



HAL
open science

La spécialisation du droit des obligations aux fins de protection

Victoire Lasbordes - de Virville

► To cite this version:

Victoire Lasbordes - de Virville. La spécialisation du droit des obligations aux fins de protection. Sciences de l'Homme et Société. Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines (UVSQ), France, 2020. <tel-04256547>

HAL Id: tel-04256547

<https://hal.science/tel-04256547v1>

Submitted on 24 Oct 2023

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.



HAL Authorization

**MEMOIRE D’HABILITATION A DIRIGER LES RECHERCHES
Spécialité Droit**

**présenté par Madame Victoire Lasbordes – de Virville
Maître de conférences en droit privé, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines
(Paris-Saclay)**

La spécialisation du droit des obligations aux fins de protection

Date : 29 juin 2020

Jury :

Mme Carole Aubert de Vincelles, professeur à l’Université de Cergy-Pontoise.

Mme Sarah Bros, Rapporteur, professeur à l’Université de Paris Dauphine, PSL.

M. Olivier Gout, Rapporteur, professeur à l’Université Jean Moulin-Lyon III.

M. Antoine Hontebeyrie, Rapporteur, professeur à l’Université d’Evry, Paris-Saclay.

Mme Natacha Sauphanor-Brouillaud, professeur à l’université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris-Saclay), Directrice.

L'Université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses et les mémoires. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introduction..... | 4 |
| I/ La spécialisation du droit des obligations dans un but de protection : analyse pluridisciplinaire..... | 7 |
| Travaux pertinents | 7 |
| § 1. L'aménagement du droit commun par le juge aux fins de protection | 8 |
| A - L'instrumentalisation du droit commun dans l'intérêt du contractant..... | 8 |
| 1°/ Le juge et le déséquilibre du prix | 9 |
| 2°/ Le juge et le déséquilibre des clauses..... | 11 |
| B. Allègement des conditions de l'indemnisation dans l'intérêt de la victime d'un dommage corporel | 14 |
| 1°/ Une conception extensive de l'obligation à la dette de réparation..... | 14 |
| 2°/ Une preuve du lien de causalité facilitée | 15 |
| § 2. La mise à l'écart du droit commun par le législateur aux fins de protection | 17 |
| A. Spécialisation et protection de la victime d'un dommage corporel..... | 17 |
| 1°/ Spécificité des conditions de l'indemnisation..... | 18 |
| 2°/ Spécificité de la procédure d'indemnisation..... | 21 |
| B. Spécialisation et protection du contractant..... | 23 |
| 1°/ Le traitement légal du déséquilibre entre la valeur des prestations..... | 23 |
| 2°/ Le traitement légal du déséquilibre entre les droits et obligations..... | 25 |
| II. Les incidences de la spécialisation du droit des obligations dans un but de protection : analyse prospective..... | 30 |
| Travaux pertinents | 30 |
| § 1. La réception de la règle spéciale par ses destinataires | 31 |
| A - L'option permise..... | 32 |
| 1°/ Liberté d'option et indemnisation de la victime | 33 |
| 2°/ Liberté d'option et protection du créancier..... | 35 |
| B. L'option discutée..... | 36 |
| 1°/ L'exclusivisme de la règle spéciale..... | 36 |
| 2°/ Le cumul de la règle spéciale et de la règle générale | 37 |
| § 2. La réception de la règle spéciale par le législateur | 39 |
| A. L'enrichissement du droit commun | 39 |
| 1°/ L'enrichissement par inspiration du droit spécial | 40 |
| 2°/ L'enrichissement par dilution du droit spécial..... | 42 |
| B. Le renforcement de la spécialisation | 45 |
| 1°/ Spécialisation à raison de l'objet du contrat | 45 |
| 2°/ Spécialisation à raison de la nature du dommage | 47 |
| Conclusion | 52 |
| BIBLIOGRAPHIE | 54 |
| LISTE DES TRAVAUX ANNEXES | 57 |

INTRODUCTION

La protection du contractant n'a pas été au cœur des préoccupations des rédacteurs du Code civil plus attachés à la philosophie libérale et à l'autonomie de la volonté qu'à une préoccupation de justice. Le droit commun des contrats, entendu comme « ce qui s'applique à toutes les espèces d'un genre » par opposition au droit spécial « propre à une espèce d'acte ou de fait »¹, n'offrait que très peu d'occasions à un contractant de contester le déséquilibre du contrat. Une inéquivalence entre la valeur des prestations n'était sanctionnée qu'en présence d'un prix vil ou dérisoire et dans les cas, limités, où une lésion pouvait être corrigée. Quant au déséquilibre des clauses, le Code civil y était indifférent à l'exception de quelques dispositions réputant, ponctuellement, certaines clauses non-écrites². La protection du contractant victime d'un déséquilibre restait donc très marginale. La protection de la victime d'un dommage, en particulier d'un dommage corporel, ne faisait pas davantage l'objet d'un traitement particulier. L'action en réparation du dommage était le plus souvent subordonnée à la preuve d'une faute de l'auteur du délit ou du quasi-délit à moins d'invoquer un des cas limitatifs de responsabilité du fait d'autrui ou encore, la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'un animal³. C'est au juge et à des législations spéciales, adoptées dès la fin du XIXème siècle au profit des victimes d'un accident du travail puis, dans la seconde moitié du XXème siècle avec l'essor du droit de la consommation, que l'on doit l'émergence de règles particulières protectrices des intérêts de la partie faible comme de la victime atteinte dans son intégrité corporelle. En réponse à l'insuffisance du droit commun des contrats et de la responsabilité civile, le droit des obligations s'est spécialisé.

