



HAL
open science

Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats

David Hiez

► **To cite this version:**

David Hiez. Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats. Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel, Larcier, Bruxelles, Belgium, pp.365-882, 2021. hal-04561782

HAL Id: hal-04561782

<https://hal.science/hal-04561782v1>

Submitted on 27 Apr 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.

Premières réflexions pour un droit décroissant : l'exemple du droit des contrats

David Hiez, Professeur de droit privé, Université du Luxembourg

« *It is easier to imagine the end of the world than to imagine the end of capitalism*¹ »

Fredric Jameson

Il est extrêmement difficile de cantonner le propos lorsqu'on se propose de réfléchir sur le droit dans une perspective décroissante. L'ampleur de la tâche m'a d'ailleurs retenu jusque-là d'entreprendre une recherche si démesurée². La volonté d'honorer Pascal Ancel par une recherche originale m'a amené à franchir le pas par un engagement en 2019 ; bien fortuitement, la pandémie et ses conséquences m'ont accordé pour la lecture un temps que je n'aurais peut-être pas su dégager autrement. J'espère que ces premières réflexions offriront à Pascal une lecture stimulante. Ses écrits ne m'ont pas directement inspiré dans cette recherche ; en revanche, je suis sûr que son modèle m'a été très utile pour continuer de croire qu'on pouvait être universitaire et honnête homme, et en cela il a grandement contribué à ma recherche.

Mais qu'est-ce que la décroissance ? Nous ne dirons rien des débats pourtant vifs et riches sur ses contours et sa pertinence, faute de place, mais nous fournirons simplement quelques repères pour le juriste néophyte. L'idée de base est très simple : notre empreinte écologique excessive ne peut être réduite que par la réduction de notre rythme économique ; il faut donc abandonner le credo de la croissance et repenser le monde dans une perspective opposée. La décroissance est fortement marquée par les préoccupations écologiques et a une forte teinte économique, mais elle se nourrit ou rassemble des considérations beaucoup plus larges, et notamment une critique profonde de la technique et du rapport que nous entretenons avec elle, au moins depuis l'ère industrielle. Nous ne saisissons pas ici la décroissance dans toute son épaisseur, faute de place, et nous ne l'envisagerons que sous l'angle de l'activité économique humaine.

Les juristes se sont jusqu'ici à peu près totalement désintéressés de la décroissance, à deux exceptions près. Le premier est Simon Charbonneau³, mais son propos concerne davantage le droit public. Le

¹ F. JAMESON, *The Seeds of Time*, New York, Columbia University Press, 1996 ; F. JAMESON, *Future City*, *New Left Review*, 2003, p. 76.

² Pour de premières allusions : D. HIEZ, « Le Code de la consommation luxembourgeois », in A. PRÜM (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, Larcier, 2009, pp. 95-118 ; « *À propos de life time contracts* », *RTDCiv.*, 2014, pp.817-827.

³ S. CHARBONNEAU, *Résister pour sortir du développement : le droit entre nature et liberté*, Sang Terre, 2009 ; *Le prix de la démesure : Retrouver une société humaine*, Libre & Solidaire, 2015.

second est François Ost, avec surtout le séminaire interdisciplinaire sur la post-croissance⁴ et le dossier auquel il a donné lieu dans la revue interdisciplinaire d'étude juridique⁵. C'est dire que la tâche est immense ; il faut donc délimiter le propos, même au sein du droit des contrats. Si notre droit est croissantiste, il est bien possible que sa physionomie soit totalement différente dans une perspective décroissante et révéler l'étendue de la transformation dépasse par trop la taille impartie par l'éditeur. Pour une première incursion dans ce monde contractuel décroissant, nous avons choisi de fournir aux lecteurs quelques jalons permettant d'entrevoir le but de l'entreprise, au risque d'être parfois un peu rapide. Pour cela, nous commencerons par illustrer le contenu d'un possible droit des contrats décroissant par quelques pistes de solutions concrètes (I). Mais ce cheminement éclectique sera utilement complété par des pistes d'idées plus conceptuelles (II).

I. Des pistes de solutions concrètes

Du côté des solutions concrètes, le terrain n'est pas totalement vierge, mais si on s'en tient aux analyses descriptives du droit positif on ne repère que des idées molles (A). Si on prend au sérieux la vocation du juriste à participer à l'imagination du monde demain, on ne craindra pas d'émettre des idées folles (B).

A. Les idées molles⁶

La décroissance trouve incontestablement son fondement, au moins pour partie, dans les dérèglements environnementaux, et il est donc naturel d'y rattacher spontanément les préoccupations environnementales qui émergent en droit des contrats. Or sous cet angle c'est certainement à notre collègue Hautereau-Boutonnet qu'il faut se référer à titre principal. Après avoir déjà relevé en 2008 les apports de l'environnement au droit des contrats⁷, elle a ensuite systématisé ses réflexions dans le concept de contrat environnemental⁸. Celui-ci s'entendrait « comme une catégorie contractuelle qui, regroupant tous les contrats ayant pour finalité d'appréhender l'environnement, a pour conséquence de réguler les relations homme/environnement ». L'auteure décline les trois facettes de ce contrat : téléologique, régulateur, et englobant. Nous n'ambitionnons pas de résumer les riches analyses de cette nouvelle catégorie ; nous nous contenterons de mentionner les exemples de contrats qu'elle

Le droit en transition. La science juridique dans une société de l'après-croissance. séminaire interdisciplinaire d'étude juridique : <http://www.siej.usaintlouis.be/projets/what-kind-of-training-and-what-kind-of-research-for-what-kind-of-non-lawyer-and-what-kind-of-law/>

⁵ « Quand la croissance pâlit », *RIEJ*, 2016/2, vol. 77.

⁶ On nous pardonnera ce jeu de mots discutable, tribut à notre formation académique française, que Pascal a connu avant moi et contre les excès artificiels de laquelle il a également lutté.

⁷ M. BOUTONNET, « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTDCiv.*, 2008, 1.

⁸ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le contrat environnemental », *D.*, 2015, 217.

englobe : les contrats ou les clauses contractuelles destinées à gérer le risque environnemental et les contrats voués à la protection de l'environnement. Dès lors, on comprend, et c'est la richesse de la catégorie, qu'on y trouvera autant des contractants tant publics que privés, l'utilisation du contrat normateur dans la veine du mouvement de contractualisation tout comme le contrat échange pour accompagner l'entrée de l'environnement sur le marché. Les contrats concernés sont donc nombreux et probablement appelés à s'étendre encore⁹, mais le contrat environnemental n'est pas de nature à révolutionner le droit des contrats pris dans son ensemble.

