette innovation a été

178 SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH & A.C. JOHNSTON, *The German Law*, p 171.

179 Sur ces explications théoriques v. SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH & A.C. JOHNSTON, *The German Law*, pp 165-166.

180 D. COESTER-WALTJEN, 'Consumer Protection and General Business Terms', 3. *EuCML* 2014, p (160) at 161; W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, p 281. Sur l'inefficacité des clauses déséquilibrées et sur la nécessité de les éliminer v. PH. H. CLARKE, 'Curbing the Abuse of a Dominant Position Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparisons', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), p (185) at 191 et ss.

181 CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* (Paris: L.G.D.J. 2009), pp 317 et ss.

182 L'expression a été élaborée par R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* (Paris: Pichon 1901); sur cette notion dans une perspective historique v. F. CHÉNÉDÉ, 'Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion', *RDC* 2012, 1^{re} partie pp 241 et ss.; 2^e partie pp 1017 et ss..

183 La notion de contrat d'adhésion vient des transformations économiques et sociales dérivantes de la société industrialisée et de la consommation de masse, v. PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p 224.

clairement perçue par la doctrine qui, avant la réforme, s'interrogeait s'il y avait encore, en France, un droit commun des contrats¹⁸⁴ et, après celle-là, a affirmé que la réforme a été porteuse d'une «philosophie générale»¹⁸⁵ et que, désormais, il n'y a plus un seul contrat, mais deux.¹⁸⁶

Le contrat d'adhésion est défini comme «celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties».¹⁸⁷ Aux contrats d'adhésion s'applique l'art. 1171, qui établit que «dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

Ces règles ont fait et font toujours l'objet d'un vif débat concernant leur opportunité, leur champ d'application, leur finalité, leur rapport.¹⁸⁸ Pour ce qui nous intéresse ici, il faut signaler plusieurs éléments: d'abord, leur source d'inspiration, ensuite, la rationalité qu'elles portent, enfin, les effets sur la réglementation du contrat.

Concernant les sources d'inspiration, elles sont à retracer dans les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6 du Code de commerce.¹⁸⁹ En raison de la sanction retenue et du champ d'application, qui exclut les clauses concernant

184 Y. LEQUETTE, 'Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?', *RDC* 2015, pp 616 et ss.

185 T. REVET, 'Une philosophie générale?', *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats: quelles innovations ?*, pp 5 et ss.

186 C'est à dire, le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion.

187 Celle présentée dans le texte est la version qui est en vigueur à partir du 1^{er} octobre 2018. La version en vigueur avec terme du 1^{er} octobre 2016 au 1^{er} octobre 2018 est la suivante: «le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.»

188 M. CHAGNY, 'La généralisation des clauses abusives', dans Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires* (Paris: Dalloz 2015), pp 47 et ss.; PH. STOFFEL-MUNK, 'Clauses abusives: on attendait Grouchy', *Droit et patrimoine* octobre 2014, p 56; N. DISSAUX, 'Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte', *Droit et patrimoine* octobre 2014, p 53; J. JÉRÔME, 'Une source d'échec: les clauses abusives entre droit de la consommation et droit commun des contrats', dans G. Lardeux, A. Sériaux & V. Égéa (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun* (Aix-en-Provence: PUAM 2017), pp 95 et ss.; T. REVET, 'L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse', *D.* 2018, pp 124 et ss.; N. BLANC, 'Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification', *RDC* 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, pp 20 et ss.

189 D. FENOUILLET, 'Le juge et les clauses abusives', *RDC* 2016, p (358) at 359 et ss. Sur le rapport entre l'art. 1171 code civil et les droit spéciaux v. M. CHAGNY, 'Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats', *RTD com.* 2016, pp 451 et ss.; X. LAGARDE, 'Questions autour de l'article 1171 du Code civil', *D.* 2016, pp 2174 et ss.

le prix et l'objet principal, il est raisonnable d'affirmer que l'influence du code de la consommation a prévalu.¹⁹⁰ Cependant, quelle que soit la source prioritaire, il faut souligner que les deux règles ont comme finalité (directe ou indirecte) la protection de la compétitivité du marché. En d'autres termes, le contenu du contrat est contrôlé à travers une «police des clauses»,¹⁹¹ visant à éliminer de l'accord ces clauses qui créent un déséquilibre significatif.

Le législateur a pris conscience de l'inadéquation avec la pratique du modèle réglementaire classique, selon lequel le contenu du contrat serait le produit du consentement libre et éclairé, donc expression de rationalité: ce présupposé est inopérant lorsque le contrat est imposé par l'une des parties. Désormais, la négociation est l'élément qui garantit que le sujet ait non seulement pris connaissance, mais aussi déterminé activement le contenu du contrat. Lorsque celle-ci n'a pas eu lieu, l'intervention du juge est alors justifiée, afin de corriger les distorsions de l'accord dues aux asymétries qui caractérisent la relation entre les parties.