Cette spécialisation doit beaucoup au juge qui en a été, dans une certaine mesure, l'instigateur. De plus en plus sensible à une exigence de justice contractuelle, le juge a instrumentalisé le droit commun des contrats à fin de protection du contractant victime d'un déséquilibre à raison d'une inéquivalence entre la valeur des prestations ou de la présence de clauses très désavantageuses ou, au contraire, très favorables à l'autre partie. Des lois spéciales ont ensuite relayé l'œuvre de la jurisprudence. Notre étude consacrée aux « contrats déséquilibrés », publiée en 2000, a ainsi conduit à un constat mitigé, celui d'un traitement légal du déséquilibre contractuel mais d'un traitement spécial, réservé à certains contrats en raison de la qualité des parties et présentant, de ce fait, un caractère exceptionnel.

Il faudra attendre l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 pour que cette exigence de justice contractuelle trouve une place au sein du Code civil à travers un certain nombre de dispositions nouvelles (parmi lesquelles, les articles 1143, 1170, 1171 et 1195 du Code civil) illustrant l'influence des droits spéciaux sur le droit commun. Le droit de la consommation en particulier a été une incontestable source d'inspiration. Son esprit avait déjà inspiré le juge pour mettre en place une protection contre les clauses abusives dans les contrats entre professionnels. Sa lettre a inspiré le législateur, d'abord dans le Code de commerce où la sanction du

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, éd. PUF, V° « Commun et spécial ».

² C. civ., art. 1844-1, al. 2 (clauses léonines) ; C. civ., art. 1792-5 issu d'une loi du 4 janv. 1978 ; art. 4 de la loi du 6 juill. 1989 relative aux rapports locatifs ; C. com., art. L. 145-15 substituant, depuis la loi ALUR du 18 juin 2014, le réputé non écrit à la nullité de la clause faisant échec au droit au renouvellement du bail commercial à l'échéance,

³ V., S. Porchy-Simon, « Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporel », *Gaz. Pal.* 2011, 9 avril, p. 9.

« déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » se niche depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 au sein de droit des pratiques restrictives de concurrence, ensuite, dans le Code civil où l'article 1171 emprunte le critère de la clause abusive et l'article 1190, la règle d'interprétation *in favorem*.

Après avoir identifié le traitement spécial réservé au déséquilibre contractuel dans un but de protection, nos travaux postérieurs ainsi que certains enseignements dispensés nous ont permis d'envisager d'autres manifestations de ce phénomène de spécialisation du droit dans un but de protection.

La spécialisation du droit des obligations s'est ainsi réalisée à la faveur de la victime d'un dommage corporel⁴. Le droit de la responsabilité civile doit sa physionomie actuelle à l'œuvre conjuguée du juge et du législateur qui promeut la fonction indemnitaire de la responsabilité dans l'intérêt de la victime atteinte dans son intégrité corporelle à raison d'un accident, de la prise d'un médicament, d'une vaccination, de l'exposition à une substance nocive ou toxique ... A cet égard, le constat est similaire qui tient dans l'adoption de lois spéciales dérogeant au droit commun de la responsabilité afin de ne pas laisser la victime, confrontée à des obstacles probatoires, sans indemnisation. Ces régimes spéciaux varient, d'ailleurs, en intensité selon qu'ils facilitent les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur du dommage ou qu'ils se détachent de la logique de responsabilité pour adopter une logique d'indemnisation. Les régimes spéciaux de responsabilité (accidents de circulation, produits défectueux) coexistent ainsi avec des régimes spéciaux d'indemnisation dont le nombre augmente à mesure que le législateur répond à un drame humain (terrorisme, violences) ou sanitaire (sang contaminé, amiante, médiateur, dépakine ...) causé à un nombre important de victimes. La solidarité nationale se substitue dans un premier temps au responsable pour indemniser la victime à l'issue d'une procédure le plus souvent déjudiciarisée. Si elle privilégie les victimes de dommages corporels, la solidarité nationale peut être mobilisée dans des circonstances exceptionnelles afin d'indemniser, à titre subsidiaire ou principal, les victimes de dommages matériels causés par des catastrophes technologiques (telle l'explosion de l'usine AZF à Toulouse en 2001) ou des risques miniers⁵. L'intervention d'un fonds y est toutefois subsidiaire et plafonnée dans son montant⁶. Tout récemment, l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 a créé un « fonds de solidarité » à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 sur le territoire national. Ce fonds, financé par l'Etat, alloue des aides financières aux personnes physiques ou morales⁷ résidentes fiscales françaises ayant fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public ou ayant subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 50% entre le 1^{er} et le 31 mars 2020⁸.