Dans cette perspective, partant de prémisses voisines, la suggestion de Mustapha Mekki¹⁰ est plus généralisable. À partir du constat du développement d'une obligation de vigilance en droit plus ou moins dur, dont le contrat constitue un vecteur de diffusion, l'auteur s'interroge sur l'émergence d'un tel devoir général en droit des contrats. Ce devoir ne serait pas déconnecté du principe de précaution, et induirait sans doute une faveur accrue pour l'abstention¹¹. Pourtant, si on souhaitait se rapprocher de la décroissance, ce n'est pas tant à l'abstention qu'il faudrait se référer qu'à l'abstinence juridique¹² : là où l'abstention fait peser un danger sur autrui dans la mesure où le titulaire du droit se réserve de l'exercer ultérieurement, l'abstinence renvoie à une privation qui se fixe sur le sujet lui-même. Nous ne proposons toutefois pas une conception ascétique de la décroissance.

C'est dans cette même veine que l'association Sherpa a proposé les grandes lignes d'un « contrat durable »¹³. Expressément inspiré du développement durable dans ses dimensions économiques, sociales et environnementales, dont l'élaboration juridique doit tant à notre collègue Trébulle, cette notion vise à fournir une base plus solide que la responsabilité sociale et environnementale. Il constituerait une traduction juridique des objectifs de développement durable ; il se définit comme « tout contrat qui dans son objet et ses modalités d'exécution concilie les aspects économiques, sociaux et environnementaux en vue de favoriser la protection des droits fondamentaux et de l'environnement ». L'auteur tâche d'ancrer ce contrat dans les concepts et mécanismes juridiques connus, comme la bonne foi, l'abus de droit, de dépendance économique, mais aussi des *amici curiae* dans l'arbitrage international. On pourrait discuter la nouveauté de la proposition, s'interroger sur ses apports concrets par rapport à la RSE par exemple. Mais au regard de notre projet, il suffit d'observer que ce contrat

⁹ R. HLALEH, « La prévention contractuelle des préjudices environnementaux », *LPA*, n° 14, p. 8, janvier 2018 ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le contrat de prévention et réparation du préjudice environnemental », *Énergie environnement infrastructure*, 2019.

¹⁰ M. MEKKI, « Le Contrat, vecteur du devoir de vigilance », *RLDA*, mai 2015.

¹¹ F. BRUNEL, *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, Thèse, Université Clermont-Auvergne, 2017.

¹² F. BRUNEL, *op. cit.*, n° 26.

¹³ Y. QUEINNEC, « Le contrat durable : Contours du concept et pistes d'exploration », 2010 : <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Contrat-durable-Sherpa-janvier-2010.pdf>.

se situe dans le sillage du développement durable, et qu'il ne propose aucune rupture avec les solutions traditionnelles, cherchant seulement à concilier les intérêts en conflit. À l'opposé, nous proposons d'introduire une autre voie, plus radicale.

C'est partiellement ce qui est déjà proposé à travers le concept d'économie circulaire, actuellement sous le feu de la rampe puisque consacrée en droit français début 2020¹⁴. Cette orientation offre incontestablement des perspectives d'avenir dans la mesure où elle fournit un modèle alternatif au productivisme, même si l'intensité de la remise en cause du modèle actuel est très variable. Prise au sérieux¹⁵, elle est même susceptible d'être une pierre vers un monde décroissant, mais ce ne sont pas ces versants les plus aboutis qu'on trouve en droit positif. Sur le plan européen, on cite d'abord la directive écoconception de 2009¹⁶, dans la mesure où celle-ci ambitionne notamment de procurer des produits plus efficaces au plan énergétique, mais ceci dans le cadre d'une politique européenne plus globale de développement durable et vert¹⁷. Pour l'essentiel, cette directive fournit un cadre pour l'établissement de réglementations concrètes pour des produits spécifiques. En dépit de l'intérêt de cette réglementation, elle suscite d'importantes critiques, que ce soit à propos du spectre restreint des produits concrètement réglementés, du recours croissant à implication importante des producteurs ou, ceci explique peut-être cela, du manque chronique d'ambition des règlements d'application. La commission européenne n'a toutefois pas perdu de vue la perspective de l'économie circulaire et a adopté un plan d'action en 2015 et un nouveau plan en 2020¹⁸. L'un des aspects mis en avant consiste dans la durabilité des produits, qui passe non seulement par la lutte contre l'obsolescence programmée mais également par la promotion de délais de garantie plus longs. Sur ce dernier point, le droit européen a manqué une chance d'être innovant dans sa directive 2019/771 sur certains aspects

¹⁴ LOI n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, JORF n° 0035 du 11 février 2020.

¹⁵ Pour une étude fouillée, quoique centrée sur le droit de la consommation : B. KEIRSILCK & E. TERRY, „*Consumer protection in a circular economy*“, Intersientia, 2019.

¹⁶ Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, JOUE L 285 du 31 octobre 2009.

¹⁷ A. MICHEL, „ The Design and Production Stage : Ecodesign Requirements“, in B. KEIRSILCK & E. TERRY (ed.), *op. cit.*, pp. 61 et s.

¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, *Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire Pour une Europe plus propre et plus compétitive*, 11 mars 2020, COM(2020) 98 final.

de la vente¹⁹ en ne prévoyant pas un long délai de garantie, tout en permettant des dispositions nationales plus favorables²⁰. La solution n'est toutefois pas ambitieuse et il a déjà été envisagé de réviser la directive pourtant pas encore entrée en vigueur.

La nouvelle loi française sur l'économie circulaire comprend des éléments intéressants²¹ pour la matière qui nous occupe, principalement en termes d'information des consommateurs. Ainsi, les producteurs et importateurs de produits générateurs de déchets informeront les consommateurs « par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur leurs qualités et caractéristiques environnementales, notamment l'incorporation de matière recyclée, l'emploi de ressources renouvelables, la durabilité, la compostabilité, la réparabilité, les possibilités de réemploi, la recyclabilité, et la présence de substances dangereuses, de métaux précieux ou de terres rares, en cohérence avec le droit de l'Union européenne »²². Les mêmes personnes sont également tenues de fournir un indice de réparabilité ou de durabilité²³. La réparation des objets est encouragée par une meilleure information sur la durée de disponibilité des pièces détachées, voir l'obligation d'assurer cette disponibilité durant une période qui ne pourra être inférieure à cinq ans²⁴. Malgré ces innovations encourageantes, certains auteurs relèvent les risques importants de déception quant à leur efficacité²⁵ : relative inefficacité de l'information dématérialisée puisque difficilement accessible au moment de l'acte de consommation physique, extrême difficulté d'établissement des critères de l'indice de réparabilité en raison de leur multiplicité. On peut ajouter à ces préoccupations le recours prioritaire à l'information du consommateur, faisant de la consommation responsable un choix, avec le risque subséquent de créer deux catégories de consommateurs (les éclairés et les non éclairés, probablement équivalent des riches et des pauvres), et alors qu'il s'agit là d'un choix de société dont il est malhonnête de faire retomber sur le consommateur l'absence de courage politique du législateur.