30. La rationalité et les buts qui étaient poursuivis à travers les droits spéciaux rebondissent et pénètrent le droit commun, en lui transmettant (au moins partiellement) leur propre logique. Si les droits spéciaux continuent, bien évidemment, de s'appuyer sur le droit commun des contrats, celui-ci en est à son tour influencé. Il en découle donc que les influences de cette nouvelle modalité de concevoir la réglementation et ses finalités pénètrent non seulement grâce à des règles provenant de l'UE, mais aussi à travers l'incidence que ces règles ont sur les ordres juridiques nationaux et sur leur application.

Désormais, la fin de la conception du marché comme ordre spontané et du consentement comme expression de rationalité se reflètent aussi dans la réglementation des contrats de droit commun. Le critère de catégorisation adopté est différent: ce n'est plus la qualité d'un contractant, mais l'effective négociation du contrat qui prévaut. Le fondement théorique, en revanche, est le même: dans certains cas, nonobstant le consentement non vicié et le respect de l'ordre public, le contenu du contrat doit être soumis au contrôle du juge, afin que celui-ci puisse vérifier l'équilibre et la rationalité de l'engagement.¹⁹²

190 Comme l'affirme aussi le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du (10 février 2016), sous-section 3: «les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du (5 avril 1993) sur les clauses abusives»; M. CHACNY, dans *Réforme du droit des contrats*, pp (47) at 49 et ss.; X. LAGARDE, *D.* 2016, p. 2174.

191 M. MEKKI, 'Réforme du droit des obligations: clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170)', *La Semaine Juridique - Notariale et Immobilière* (18 novembre 2016), pp 5 et ss.; en outre, on a défini l'art. L. 442-6 du Code de commerce une «police des marchés», v. X. LAGARDE, *D.* 2016, pp 2174 et ss.

192 F. ROUVIÈRE, 'Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats', *RDC* 2016, p 600; U. BRECCIA, 'Tempi e luoghi del diritto dei contratti', 26. *I contratti* 2018, p (5) at 16-17; R.

9. Les conséquences théoriques et pratiques

31. La nouvelle conception du sujet et du marché implique une approche différente de la réglementation. L'analyse effectuée a permis d'encadrer les transformations qui ont affecté le droit contemporain des contrats dans une nouvelle perspective, grâce à laquelle les racines et les rationalités de ces mutations ont été mises en évidence. L'examen des évolutions dans la conception du marché, du sujet et du contrat permet de mettre en lumière les logiques qui donnent forme à cette évolution et de souligner les discontinuités dans les processus de transformation du droit européen des contrats, en évitant les incompréhensions qui caractérisent souvent les analyses du rapport entre la loi et la volonté.

Cet examen des racines profondes et des logiques qui déterminent cette crise est d'autant plus nécessaire afin de repérer le noyau d'une législation qui devient de plus en plus désordonnée et une jurisprudence variée et stratifiée,¹⁹³ dont l'importance est grandissante.¹⁹⁴ Les perspectives à travers lesquelles examiner ces évolutions sont innombrables; cependant, le faire par le biais de notions fondamentales permet d'un côté de saisir le processus général, de l'autre de développer une grille d'analyse qui peut s'appliquer aux règles spécifiques. Cette œuvre d'analyse critique est aussi fondamentale afin de discerner les caractéristiques liées à la *path dependence* qui caractérise l'implémentation et l'application de ces normes au niveau national,¹⁹⁵ qui ajoute ultérieurement une complexité à ce cadre multiniveau.

32. La «crise» du droit des contrats a été si profonde qu'elle a impliqué la remise en cause de deux catégories centrales du droit des obligations moderne, dont l'élaboration avait été fondamentale pour l'affirmation et la consécration de la société bourgeoise et d'une économie centrée sur la production et l'échange. Ces

FORNASARI, 'La meritevolezza della clausola *claims made*', 82. *Responsabilità civile e previdenza* 2017, p (1372) at 1378 et ss.

193 N. IRTI, *Un diritto incalcolabile* (Torino: Giappichelli 2016).

194 TH. REVET, 'La légisprudence', dans *Mélanges Ph. Malaurie* (Paris: Défrenois 2005), pp 377 et ss.; L. AYNÈS, 'Le juge et le contrat: nouveaux rôles?', *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, pp 14 et ss.