Des travaux récents, nourris par le vent de réformes qui souffle sur le droit français des contrats et de la responsabilité, nous ont conduit à envisager la spécialisation du droit des obligations sous un angle prospectif. Les réformes annoncées, d'origine interne et européenne, invitent à mener une réflexion sur la réception de la règle spéciale par ses destinataires naturels et par le législateur. A l'égard des premiers, une question centrale réside dans la liberté des

⁴ En 1990 paraît aux éditions Dalloz, dans la collection précis, la première édition de l'ouvrage « Droit du dommage corporel – Systèmes d'indemnisation » de Madame le professeur Lambert-Faivre.

⁵ Loi n° 2003-699 du 30 juill. 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. C. assur., art. L. 421-16 et L. 421-17.

⁶ Bien que dérogeatoire au droit commun de la responsabilité civile, l'indemnisation des victimes de dommages corporels par des fonds, d'indemnisation ou de garantie, est soumise par les textes qui l'instituent au principe de réparation intégrale.

⁷ D'un effectif inférieur ou égal à 10 salariés.

⁸ Décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 modifié par le décret n° 2020-394 du 2 avril 2020.

destinataires de la règle spéciale de s'y soumettre ou à l'inverse, de lui préférer la règle générale. A l'égard du législateur, il sera intéressant de mesurer les incidences de cette spécialisation. Si le droit commun s'est incontestablement enrichi en empruntant aux droits spéciaux des techniques et en partageant certaines de ses préoccupations, qu'en est-il en retour ? Les législations spéciales ont-elles nécessairement vocation à perdre leur particularisme par leur réception dans le droit commun ou vont-elles perdurer voire se renforcer ?

Dans le cadre de ce mémoire de synthèse nous nous efforcerons d'exposer la genèse et les modalités de la spécialisation du droit des obligations aux fins de protection (I) avant d'en analyser les incidences auxquelles la récente réforme du droit des contrats ainsi que celles à venir, qu'il s'agisse de l'avant-projet de loi réformant le droit de la responsabilité civile, des avant-projets de réforme du droit des sûretés et du droit des contrats spéciaux présentés par l'association Capitant ainsi que des ordonnances de transposition des directives européennes relatives aux garanties dans la vente et le contrat de fourniture de contenu numérique, offrent un écho particulier (II).

I/ LA SPECIALISATION DU DROIT DES OBLIGATIONS DANS UN BUT DE PROTECTION : ANALYSE PLURIDISCIPLINAIRE.

Travaux pertinents

- « **Les contrats déséquilibrés** », Presses universitaires d'Aix-Marseille 2000.
- « **Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraires** », D. 2001, chron., pp. 1893 à 1898.
- « **Le point sur les clauses limitatives de réparation en droit des contrats** », RLDC 2011/82, pp. 7 à 13.
- « **Une autre façon de rééquilibrer les contrats de syndic de copropriété : le contrat type issu du décret du 26 mars 2015 d'application de la loi ALUR du 24 mars 2014** », Rev. trim. de droit immobilier 2015, n° 4, pp. 5 à 10.
- « **L'indemnisation des victimes d'infractions pénales** » *in* Lamy Droit de la responsabilité, sous la direction de scientifique de D. Mazeaud, Ph. Brun et Ph. Pierre, collection Lamy Droit civil (études mises à jour de 2002 à 2016). Les conditions de l'indemnisation, étude n° 378, n° 378-1 à 378-115, pp. 1 à 40 ; La procédure d'indemnisation, étude n° 381, n° 381-1 à 381-130, pp. 1 à 24.
- « **Les préjudices indemnisables par le FGTI (*fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions*) au titre de la solidarité nationale : exclusion partielle des accidents du travail** », RLDC 2004/8, pp. 17 à 23.
- « **Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions (à propos du nouvel article 706-5-1 du Code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004)** », RLDC 2007/37, pp. 63 à 74.
- « **La preuve par présomptions dans le contentieux du Médiateur** », note sous CA Versailles, 3^{ème} ch. 14 avril 2016, Contribution au BACAV (Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Versailles, publication sur le site intranet de la Cour d'appel), novembre 2016, pp. 18 à 21.
- « **Distilbène : contribution à la dette de réparation à proportion de la part de marché** », note sous CA Versailles, 3^{ème} ch., 30 juin 2016, LPA 5-6 juin 2017, n° 111-112, pp. 18 à 22.
- « **Quelle indemnisation pour les victimes des formes contemporaines d'esclavage ?** », *in*, Les formes d'esclavage aux XXe-XXIe siècles, un phénomène (re)saisi par le droit, Cah. just. 2020, n° 2.