B. Les idées folles

¹⁹ Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JOUE L 136 du 22 mai 2019.

²⁰ Dir., 2019/771, arts. 10 et 11. K. TONNER, R. MALCOLM, „How and EU lifespan guarantee model could be implemented across the EU“, study for the EP, January 2017, www.europarl.europa.eu/Reg-DATA/etudes/STUD/2017/583121/IPOL .

²¹ J.-C. ZARKA, « Les principales dispositions de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », *P.A.*, 25 mars 2020, (n° 61). pp. 7-19.

²² C. env., art. L. 541-9-1.

²³ C. env., art. L. 541-9-2.

²⁴ C. conso., art. L. 511-4.

²⁵ N. DUPONT, « Quelles perspectives en matière de durabilité et de réparabilité des produits de consommation ? », *JCP, E*, n° 50, 12 décembre 2019, 1553.

Nous nous situons à présent dans un autre monde ; il serait donc insensé d'évaluer les concepts ou les outils que nous en proposons à l'aune de celui que nous connaissons. Nous allons lancer un certain nombre d'idées disparates, à peu près chronologiques dans le déroulé du contrat.

Avec des nuances d'intensité ou de modalités, tous les appels à une société décroissante contiennent une critique fondamentale de la publicité. En effet, celle-ci remplit une fonction centrale dans le système actuel. Bien loin de sa fonction officielle d'information, elle est devenue un objet total, tant quantitativement que qualitativement : elle a envahi tous les espaces, et elle a pour fonction essentielle de créer les besoins nouveaux qui nourriront l'expansion sans limite de la production. Or elle ne peut être étrangère au droit des contrats, puisque son objectif assumé est la conclusion de nouveaux contrats. Le droit actuel du droit des contrats ne s'en est d'ailleurs pas totalement désintéressé, en essayant de prendre la publicité à son propre piège : puisqu'elle se prétend informative, traiter son contenu comme une information et éventuellement l'intégrer au contenu du contrat afin de renforcer les obligations du professionnel²⁶. En jurisprudence, les documents précontractuels lient bien leur auteur²⁷ mais la variété des situations rend la règle fragile²⁸. Des propositions radicales sont envisageables, comme la prohibition de la publicité, mais du côté du droit des contrats il est sûr que la décroissance ne peut s'envisager autrement qu'en freinant tout procédé publicitaire.

Il est envisageable d'aller beaucoup plus loin et d'inscrire la sobriété au cœur même du droit des contrats. Si on admet que le contrat se fonde par le juste et l'utile²⁹, il faut admettre qu'un contrat dont l'objet est la fourniture d'un bien ou d'un service dont l'acquéreur n'a aucun besoin serait à la fois inutile et injuste et ne mériterait pas la protection du droit. On nous objectera sans doute que l'utilité et la justice requise fondent davantage le droit des contrats que tout contrat pris individuellement, comme l'atteste le refus d'annuler tout contrat lésionnaire. Pourtant, la question de l'utilité du contrat n'est pas inconnue et celle-ci était envisagée à travers la notion de cause³⁰, dont chacun admet que sa disparition est plus terminologique que conceptuelle. Il ne nous semble donc pas indéfendable d'envisager l'utilité dans ce contexte. Plusieurs mécanismes techniques sont envisageables, On pourrait ainsi considérer que, dans cette hypothèse, la contrepartie convenue est « illusoire »³¹, puisqu'elle

²⁶ En dernier lieu : Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, JOUE L 136 du 22 mai 2019, art. 8 1. b). Dir. 2019/771, art. 7 1. d.

²⁷ TGI Paris, 4^e ch., 1^{er} sect., 27 juin 2017, n° 17/07192, M A Z c/ Association pour la gestion des œuvres sociales des personnels des administrations, *Gaz. pal.*, 9 janvier 2018, n° 310, p. 32, obs. D. HOUTCIEFF.

²⁸ J. MESTRE, « Les documents contractuels », *RTDCiv.*, 1997, 118.

²⁹ J. GHESTIN, « Le juste et l'utile dans les contrats », *APD*, t. 26, 1981, p. 35.

³⁰ Pour une illustration explicite à propos du généalogiste qui informe d'une succession dont le bénéficiaire aurait de toute façon été trouvé par le notaire : G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, PUF, Thémis, 1975, pp. 196 et s.

³¹ C. civ., art. 1169.

consiste en une chose ou un service dont le consommateur n'a aucun besoin (par exemple un produit d'une nouvelle génération qui ne propose aucune fonctionnalité nouvelle dont l'acquéreur aurait l'utilité). Nous convenons qu'il sera souvent délicat de décider si la prestation est illusoire, et il faudra s'entendre sur des critères d'appréciation objectifs, tout en prenant en compte la connaissance que pourra ou sera censé en avoir le fournisseur. Alternativement, on pourrait considérer qu'un tel contenu est contraire à l'ordre public³². En ce cas, la nullité pourrait être invoquée par chacun des co-contractants, ce qui faciliterait une responsabilisation de l'acquéreur dans l'acte de contracter. Et si on préfère emprunter une voie plus subjective, il suffira d'étendre la catégorie du dol³³, la publicité constituant alors les manœuvres. Le vice du consentement présente l'inconvénient de ne fournir qu'une nullité relative³⁴, mais inversement l'avantage de la souplesse dans l'appréciation du comportement des parties, et permettrait notamment à l'acquéreur d'intégrer au contrat l'inutilité de la prestation et ainsi de valider l'opération.

Sans prétendre que les situations soient directement comparables, il convient tout de même de noter que la prise en compte technique de l'utilité ou l'inutilité en droit des contrats n'est pas inconnue ; nous en prendrons pour exemple la détermination du caractère lésionnaire du contrat passé par un mineur. La jurisprudence adopte d'ailleurs à l'égard des mineurs une conception moins mathématique et objective de la lésion que dans la théorie générale de l'acte juridique : ce n'est pas le déséquilibre objectif des prestations qui compte mais l'utilité ou l'inutilité subjective du contrat pour le mineur, le caractère excessif ou non de la dépense au regard de son patrimoine³⁵. On peut encore mentionner la définition « le contenu du contrat est utile quand il correspond à un intérêt même non patrimonial des deux parties ou au moins l'une d'entre elles »³⁶.