195 G. TEUBNER, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies', *Modern Law Review* 1998, pp 11 et ss.; K. O' REILLY, 'Achieving the Uniform Application of European Private Law', 23. *ERPL* 2015, p (1027) at 1035 et ss.; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH & A.C. JOHNSTON, *The German Law*, p 168; G. DE CRISTOFARO, 'After Implementing Directive 2011/83/EU in the Member States: Are the National Provisions on Consumer Contracts Really Harmonised? Some Critical Remarks', 3. *EuCML* 2014, pp 217 et ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, pp 165 et ss.; B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of Services and Its Impact on Private Law* (Oxford: Hart Publishing 2017), pp 12-15; H.W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, p (81) at 100-109; E. HONDIUS, 'Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law', 24. *ERPL* 2016, pp 457 et ss.

deux notions étaient devenues des idoles, expressions de la nouvelle conception de l'homme portée par la Révolution française et le libéralisme économique, qui sont restées à la base du droit des contrats même quand leur abstraction devenait de plus en plus évidente. Résistance et permanence prouvées par la réglementation des clauses abusives dans le code civil italien, qui pour des raisons temporelles se trouve confronté à un contexte économique différent de celui des codes du XIX^e siècle: la réponse juridique, bien que consciente des exigences nouvelles, s'inscrit dans la tradition, se bornant à requérir une confirmation renforcée de la volonté.

Idoles, finalement, qui arrivent au crépuscule lorsqu'une nouvelle rationalité ébranle le cadre théorique sur lequel elles s'étaient dressées. Une nouvelle conception du marché et des interactions contractuelles parmi les sujets, ainsi que les exigences concernant la construction et le développement du marché unique et les limitations à la compétence normative de l'UE dans la matière sont porteuses d'une conception nouvelle de la réglementation, non plus tournée vers la construction d'un système, mais fondée sur l'objectif à atteindre. L'unité du système, qui découlait d'une approche formelle et dogmatique, qui était fondée sur les catégories cardinales, est aujourd'hui en revanche à rechercher dans l'identité de l'objectif poursuivi.

33. Cette approche fonctionnelle, limitée dans un premier temps aux normes de droit spécial, a une tendance expansive. D'abord, à travers l'extension du domaine d'application de ces règles, grâce à leur application large; ensuite, par le biais de l'influence que ces normes ont sur le droit commun; enfin, à travers l'inspiration derrière les réformes des systèmes juridiques nationaux. Cette expansion continue est due au fait que ces normes ne constituent pas des micro-systèmes; au contraire, elles remettent en question le rapport entre la loi, le sujet de droit et l'autonomie des parties, c'est-à-dire le noyau du droit des contrats. Cette approche nouvelle pourrait s'étendre à d'innombrables situations; théoriquement, à chaque relation contractuelle qui apparaîtrait comme affecté par des *market failures* qui ne permettent pas aux contractants d'atteindre le contrat le plus efficient.

34. Il a été soutenu que ces normes protègent l'autonomie de la volonté, car elles protègent un consentement vraiment libre et éclairé¹⁹⁶: la formule, bien que correcte, apparaît réductrice par rapport à l'intensité et à la *ratio* de ces interventions. En fait, il ne s'agit pas seulement, à travers le devoir d'information, de rendre avisées les parties, mais il s'agit aussi d'effectuer, dans les cas identifiés comme pathologiques, une intervention qui modèle le contenu du contrat¹⁹⁷ selon le paradigme que le législateur se préfigure comme correct.

196 PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, pp 89-90; sur l'importance de la lucidité du consentement v. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation*, p 569.

197 M. COESTER, 3. *EuCML* 2014, p (170) at 173 affirme: «we should not forget that the EU provides us with normative expectations and guidelines as to how we have to play this role - namely as

On remarquera finalement que ces transformations nécessitent un système de remèdes et sanctions, ce qui implique un rôle de plus en plus important du juge¹⁹⁸: cela fait longtemps que le juge n'est plus – s'il l'a jamais été – que la bouche de la loi. Cependant, cette approche implique un interventionnisme judiciaire sans précédent, qui porte à reconsidérer la théorie des sources du droit et le rapport entre les contractants et l'autorité judiciaire.¹⁹⁹ De plus, il pourrait se poser la question non seulement du rôle, mais aussi, plus généralement, de la fonction du pouvoir judiciaire et des modalités de formation des juges. Mais ceci est une autre histoire.

individuals who make use of available information and who responsibly care for and protect their own interests.» V. aussi G. ROUHETTE, dans *Études offertes à René Rodière*, p (247) at 257-258.

198 BRECCIA, 26. *I contratti* 2018, p (5) at 23.

199 Par rapport à la réforme du Code napoléonien v. F. ROUVIÈRE, RDC 2016, p (600) at 601.