Au commencement de la recherche portant sur « **Les contrats déséquilibrés** », les études relatives au déséquilibre contractuel et à son traitement par le droit étaient peu

nombreuses. Elles s'intéressaient à la lésion ou à l'imprévision, cantonnant l'appréhension du déséquilibre à une inéquivalence entre la valeur des prestations au jour de la conclusion du contrat ou lors de son exécution en raison d'un bouleversement des circonstances économiques ou de l'abus, par l'un des contractants, d'un pouvoir unilatéral, celui de fixer le prix dans les contrats cadre de distribution commerciale et le contrat d'entreprise. Ce relatif désintérêt doctrinal répondait à l'indifférence du Code civil à l'égard du déséquilibre contractuel exprimée à l'ancien article 1118 du Code civil. Reposant sur un postulat libéral en vertu duquel chaque sujet de droit est présumé capable de défendre ses intérêts, le Code civil de 1804 n'offrait au juge que peu d'instruments au service de la justice contractuelle. Conscient de l'inadaptation de ce postulat libéral à l'évolution des relations contractuelles, le juge s'est alors employé à corriger les conséquences de l'inégalité des parties en sollicitant des règles du droit commun telle la cause ou la bonne foi. C'est aussi en raison de l'inadaptation du droit commun de la responsabilité civile à la réparation de certains dommages, en particulier ceux causés par des produits de santé, que le juge a été conduit à adapter le droit commun dans l'intérêt des victimes atteintes dans leur intégrité corporelle. Les impératifs d'indemnisation et de justice contractuelle sous-tendent l'aménagement du droit commun par le juge aux fins de protection (§1). Parallèlement à l'œuvre du juge, des législations spéciales à finalité protectrice ont été adoptées en réponse à ces impératifs de justice et d'indemnisation. L'essor de droits et de régimes spéciaux conduisent à la mise à l'écart du droit commun aux fins de protection (§ 2).

§ 1. L'aménagement du droit commun par le juge aux fins de protection

Si la thèse de doctorat a été l'occasion de mettre en exergue le rôle essentiel du juge dans le traitement du déséquilibre contractuel par l'instrumentalisation du droit commun des contrats (A), d'autres recherches, nourries par des enseignements universitaires⁹ et un partenariat avec la Cour d'appel de Versailles¹⁰, nous ont conduit à envisager la situation des victimes d'un dommage corporel. A leur égard, la protection tient surtout aujourd'hui à des législations spéciales aménageant le droit commun de la responsabilité civile afin de garantir la réparation intégrale des préjudices. Pour autant, le rôle du juge n'est pas à négliger en particulier lorsqu'il s'est agi, dans l'intérêt de la victime d'un dommage corporel, d'alléger les conditions de l'indemnisation (B).

A - L'instrumentalisation du droit commun dans l'intérêt du contractant

Le Code civil de 1804 repose sur un postulat libéral en vertu duquel chaque sujet de droit est présumé capable de défendre ses intérêts de sorte que l'équilibre convenu s'impose aux parties comme au juge. Parce que ce postulat libéral a vécu et s'est révélé inadapté à l'évolution des relations contractuelles contemporaines, le juge est intervenu afin de concilier l'impératif de sécurité juridique avec une exigence de justice contractuelle de plus en plus présente en droit contemporain. Le juge a joué un rôle d'impulsion essentiel en

⁹ Un séminaire général relatif aux « Systèmes spéciaux d'indemnisation » dispensé en Master 2 Droit des biotechnologies à l'UVSQ ainsi qu'un séminaire plus spécifiquement consacré à « L'indemnisation des victimes d'infractions pénales » à destination des étudiants du Master 2 Droit pénal de l'entreprise.

¹⁰ Ce partenariat, signé en 2016, se concrétise notamment par un Bulletin bi-annuel des arrêts de la Cour d'appel de Versailles dont j'assume, avec Madame le professeur Natacha Sauphanor-Brouillaud, la direction scientifique. Les membres du laboratoire Dante (enseignants-chercheurs et doctorants) y analysent des décisions de la Cour d'appel dans des domaines en lien avec les axes du laboratoire de recherche. A cette occasion, j'ai pu m'intéresser au contentieux de la réparation des dommages causés par certains produits de santé comme le Médiateur et le Distilbène.

instrumentalisant différentes règles du Code civil à fin de protection. C'est un des constats au cœur de notre réflexion doctorale sur « Les contrats déséquilibrés ».

Un autre constat réside dans la dualité de nature du déséquilibre. Outre un déséquilibre économique entre la valeur des prestations, un contrat peut présenter un déséquilibre entre les droits et obligations des parties en raison de la présence d'une ou de plusieurs clauses désavantageuses pour un contractant ou à l'inverse, très favorables à l'autre. L'instrumentalisation du droit commun par le juge a profité à la victime d'un déséquilibre entre la valeur des prestations comme au contractant victime d'un déséquilibre des clauses.