La proposition se heurte à certains dilemmes. Tout d'abord, le but premier est de lutter contre la production et la consommation excessives, et c'est à ce titre que les contrats inutiles doivent être pourchassés. Dès lors, une fois le contrat conclu et son exécution entamée, le vin est tiré et il faut veiller à ce que la sanction du contrat inutile ne contribue pas à renforcer le processus combattu. En d'autres termes, il n'est pas satisfaisant que, par le jeu des restitutions réciproques consécutives à la nullité, les biens ou services inutiles entrent dans le cercle des déchets. Peut-être faudrait-il dès lors envisager d'autres sanctions que la nullité. D'abord, un contrat inutile pourrait donner droit à une renonciation prolongée au bénéfice de l'acquéreur. Ensuite, on pourrait transposer le mécanisme de la réduction du prix (voir *infra*). Actuellement proportionnée au défaut du bien ou du service, par

³² C. civ., art. 1162.

³³ C. civ., art. 1137.

³⁴ C. civ., art. 1131.

³⁵ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil : les personnes. Personnalité, incapacité, protection.*, Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 390.

³⁶ Article 26 Code Européen des Contrats.

référence au prix du marché du bien ou service défectueux³⁷ elle pourrait dans le contexte du contrat inutile être proportionnée à son utilité résiduelle. Finalement, on pourrait encore recourir à l'adage *nemo auditur* pour interdire à l'acquéreur conscient de l'inutilité de son acquisition de s'en prévaloir face à la demande du fournisseur de l'exécution de la prestation convenue en contrepartie.

C'est toutefois au stade de l'exécution du contrat que les innovations sont les plus aisées à concevoir. Or la réforme de 2016 avec le renforcement de la recherche du coût économique le plus bas n'a pas pris une orientation décroissante. C'est ainsi que l'exécution en nature n'est plus envisagée dans sa rigueur initiale, mais qu'elle est tempérée par des considérations de coût. Plus précisément, l'exécution en nature ne sera admise que si elle ne fait pas apparaître une disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt pour le créancier³⁸. L'article mêle ici considérations morales et économiques, puisque le coût pour le débiteur ne sera pris en considération qu'autant qu'il est de bonne foi. De même, l'intérêt pour le créancier porte la même marque puisqu'un créancier de mauvaise foi ne pourra pas se prévaloir d'un intérêt que le juge prendra en compte. D'ailleurs, les critiques apportées à ce texte se situent dans cette veine, sur fond de regret de l'atteinte à la force obligatoire des contrats³⁹. Sans nécessairement partager l'attachement à l'immutabilité du respect de la parole donnée, nous convenons que cette solution participe d'une évolution productiviste en introduisant des considérations liées à la prétendue rationalité économique. Même sur ce plan, le coût envisagé est très restreint puisqu'il n'est que celui pour le débiteur, excluant par-là la prise en compte du coût social, notamment dans ses dimensions environnementale et sociétale.

Ce n'est toutefois pas un retour à la solution ancienne que requière une perspective décroissante, puisqu'elle vise à la diminution des biens produits et consommés. C'est donc à cette aune qu'il faut apprécier l'exécution forcée ; et sous cet angle, il convient de distinguer selon que l'inexécution est totale ou consiste en un défaut dans l'exécution⁴⁰. Dans le premier cas, l'exécution forcée n'entraîne pas une production accrue de biens ou de services puisqu'elle consiste à substituer au néant la pres-

³⁷ Dir., 2019/370, art. 14 2.

³⁸ C. civ., art. 1221. Pour une présentation prudente de l'évolution : C. JAMIN et N. DISSAUX, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2018, p. 129. D. MAINGUY, « L'exécution forcée du « coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », *Dr. Patr.*, n° 240, 1^{er} octobre 2014 ; T. GENICON, « Contre l'introduction du "Coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. Patr.*, n° 240, 1^{er} octobre 2014.

³⁹ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2019, n° 127 ; T. GENICON, « Contre l'introduction du « Coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », art. préc.

⁴⁰ Relevons que cette distinction est parfois opérée : voir par exemple la directive n° 2019/771, art. 13, qui ne réglemente que le défaut de conformité et non l'absence de délivrance.

tation convenue. Il en va différemment de l'exécution défectueuse, puisque l'exécution forcée consiste alternativement en une faculté de réparer ou de remplacer. Or le remplacement conduit à la mise en circulation d'un second bien et pose la question du sort du bien défectueux.

Dans l'option entre réparation et remplacement, une priorité devrait absolument être accordée au dernier comme cela est aujourd'hui suggéré pour le droit de la consommation⁴¹. Or l'article 13 2. de la directive 2019/771 suit une autre voie. Il offre en principe un choix au consommateur entre réparation et remplacement, « à moins que le recours choisi ne soit impossible ou que, par rapport à l'autre recours, il n'impose au vendeur des coûts qui seraient disproportionnés, compte tenu de l'ensemble des circonstances » et elle ne cite comme circonstance que la valeur du bien, l'importance du défaut et les inconvénients pour le consommateur. Certes, la liste des circonstances n'est pas limitative mais elle oriente vers une balance entre considérations économiques et bien-être pour le consommateur. Il nous semble qu'une autre orientation devrait s'imposer avec l'affirmation claire de la priorité accordée à la réparation. Par protection pour le consommateur, en cas d'inaptitude du professionnel, voire de perte légitime de confiance du consommateur, la réparation par un tiers aux frais du professionnel pourrait être facilitée.

Parallèlement au remplacement, une plus grande faveur devrait être accordée à la réduction du prix. On sait que celle-ci a d'abord été inconnue de notre droit, refusée par la jurisprudence, et qu'il a appartenu à la doctrine de l'acclimater⁴², sur la base de solutions spéciales⁴³ ou de textes internationaux⁴⁴. La faveur du droit français pour l'exécution en nature n'a pas offert à la réduction du prix une place de premier choix et, en tout état de cause, elle s'est toujours inscrite dans la perspective du choix laissé au créancier entre les diverses sanctions possibles de l'inexécution. Cette solution a pu s'acclimater progressivement, par exemple sous les traits de la réparation du préjudice analysée comme un équivalent monétaire de la restitution d'une partie du prix, elle a été conçue et demeure entre les mains du seul créancier. En conséquence, la réduction du prix, même consacrée par la réforme de 2016⁴⁵, est toujours envisagée comme seconde par rapport à l'exécution en nature.