1°/ Le juge et le déséquilibre du prix

L'aménagement du droit commun dans l'intérêt de la victime d'un prix excessif ou insuffisant s'est essentiellement manifesté à l'égard d'un déséquilibre existant dès l'échange des consentements. Tandis que le Code civil est traditionnellement¹¹ indifférent au déséquilibre entre le prix convenu par les parties et la valeur du bien vendu ou du service rendu en contrepartie, le juge a œuvré pour sanctionner des déséquilibres graves, caractérisés par un prix excessif ou insuffisant. Il l'a fait en l'absence de tout support législatif l'y autorisant comme nous avons eu l'occasion de l'analyser dans une étude consacrée à la révision judiciaire des honoraires de l'avocat. Cette étude a été entreprise à la suite d'une décision dans laquelle la Cour de cassation affirmait que l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 « ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu »¹². La solution nous avait conduit à rechercher l'enjeu lié à la conclusion de la convention d'honoraires dès lors que le juge pouvait en réviser le contenu en cas d'excès. En dépit de l'affirmation de ce pouvoir judiciaire de révision du contrat lésionnaire¹³, la conclusion d'une convention d'honoraires restait l'unique moyen pour l'avocat d'obtenir de son client le versement d'un honoraire complémentaire de résultat. L'enjeu est moindre aujourd'hui dans la mesure où la loi Macron du 6 août 2015 a rendu la convention d'honoraires obligatoire en toutes matières, sauf urgence ou force majeure. L'avocat et son client doivent conclure une convention d'honoraires qui devrait, selon nous, rester soumise à un contrôle judiciaire en cas de contestation du montant convenu. Le maintien de cette règle jurisprudentielle, dérogoratoire au principe de l'indifférence du déséquilibre lésionnaire qu'affirmait l'ancien article 1108 du Code civil, est pourtant discuté depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁴. L'article 1165 du Code civil sur la fixation du prix dans les contrats de prestation de services n'a pas consacré la révision judiciaire des honoraires et rémunérations. La question du maintien de la solution jurisprudentielle se pose. L'ordonnance révèle, il est vrai, un attachement à l'indifférence du déséquilibre entre la valeur des prestations dans les contrats à titre onéreux (C. civ., art. 1168 et 1169). Pour autant, pas plus qu'hier, cette indifférence ne devrait dissuader le juge de corriger

¹¹ Y compris après la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, v. sur ce point une étude récente démontrant l'accueil différent réservé par le législateur au déséquilibre contractuel selon qu'il s'agit d'un déséquilibre du prix, largement indifférent, ou d'un déséquilibre des clauses, désormais corrigé dans les contrats d'adhésion, V. Lasbordes - de Virville, « **Retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** », à paraître in, Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin, LGDJ 2020.

¹² V. Lasbordes, « **Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraires** », D. 2001, chron., pp. 1893 à 1898. V., Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 95-15799, *Crédimo*, Bull. civ. I n° 85.

¹³ Initialement appliqué aux mandataires et agents d'affaires puis étendu à de nombreuses professions libérales, experts comptables, commissaires aux comptes, architectes, généalogistes, agents immobiliers.

¹⁴ V. Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », RDC 2016, p. 373 ; J.-S. Borghetti, « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 », RDC hors série 2018, p. 25. *spéc.* n° 63 et s.

des déséquilibres excessifs¹⁵ incompatibles avec une exigence de justice contractuelle par ailleurs consacrée par la réforme, y compris par des textes susceptibles de s'appliquer au prix tel le nouvel article 1143 du Code civil.

S'agissant de la réaction du juge confronté au déséquilibre entre la valeur des prestations, le droit antérieur à la réforme de 2016 révèle une propension du juge à corriger un déséquilibre existant dès l'échange des consentements. Le déséquilibre survenu en cours d'exécution du contrat n'a cependant pas laissé le juge totalement indifférent.

D'abord, et en dépit de la non admission de la théorie de l'imprévision dans les contrats de droit privé, le juge a mobilisé l'exigence comportementale de bonne foi pour inciter les contractants à renégocier les termes d'un accord dont l'exécution, aux conditions initialement convenues, empêchait l'une des parties à faire face à la concurrence¹⁶. Une décision ultérieure a pu être lue¹⁷ comme généralisant le principe d'une obligation de renégocier le contrat devenu gravement déséquilibré au cours de son exécution¹⁸. Cette jurisprudence était restée isolée et un arrêt ultérieur avait, quant à lui, mobilisé l'ancien article 1131 du Code civil pour annuler un contrat lorsque les circonstances économiques (augmentation du coût des matières premières et des matériaux) avaient déséquilibré l'économie de l'accord, privant l'engagement du débiteur de toute « contrepartie réelle »¹⁹. Ce traitement finalement restrictif du déséquilibre financier survenu en cours d'exécution du contrat se trouvait, en pratique, atténué par la mise en place de mécanismes conventionnels de prévention du déséquilibre. Fréquentes, voire de style, dans les contrats de longue durée, les clauses de renégociation, d'adaptation, ou de *hardship* coexistent souvent avec des clauses d'indexation anticipant les risques des variations monétaires. L'étude du traitement conventionnel du déséquilibre contractuel nous a donné l'occasion de constater la faveur du juge à l'égard de la clause d'indexation par la substitution d'un indice licite à l'indice contractuel prohibé²⁰. La réforme du droit commun des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 officialise d'ailleurs ce sauvetage judiciaire de la clause d'indexation. L'article 1167 du Code civil dispose que « lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ».

C'est ensuite à propos du déséquilibre survenu en cours d'exécution du contrat, à la suite d'un abus de pouvoir de la part du créancier du prix, que le juge a œuvré dans l'intérêt du débiteur. A la suite d'une longue évolution, la Cour de cassation a cherché à concilier considérations économiques²¹ et impératifs juridiques en validant la clause de fixation unilatérale du prix dans les contrats de distribution commerciale et de location entretien de matériel téléphonique tout en réservant un contrôle *a posteriori* de l'abus²². L'abus dans la fixation du prix donne lieu à résiliation ou indemnisation. La première sanction entraîne la correction du déséquilibre par disparation du lien contractuel tandis que la seconde conduit à

¹⁵ V. D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir ? », in Mélanges en l'honneur de F. Collart-Dutilleul, Dalloz 2017, p. 529 ; Ch. Gjisbers, « La révision du prix », RDC 2017, p. 564, spéc. n° 5.