⁴¹ E. TERRY, „A Right to Repair ? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law“, in B. KIERSBILCK & E. TERRY (ed.), *op. cit.* , 2019, N° 7.

⁴² P. JOURDAIN, « A la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Letourneau*, Dalloz, 2008, pp. 449 et s.

⁴³ On cite souvent l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil. P-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil Contrats spéciaux*, Litec, 2013, 7^e éd., n° 219.

⁴⁴ Convention sur la vente internationale de marchandises, art. 50. Art. 4.401 des Principes Lando : version française préparée par I. DE LAMBERTERIE, G. ROUHETTE et D. TALLON, *Commission pour le droit européen des contrats*, La documentation française, 1997.

⁴⁵ C. civ., art. 1223. F. CHÉNÉDÉ, « La réduction du prix », *RDC*, 2017, 571.

Mais nous avons vu que l'exécution en nature ne pouvait être conçue de façon unitaire si on la situe du point de vue d'une lutte contre le productivisme. Il faut distinguer la réparation du remplacement. Or la réduction du prix présente d'indéniables avantages⁴⁶ par rapport au remplacement⁴⁷. En effet, elle évite la production d'un nouveau bien ou service. En conséquence, on pourrait accorder une préférence à la réduction du prix sur le remplacement, lorsque la réparation n'a pas été possible ou pas retenue par le créancier. Pour les mêmes raisons, la mise sur un même plan par le droit de la consommation de la réduction du prix et de la résolution du contrat⁴⁸ est discutable, puisque l'une conduit à l'utilisation du bien ou du service tandis que l'autre met fin à l'opération. Une solution alternative consisterait, si les conditions de la réduction du prix sont réunies, c'est-à-dire si le défaut n'interdit pas une satisfaction minimale du consommateur, au cas où malgré tout ce dernier préférerait la résolution, à lui interdire une fourniture de substitution. Bien entendu, il n'est pas envisageable de lui interdire stricto sensu, il serait en revanche possible de réduire sa protection au sein du second contrat.

Quant à l'évaluation de la réduction, rien n'impose qu'elle soit faite sur la base de la valeur marchande généralement admise⁴⁹, même si elle constitue toujours la référence en droit européen⁵⁰. L'importance du défaut ou de la perte d'utilité pour l'utilisateur constituerait peut-être un critère plus adapté. Certes, à première vue, la valeur marchande apparaît plus facile à déterminer et plus objective, tant l'utilité d'un bien ou service pour le consommateur serait individuelle. D'ailleurs, la valeur marchande ne serait utilisée que comme un instrument d'évaluation de cette utilité moyenne. Plusieurs raisons font toutefois douter de l'argument. Tout d'abord, on peut contester que la valeur de marché corresponde à l'utilité de la chose ou du service, puisque celle-ci intègre d'autres considérations telles que l'abondance ou la rareté⁵¹. Ensuite, et quand bien même on admettrait la médiation par la valeur marchande, il apparaît que celle-ci est inexistante pour les biens défectueux, faute de marché de ce type de biens. Dans ces conditions, la référence directe à l'utilité pour le consommateur devient dé-

⁴⁶ Nous laissons de côté les problèmes pratiques de mise en œuvre de cette réduction du prix, notamment quant au rapport de force qu'il enclenche, sur lesquels C. JAMIN et N. DISSAUX, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, pp.130-131.

⁴⁷ Il conviendrait de nuancer l'affirmation si on admet que le remplacement s'opère par un bien reconditionné. Pro : E. TERRY, art. préc., n° 9.

⁴⁸ Dir. 2019/770, 20 mai 2019, art. 14 4.

⁴⁹ J.-B. RACINE, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *Rev. int. dr. éco.*, 1999, n° 1, pp. 77 et s., spéc. p. 104.

⁵⁰ Dir. 2019/771, 20 mai 2019, art. 14 4.

⁵¹ Il est très intéressant de relever à ce propos que la référence unanime à la rareté mérite elle-même d'être mise en cause ; l'anthropologie des sociétés de chasseurs-cueilleurs, nomades, établit que pour eux le critère de la valeur n'est pas lié à la rareté mais à la facilité pour l'objet d'être transporté : M. SAHLINS, *Âge de pierre, âge d'abondance L'économie des sociétés primitives*, Gallimard, 1976, pp. 55 et s.

fendable, étant entendu qu'il ne peut s'agir que du consommateur moyen. Le raisonnement est généralisable au droit commun des contrats. Sans entrer dans le détail des modalités, on pourrait trouver une base dans l'article 1228 du Code civil qui donne le pouvoir au juge de choisir entre la résolution, l'exécution forcée et l'allocation de dommages-intérêts⁵² : compte tenu de la proximité relevée entre certains dommages-intérêts et la réduction du prix, le juge pourrait déjà restreindre le domaine de la résolution. Nul doute que cet expédient serait peu efficace dans la configuration actuelle.

Une même remise en cause pourrait être envisagée pour la faculté traditionnelle de démolition⁵³. On sait que celle-ci a les faveurs de la jurisprudence qui refuse de la subordonner à la preuve d'un préjudice, mais ne la limite qu'à l'impossibilité de l'exécution en nature⁵⁴. Notons déjà que, implicitement, le droit nouveau marque une prudence accrue, puisqu'à l'exigence antérieure d'une autorisation judiciaire pour le remplacement par un tiers et à la destruction, l'ordonnance a réservé cette exigence à la seule destruction. Quoique la lettre de l'article 1222 ne prévoit pas de condition substantielle, l'exigence procédurale de l'intervention du juge lui confère une certaine marge de manœuvre. Et si jusqu'ici le juge avait refusé de conditionner la destruction au préjudice du créancier⁵⁵, les auteurs évoquent une possible évolution par inspiration de l'exigence de disproportion manifeste prévue à l'article 1221 pour l'exécution en nature directe⁵⁶. Dans cette lancée, il est permis de suggérer la consécration d'une conditionnalité accrue à cet acte définitif et porteur de gâchis considérables. Certes, la destruction est la sanction d'une obligation de ne pas faire, mais il convient de mettre en balance le rétablissement du *status quo ante* avec les dommages collatéraux de la destruction. À côté d'une balance des intérêts du créancier et du débiteur, il n'est pas déraisonnable d'envisager la prise en compte des coûts environnementaux et sociaux de la destruction. Le refus éventuel de la destruction ne ferait naturellement pas obstacle à la réparation du préjudice subi par le créancier.

On pourrait multiplier les exemples dans un inventaire qui n'aurait rien de Prévert. Cela semblerait totalement dispersé et ne permettrait pas de voir la cohérence d'ensemble de la révolution envisagée. Sans espérer y atteindre, nous pouvons au moins nous tourner vers des remises en cause plus fondamentales au plan conceptuel.

⁵² C. civ., art. 1228.

⁵³ C. civ., art. 1222.

⁵⁴ Par exemple : Civ. 3^e, 9 mai 2007, n° 06-12.474, Bull., *Rev. Dr. Immo.*, 2007, 336, obs. F.-G. TRÉBULLE.

⁵⁵ Civ. 3^e, 19 mai 1981, pourvoi n° 79-16.605, *Bull. civ.* III n° 101 ; civ. 3^e, 24 octobre 1990, pourvoi n° 89-15.142, *Bull. civ.* III n° 201 ; civ. 3^e, 14 juin 2000, pourvoi n° 98-23.087, inédit. Aucun revirement n'est intervenu, mais il faut noter que la Cour de cassation n'a jamais plus depuis ce dernier arrêt employé l'expression « même en l'absence de préjudice ».

⁵⁶ F. TERRÉ, *Les obligations, op. cit.*, n° 782.

II. Des pistes de remises en cause conceptuelles

Les concepts liés au paradigme croissancier devraient être mis en lumière afin de déterminer l'étendue des remises en cause ; Faute d'un tel travail sur lequel se baser, nous concentrerons notre attention sur deux questions dont nul le lien avec ce paradigme est peu sujet à discussion : d'un côté le couple onéreux / gratuit (A), d'un autre côté la notion de marchandise (B).

A. La remise en cause de l'opposition binaire de l'onéreux et du gratuit

Au lieu de nous baser sur une idée abstraite, nous partirons d'une brève analyse des services d'échange locaux (SEL), dont le nombre est croissant en France et qui offrent l'avantage d'avoir fait l'objet d'une thèse remarquée⁵⁷. « Un SEL (ou système d'échange local) est un système d'échange de produits ou de services au sein d'un groupe fermé, généralement constitué en association. Ses membres, appelés les « Sélistes », échangent des biens et services selon une unité propre à chaque groupe. « L'objectif est d'accéder à des échanges égalitaires et de tisser des liens »⁵⁸. Chaque membre entre en contact avec d'autres membres pour réaliser des opérations (covoiturage, petite cuisine ou réparation, cours...) dont il a pris connaissance par un catalogue, le tout comptabilisé par une unité généralement basée sur la minute. Or la question se pose de la nature juridique des opérations des sélistes, dans la mesure où celles-ci ne font intervenir aucune monnaie. Partant d'une analyse serrée et sur la base d'une parfaite maîtrise des concepts du droit des contrats, Mme Bradburn conclut qu'il s'agit de contrats onéreux synallagmatiques : « Les sélistes mettent un point d'honneur à ne pas employer le terme de « prix » afin de marquer leur opposition aux échanges marchands. Cependant, malgré le vocabulaire employé, l'objet de l'obligation monétaire pesant sur le séliste-débiteur est bel et bien un prix, quand bien même sa détermination ne correspond pas au résultat de la concurrence de l'offre et de la demande sur le marché dominant »⁵⁹. Mme Bradburn reconnaît bien qu'il existe une spécificité de ce contrat puisqu'à côté de leur intérêt direct⁶⁰ existe un intérêt indirect⁶¹, correspondant à la cause de la création du SEL lui-même, avec sa perspective alternative au capitalisme. Mme Bradburn reconnaît bien qu'il faut établir un lien entre les deux intérêts et elle en conclut que

⁵⁷ S. BRADBURN, *Les services d'échanges locaux Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, Dalloz, 2017.

⁵⁸ https://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me_d%27%C3%A9change_local.

⁵⁹ S. BRADBURN, *op. cit.*, n° 229.

⁶⁰ *Ibid.*, n° 50.

⁶¹ *Ibid.*, n° 51.

chaque contrat individuel ne sera valide que pour autant qu'il ne sera pas en contradiction avec l'intérêt indirect⁶², tout en excluant explicitement que cette originalité ait une quelconque conséquence sur la qualification du contrat⁶³.

Je laisse de côté les points d'accord que j'ai avec les analyses fines de l'auteur pour n'insister que sur un désaccord fondamental, que la citation ci-dessus illustre parfaitement. Au lieu de prendre les pratiques sélistes au sérieux pour en tirer une qualification juridique, fut-elle en décalage avec les concepts établis, Mme Bradburn s'en tient aux solutions les plus traditionnelles, et au lieu de réformer les concepts juridiques pour donner vie à la volonté des sélistes, elle déforme cette volonté dont elle reconnaît pourtant explicitement qu'elle s'exprime différemment. Les sélistes ne veulent pas passer de contrat onéreux, Mme Bradburn s'attache à nous montrer qu'ils se leurrent et que derrière la façade désintéressée on retrouve la poursuite d'intérêts égoïstes. Or une des raisons de cette solution déformante nous semble se situer dans l'opposition absolue aujourd'hui admise entre contrat gratuit et onéreux : puisque l'opération séliste n'est pas gratuite, elle est onéreuse. Or cette opposition binaire et absolue est aussi discutable que nouvelle, au moins dans un temps long⁶⁴.

La première question qui se pose est logiquement de savoir si on est en présence de contrats. La même question a déjà été tranchée, notamment à propos de prestations gratuites de travail au profit d'un voisin ou d'un ami, ou dans celui de soins médicaux gratuits entre confrères et la solution positive finale a été en faveur de la nature contractuelle⁶⁵. Mme Bradburn tranche dans le même sens pour les pratiques sélistes⁶⁶ et nous partageons son avis. Certes, la thèse du non-droit est attrayante⁶⁷ et elle mérite d'être envisagée plus globalement dans une perspective décroissante, mais elle ne nous semble pas compatible avec l'organisation du SEL, ni avec son insertion au sein du système juridique ou sa prétention à être un modèle alternatif. Pourtant, le non-droit met en lumière une vérité que le système capitaliste nous a fait oublier : l'intensité juridique d'un acte diffère selon les personnes qui y participent. L'anthropologie juridique nous rappelle qu'il n'y a de contrat qu'avec des étrangers⁶⁸. Mais

⁶² *Ibid.*, nos 52 et 212.

⁶³ *Ibid.*, n° 53.

⁶⁴ Pour des exemples récents de service gratuit intéressé : S. COUDERT-PIATKOWSKI, *La mise à disposition d'une chose*, Thèse Montpellier, 2016, spéc. n° 82 pour les cadis dans les grandes surfaces, mais l'auteur fournit bien d'autres exemples.

⁶⁵ F. TERRÉ, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 88.

⁶⁶ S. BRADBURN, *op. cit.*, n° 13.