¹⁶ Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Huard*, Bull. civ. IV n° 338 ; JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. Mestre.

¹⁷ *Contra*, J. Ghestin, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2004, chron., p. 2239

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-15804, Bull. civ. I n° 86, D. 2004, p. 1754, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2004, p. 290 ; D. Houtcief, RLDC juin 2004, p. 5.

¹⁹ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, D. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud et p. 2485, note crit. Th. Génicon ; RDC 2011, p. 34, obs. E. Savaux.

²⁰ En raison de sa non-conformité aux exigences légales, CMF, art. L. 112-1.

²¹ V., C. Aubert de Vincelles, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », RDC 2015, p. 752, soulignant la nécessité pour la vie des affaires d'admettre une fixation unilatérale de la prestation y compris monétaire.

²² Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13688, n° 91-15999, n° 91-19653, et n° 91-15578, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », tome 2, 13^{ème} éd., Dalloz 2015, n° 152 à 155.

une révision judiciaire du prix par compensation entre, d'une part, la créance de dommages et intérêts et, d'autre part, le montant dû par le débiteur. Si le prix du contrat se trouve effectivement indirectement révisé, nous avons démontré que ce n'est pas tant le prix excessif que l'abus d'un pouvoir unilatéral qui se trouve en réalité sanctionné²³. Le déséquilibre contractuel ne tient pas ici à la présence de cette clause « de pouvoirs ». C'est l'abus de ce pouvoir unilatéral qui, révélant le déséquilibre, expose son auteur à des sanctions. L'hypothèse est différente de celle dans laquelle la seule présence de la clause constitue le déséquilibre. Comme l'inéquivalence entre la valeur des prestations, le déséquilibre des clauses n'a pas laissé le juge indifférent.

2°/ Le juge et le déséquilibre des clauses

L'instrumentalisation du droit commun des contrats a permis au juge de corriger un déséquilibre entre les droits et obligations au détriment de contractants non éligibles au bénéfice du droit de la consommation faute d'être qualifiés de consommateurs et d'avoir contracté avec un professionnel. Le juge a ainsi mobilisé la notion de cause comme l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat.

La mobilisation de l'ancien article 1131 du Code civil a d'abord servi de fondement à la neutralisation de clauses des contrats d'assurance de responsabilité civile défavorables à l'assuré telle la clause de « réclamation de la victime », subordonnant la garantie de l'assureur à une demande formulée par la victime avant la date de résiliation du contrat²⁴, ou la clause limitant la durée de la garantie de l'assureur à une durée inférieure à celle de la responsabilité de l'assuré²⁵. Confronté à des clauses limitatives de responsabilité que le droit commun ne permettait pas, en l'absence de faute lourde ou dolosive du débiteur de l'obligation inexécutée, de neutraliser, le juge a de nouveau sollicité la notion de cause pour corriger le déséquilibre du contrat dans l'intérêt du créancier. L'arrêt *Chronopost* a été rendu en 1996²⁶, peu de temps après le début de nos recherches doctorales. Il a conforté à la fois un constat, celui du traitement judiciaire des déséquilibres contractuels incompatibles avec une exigence de justice contractuelle de plus en plus présente en droit positif et une intuition, celle du caractère inadapté de la nullité comme sanction du déséquilibre contractuel, qu'il affecte les clauses ou le prix²⁷.

²³ V. Lasbordes, « **Les contrats déséquilibrés** », PUAM 2000.

²⁴ V. par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1990, n° 88-12863, Bull. civ. I, n° 303, jugé que « la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en oeuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite » ; Dans le même sens, Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 2019, n° 18-12762. Cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 1^{ER} août 2003, v. C. des assur. , art. L. 124-5 al. 4.

²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n° 94-17061 et 94-20060, Bull. civ. I, n° 370, jugé « que le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que toute clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause, comme telle illicite et réputée non écrite ».

²⁶ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Chronopost*, Bull. civ. IV, n° 261, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », tome 2, 13 éd., Dalloz 2015, n° 157. Cassation pour violation de l'article 1131 du Code civil l'arrêt d'une cour d'appel ayant fait application de la clause contractuelle alors « qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite ».

²⁷ « **Les contrats déséquilibrés** », PUAM 2000, *spéc.* n° 639 et s. ; V. sur cette question, O. Gout, « Le juge et l'annulation du contrat », PUAM 1999.

Comme pour la notion de cause, le juge a ensuite mobilisé l'exigence de bonne foi de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil afin d'instaurer davantage de justice dans le contrat allant jusqu'à imposer des obligations nouvelles telle l'obligation pour l'employeur d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi²⁸. Au nom de cette exigence générale, le juge contrôle la mise en œuvre de certaines clauses contractuelles et sanctionne l'éventuelle déloyauté des parties²⁹. La mauvaise foi du créancier le prive du bénéfice de la clause résolutoire de plein droit, nonobstant le respect de ses conditions de mise en œuvre³⁰. C'est encore sur le fondement de l'exigence de bonne foi que le juge du fond a tenté de neutraliser une clause de garantie du passif invoquée par le cessionnaire par ailleurs dirigeant et principal actionnaire de la société cédée. La tentative s'est toutefois heurtée à la force obligatoire du contrat, l'exigence comportementale de bonne foi n'autorisant pas le juge « à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »³¹. L'instrumentalisation du droit commun des contrats connaît donc des limites que le juge ne saurait franchir au risque de porter une atteinte trop importante à la force obligatoire du contrat.

Au-delà du constat -remarquable à la fin des années 90- de l'immixtion du juge dans le contrat, la jurisprudence *Chronopost* et ses prolongements³² invite à réfléchir sur la sanction du déséquilibre. S'inspirant de la législation consumériste sur les clauses abusives³³, le juge répute la clause non-écrite de sorte que le contrat continue à s'exécuter entre les parties « amputé » de la clause à l'origine du déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Comme nous l'avions démontré à l'occasion de l'étude des contrats déséquilibrés, la nullité du contrat n'est pas la sanction la plus adaptée à la correction d'un déséquilibre contractuel et cela, pour deux raisons. D'abord, la nullité peut aller à l'encontre des intérêts du contractant victime d'un déséquilibre pour lequel le maintien du lien contractuel est essentiel, soit pour satisfaire un besoin personnel ou familial, soit pour l'exercice d'une activité professionnelle. Ensuite, la nullité du contrat implique une remise en l'état antérieur et des restitutions réciproques qui peuvent être à l'origine de grandes difficultés. Le contentieux de la nullité pour indétermination du prix dans les contrats de distribution commerciale en a livré une illustration bien connue

²⁸ Cass. soc., 25 fév. 1992, *Expovit*, n° 89-41634, Bull. civ. V, n° 122 ; Obligation aujourd'hui relayée par le législateur, C. trav., art. L. 6321-1, C. trav., art. L.1233-4 et L. 1226-2.

²⁹ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'honneur de F. Terré, Dalloz, PUF, Litec 1999, p. 603.

³⁰ Y. Picod, « La clause résolutoire et la règle morale », JCP 1990, I, 3447. *V.*, Cass. civ. 1^{ère}, 8 sept. 2016, n° 13-28063, LEDC 01/10/2016, p. 3, obs. G. Guerlin. Bien que non consacrée par l'article 1225 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016, cette jurisprudence a vocation à être reconduite.

³¹ Cass. com., 10 juill. 2007, *Les Maréchaux*, n° 06-14768, Bull. civ. IV n° 188, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », tome 2, 13 éd., Dalloz 2015, n° 164. Cette jurisprudence a été réaffirmée depuis, *v.*, Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19923, Bull. civ. III, n° 275 ; Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-26635 : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ; qu'une clause de déchéance de garantie de passif prévoit l'extinction de la créance si le cessionnaire n'informe pas le cédant dans les délais contractuellement prévus, de sorte qu'elle ne constitue pas une prérogative contractuelle ».

³² V. Lasbordes - de Virville, « **Le point sur les clauses limitatives de réparation en droit des contrats** », RLDC 2011/82, n° 4224.

³³ L'article L. 241-1 du Code de la consommation dispose que « les clauses abusives sont réputées non écrites. Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses ». Le législateur français a fait le choix du réputé non-écrit pour transposer la sanction du « non contraignant » de l'article 6.1 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993. Selon ce texte, « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

jusqu'à ce que la Cour de cassation renonce à l'application de l'ancien article 1129 du Code civil au profit d'un contrôle, *a posteriori*, de l'abus dans la fixation unilatérale du prix. L'abus y est sanctionné par la résiliation du contrat et/ou, des dommages et intérêts³⁴.

S'agissant plus spécifiquement de la sanction du déséquilibre entre les droits et obligations des parties, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont préféré à la disparition du contrat son maintien avec effacement de la clause à l'origine du déséquilibre. L'article 1170 du Code civil répute non écrite la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur tandis que l'article 1171 réserve le même sort à la clause d'un contrat d'adhésion créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Si les nouveaux textes demeurent silencieux quant au régime du réputé non écrit, les décisions rendues en application de la législation spéciale apportent d'utiles précisions. Le juge semble privilégier l'autonomie du réputé non écrit et n'assimile donc pas la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses d'un contrat de consommation à une demande en nullité qui serait soumise à la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil. Saisis d'un contentieux relatif à des prêts d'argent remboursable en francs suisses, les juges du fond ont ainsi écarté la fin de non-recevoir opposée par le prêteur, retenant, à bon droit selon la Cour de cassation, que « la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale »³⁵. Si l'on prend en considération le fait que le critère d'appréciation du déséquilibre significatif, comme la délimitation de son objet, sont empruntés par le droit commun au droit spécial de la consommation, il est probable que le juge saisi en application des articles 1170 et 1171 du Code civil s'inspirera des solutions jurisprudentielles. N'étant pas une demande en nullité, le réputé non écrit retenu comme sanction par les textes du droit commun ne devrait pas se prescrire.