⁶⁷ R. LIBCHABER, « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTDCiv.*, 1998, pp. 800 et s.

⁶⁸ E. LE ROY, « Formes et raisons de la place marginale du contrat dans les accords juridiquement validés en Afrique noire au tournant du XX^e siècle », in D. HIEZ et S. CHASSAGNARD (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 49.

d'autres auteurs vont plus loin et opèrent une gradation dans les pratiques contractuelles, en distinguant la réciprocité généralisée, équilibrée et négative⁶⁹. En résumant de façon caricaturale ce propos, disons qu'avec la famille proche on donne sans compter, qu'avec les tribus voisines on échange équitablement et qu'avec les parfaits étrangers on s'autorise une forme d'échange forcée (vol, échanges déséquilibrés...). Or la création du groupement séliste rapproche les membres et pourrait bien affaiblir l'intensité juridique de leurs relations ; il ne nous semble toutefois pas qu'elle l'annihile.

Mais alors, de quel type de contrat s'agit-il ? On peut être tenté d'y voir le modèle de l'économie du don de Marcel Mauss⁷⁰ : chaque séliste fournit une prestation sans contrepartie immédiate et en recevra une autre en retour ultérieurement. Il y a toutefois une différence fondamentale dans le SEL, c'est l'existence d'une unité de comptabilisation destinée à mesurer les prestations fournies et assurer un équilibre global. Mais faut-il en conclure que cette unité de compte est une monnaie et qu'il s'agit du paiement d'un prix ? Nous en doutons : sa fixation n'obéit pas aux règles sur la fixation du prix, les règles du paiement forcé du prix semblent inapplicables.... De même les règles habituelles du contrat onéreux semblent inappropriées ; il est frappant à cet égard que Mme Bradburn consacre de longs développements à la qualification et à la formation du contrat séliste, alors qu'elle ne dit absolument rien de son régime juridique : en imagine-t-on une exécution forcée ?

Il nous semble que des pistes de réponse peuvent être cherchées dans le contrat de service gratuit, et nous nous référons à cet égard au seul auteur qui leur ait consacré une recherche spécifique : Michel Boitard⁷¹. On relèvera d'abord que l'opposition faite en 1804 entre le contrat de bienfaisance et le contrat onéreux correspond largement à la terminologie de Potier, et que celui-ci classait principalement parmi les contrats de bienfaisance le prêt à usage et le précaire, le prêt de consommation, le dépôt et le mandat. À vrai dire, il y range aussi, et avant tout, la donation, mais en pratique il n'en traite pas dans son traité des contrats de bienfaisance⁷², et cette solution se retrouve dans le code qui ne classe pas les donations parmi les contrats⁷³. Or le type du contrat de service gratuit est susceptible d'avoir un domaine beaucoup plus large que celui de ces contrats nommés, et notamment en comprenant tous les actes d'entraide si on souhaite les régler par le droit. Notre droit a progressivement fait un autre choix, sous l'effet de l'extension du capitalisme : il a réduit à la portion congrue la place du gratuit dans les contrats spéciaux, pour réduire la catégorie des contrats de bienfaisance à la gratuité absolue. Ainsi, toute impureté qui frappe un acte généreux en y incluant un quelconque intérêt conduit à le disqualifier en acte onéreux, ce qui conforte l'extension du capitalisme. Ce faisant, non seulement

⁶⁹ M. SAHLINS, *op. cit.*, pp. 309 et s.

⁷⁰ M. MAUSS, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange », originellement publié dans la *Revue Année sociologique*, 1923-1924, disponible en libre accès : <https://journals.openedition.org/lectures/520>

⁷¹ M. BOITARD, *Les contrats de service gratuit*, Sirey, 1941.

⁷² M. BOITARD, *op. cit.*, p. 45.

⁷³ Pour les références utiles dans les travaux préparatoires et les auteurs favorables : M. BOITARD, *op. cit.*, pp. 55 et s.

l'entraide est fragilisée⁷⁴, alors même que le développement de l'économie collaborative lui confère une importance grandissante, même si on sépare le bon grain de l'ivraie pour ne pas mélanger la collaboration altruiste de la mise en relation par des plateformes bien lucratives.

La qualification de contrat de service gratuit correspond beaucoup mieux à la réalité voulue par les parties à la relation séliste. Certes, il existe une forme de contrepartie, puisque le séliste qui rend le service obtient un surcroît d'unités qui lui permettra d'obtenir d'un autre séliste une certaine prestation. Mais cette contrepartie ne peut s'analyser en un prix et correspond bien plus à l'indemnité qui peut parfaitement être convenue dans un contrat de service gratuit. Mais le régime juridique des contrats de service gratuit ne s'arrête pas là : les obligations des deux parties sont affectées, au même titre que leur responsabilité, ou la fin du contrat. Le mode de formation du contrat pourrait bien lui aussi s'en trouver affecté et il n'est pas certain qu'une obligation ne naisse avant le commencement d'exécution⁷⁵. L'extension de la catégorie de contrat de service gratuit pourrait s'accompagner d'une nouvelle conception de la monnaie ainsi que pour rester dans le domaine contractuel, de la dette⁷⁶. Bien loin de prendre cette voie, la réforme de 2016 a accru la place du contrat onéreux en inversant l'ordre de présentation des deux catégories concernées⁷⁷. Au contrat de bienfaisance de l'ancien article 1105 est en outre substitué le contrat à titre gratuit⁷⁸. La définition en a changé : « lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ». La consécration du vocable à titre gratuit, quoique regrettable, correspond à l'évolution de la pratique langagière. L'allusion à l'absence d'attente d'une contrepartie est intéressante puisqu'elle peut directement amener au triptyque de Marcel Mauss : donner / recevoir / rendre, mais le refus affirmé de la contrepartie doit être précisé. Si on admet que le droit positif ne se trouve pas modifié⁷⁹, il faudra considérer que la contrepartie ne se confond pas avec l'indemnité qui peut être prévue au contrat, car les contrats spéciaux n'ont pas été modifiés et les contrats de dépôt⁸⁰ et de mandat⁸¹ sont toujours à titre gratuit et leur régime juridique jurisprudentiel ne devrait pas être remis en cause. On notera en tout cas sans

⁷⁴ Relevons que pour la sauver la solution consiste parfois, malheureusement, à lui refuser la qualification contractuelle. (F. TERRÉ, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 88).

⁷⁵ On relèvera par exemple que dans le réseau Blablacar, qui pourtant consiste en une plateforme lucrative, l'offre de transport peut être retirée sans conséquence jusqu'au départ. La seule sanction consistera dans les commentaires que recevra le chauffeur non fiable.

⁷⁶ D. GRAEBER, *La dette cinq mille ans d'histoire*, Babel, 2016.

⁷⁷ C. civ., art. 1107.

⁷⁸ C. civ., art. 1107, al. 2.

⁷⁹ C. ALLEAUMEL, « article 1107 », in T. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2018 ; C. JAMIN et N. DISSAUX, *op. cit.*, p. 5 et s.

⁸⁰ C. civ., art. 1817.

⁸¹ C. civ., art. 1986.

surprise que la proposition d'extension de la catégorie en parlant d'absence de contrepartie équivalente⁸² n'a pas été retenue.

B. La remise en cause de la marchandisation

La marchandisation est un des thèmes classiques de la critique du capitalisme, elle constitue un outil puissant de la croissance. Or, ce concept est central pour le droit des contrats puisqu'il délimite son champ d'action. C'est certainement au marxisme qu'on doit les analyses les plus fines de la signification de la marchandisation, c'est-à-dire de la transformation d'une chose en marchandise⁸³. Car nulle chose n'est marchandise en elle-même, elle le devient par son insertion dans un tissu de relations sociales aux termes desquelles, par le jeu de la valeur, cette chose devient un élément dans le mécanisme d'accumulation du capital. Nous n'y insistons pas mais la proposition est fondamentale et stimulante ; citons pour le plaisir Michel Mialle : « La marchandise dans la sphère économique a le même rôle que la norme dans la sphère juridique »⁸⁴.

Mais ce qui frappe aujourd'hui, car le mécanisme même a été abondamment étudié avant que le marxisme n'ait été jeté aux orties, c'est l'extension du phénomène. La bioéthique en constitue probablement l'exemple le plus frappant⁸⁵, mais il se retrouve à tous les niveaux : information, connaissance, ressources des hauts-fonds marins et demain de l'espace, les données à caractère personnel... Il n'est pas possible d'en établir une liste complète, qui ne le serait d'ailleurs que très provisoirement. On peut en revanche relever des évolutions techniques qui le manifestent.

Tout d'abord, la réforme du droit des obligations a fait disparaître la notion de chose hors du commerce⁸⁶. La solution peut paraître en cohérence avec l'érosion progressive de la catégorie⁸⁷, et elle n'interdit pas la sanction de contrats à raison de leur objet pour atteinte à l'ordre public⁸⁸. Pourtant, il n'en demeure pas moins que cette disparition est symbolique et significative des orientations récentes de notre droit⁸⁹. Le domaine de l'échange a toujours connu des limites et celles-ci n'ont pas seulement été justifiées par leur vocation publique ou leur caractère sacré ; songeons par exemple à la prohibition généralisée des contrats sur la nourriture, celle-ci étant réservée au domaine du don⁹⁰.

⁸² J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, thèse Paris II 2015.

⁸³ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Grasset, 1976, p. 103 et 184.

⁸⁴ M. MIAILLE, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁵ Des pages stimulantes sur la question morale à l'aune du libéralisme : V. CHEYNET, *Décroissance ou décadence*, Le pas de côté, 2014.

⁸⁶ Ancien article 1128 du Code civil.

⁸⁷ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2002.

⁸⁸ C. civ., art. 6 ; C. civ., art. 1162.

⁸⁹ F. TERRÉ, *Les obligations*, *op. cit.*, pp. 508 et s.

⁹⁰ M. SAHLINS, *op. cit.*, pp. 347 et s.

L'absence de catégorie généralisée pour qualifier les choses qui échappent à l'échange marchand est tout à fait symptomatique de l'absence de limite générale que le droit entend lui porter. Il va de soi qu'un droit des contrats décroissant devrait avoir une perspective inverse, et on peut concevoir que la multiplication des choses échappant à l'échange marchand soit une stratégie pour rompre le cercle vicieux de la circulation permanente⁹¹.

Si on quitte le terrain de l'objet du contrat pour celui de ses sujets, l'accélération et la fluidité de notre droit prennent la forme de l'interchangeabilité croissante des cocontractants. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour comprendre que celle-ci est une nouvelle incitation à la croissance en levant encore un frein à la stabilité. Or là encore il nous semble que le droit a fait tomber les barrières, comme cela se voit particulièrement avec le mécanisme de la cession de contrat et le rognage insidieux qu'il opère de l'*intuitu personae*. Il ne s'agit pas d'interdire toute opération à trois personnes, ni de contester la pertinence technique de la cession de contrat, mais d'abandonner la perspective défensive qui veut, bon gré mal gré, que toute limite à cette cessibilité est le signe d'un archaïsme dont le temps est compté. Le mouvement pourrait s'inverser, en considérant que par principe le choix du cocontractant n'est pas indifférent. Et de fait, si on faisait une comptabilisation approximative des contrats conclus, il ne me semble pas invraisemblable que ce principe se trouve confirmé par les faits. Mais la perte de l'*intuitu personae* prend d'autres visages, par exemple la consécration de la cessibilité de la clientèle civile, d'où on voit qu'il existe un lien certain entre l'interchangeabilité des choses et des personnes, voire le glissement de l'une à l'autre.

Aux termes de ces quelques réflexions aventureuses, nous voudrions faire trois dernières observations. Premièrement, nous ne prétendons pas que toutes ces idées sont bonnes ni qu'elles adviendront ; le temps est prématuré pour les certitudes, d'autant que notre univers mental a été tellement façonné que beaucoup prendront de prime abord certaines des idées avancées comme des régressions de la liberté (mais de quelle liberté s'agit-il ?). Deuxièmement, si notre propos demeure technique et ne se situe pas sur le terrain politique, il est certain qu'il s'appuie sur la conviction que notre monde est en danger et que les solutions technicistes ou de conciliation molle sont illusoire ; j'admets donc par avance que cette esquisse ne sera pas prise au sérieux par tous. Troisièmement, ces quelques pages ont un côté brouillon, superficiel, dispersé, parce qu'étudier le droit dans une perspective décroissante est l'œuvre d'une génération de juristes ; mais il faut bien commencer quelque part.

Clôtureons comme nous avons commencé, par une dernière citation :

⁹¹ Voir notamment les travaux de Hartmut Rosa et de Sigmund Bauman : H. ROSA, *Accélération et aliénation Vers une théorie critique de la modernité tardive*, La Découverte, 2014 ; S. K., *La vie liquide*, Hachette, 2013.

« L'échange généralisé n'est plus le phénomène propre à une société donnée, il devient un contrat qui s'explique par la volonté des contractants »⁹².

⁹² M. MIALLE, *op. cit.*, p. 52.