Notre réflexion doctorale, prolongée par des études ultérieures, nous a ainsi conduit à observer l'attitude du juge en présence d'un déséquilibre contractuel. De l'observation est résulté un constat, celui de la sensibilisation croissante du juge à une exigence de justice de plus en plus présente en droit positif. L'analyse a ainsi mis en évidence l'instrumentalisation dont le droit commun des contrats a fait l'objet pour répondre à cet objectif de protection³⁶ et le rôle essentiel du juge dans l'amarce d'évolutions dont la plupart ont reçu une consécration légale à l'occasion de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016³⁷. Le juge a également œuvré dans l'intérêt des victimes d'un dommage corporel. C'est pour satisfaire la fonction indemnitaire de la responsabilité civile que les conditions de l'indemnisation ont été allégées.

³⁴ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13688, n° 91-15999, n° 91-19653, et n° 91-15578, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile », *préc.*, n° 152 à 155.

³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169. La solution illustre la thèse de Mme Sophie Gaudemet, « La clause réputée non écrite », *préf.* Y. Lequette, *Economica* 2006, selon laquelle le réputé non écrit se distingue de la nullité en ce qu'il n'est pas prononcé mais, constaté par le juge car il intervient de plein droit. Le législateur conforte cette différence de nature puisque la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 substitue la sanction du réputé non écrit à la nullité des clauses du bail commercial faisant obstacle au droit au renouvellement du contrat à l'échéance (C. de com., art. L. 145-15). Des auteurs voient au contraire dans le réputé non écrit une forme de nullité partielle en conséquence soumise à la prescription quinquennale, *v.*, H. Barbier *RTD civ.* 2019, p. 334, *obs. sous.* Cass. com., 13 mars 2019, n° 17-23169.

³⁶ Au prix, parfois, d'un rappel à l'ordre des juridictions du fond, *v.* Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14768, cassation pour violation de l'ancien article 1134 du Code civil de l'arrêt ayant neutralisé la clause de garantie du passif invoqué par le cessionnaire au motif, selon la chambre commerciale, que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

³⁷ *V. infra*, 2^{de} partie.

B. Allègement des conditions de l'indemnisation dans l'intérêt de la victime d'un dommage corporel

Si les premières manifestations du phénomène sont anciennes³⁸, l'allègement des conditions de l'indemnisation a connu un nouvel essor avec le contentieux des produits de santé en particulier lorsque la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1245 et suivants du Code civil ne peut être invoquée par la victime. La loi du 19 mai 1998, transposant dans le Code civil la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, s'applique en effet à des produits mis en circulation avant le 23 mai 1998 ce qui n'est pas le cas du Distilbène³⁹.

Pour ne pas priver la victime exposée *in utero* au DES⁴⁰ d'une action en indemnisation (menacée par l'impossibilité de prouver lequel des deux médicaments a été ingéré par la mère), le juge privilégie une conception extensive de l'obligation à la dette de réparation. Le contentieux du Médiateur, bien que soumis aux articles 1245 et suivants du Code civil, n'échappe pas à toutes les exigences du droit commun de la responsabilité, en particulier celle de la preuve du lien de causalité. Cette preuve est toutefois facilitée par le juge.

1°/ Une conception extensive de l'obligation à la dette de réparation

Dans le contentieux du DES, le juge prend en compte les difficultés que rencontrent les victimes recherchant la responsabilité civile⁴¹ d'un des laboratoires ayant commercialisé cette hormone de synthèse prescrite jusqu'à la fin des années 70 aux femmes enceintes pour éviter les risques de fausse couche. Un arrêt rendu le 30 avril 2016 par la Cour d'appel de Versailles, commenté dans le cadre du partenariat entre l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines et la Cour d'appel, nous a donné l'occasion d'identifier les obstacles probatoires à l'indemnisation et la façon dont le juge permet aux victimes de les surmonter⁴². A défaut de détenir les ordonnances de prescription ou le dossier médical de sa mère, la victime n'est pas en mesure d'identifier le médicament absorbé et par conséquent, le laboratoire dont la responsabilité peut être recherchée. Aussi, et sous réserve pour la victime de prouver l'exposition au DES *in utero* et l'imputabilité directe du dommage au produit, la Cour de cassation oblige à réparation les deux laboratoires à charge, pour chacun d'eux, de renverser cette présomption en prouvant que leur produit n'est pas à l'origine du dommage⁴³. L'apport de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles à la recherche de la responsabilité civile des laboratoires ayant commercialisé le médicament est double. Il tient, d'abord, dans la réaffirmation de cette conception extensive de l'obligation à la dette de réparation lorsque le produit a été la cause directe de la pathologie de la victime. Et dans ce cas, la Cour de cassation améliore encore la situation de la victime en la dispensant de la preuve de l'absorption du

³⁸ Qu'il s'agisse de l'essor des responsabilités de plein droit depuis les arrêts *Teffaine* (1896) et *Jand'heur* (1930), de l'objectivation de la faute détachée depuis 1984 de la capacité de l'auteur à discerner les conséquences de son acte ou encore des présomptions de causalité découvertes par le juge pour faciliter l'indemnisation de la victime en contact avec une chose en mouvement au moment du dommage ...

³⁹ Médicament produit par le laboratoire UCB Pharma, prescrit jusqu'en 1977 aux femmes enceintes pour limiter le risque de fausse couche.

⁴⁰ Molécule entrant dans la fabrication du Distilbène ainsi que du Stilboestrol Borne, produit par le laboratoire Novartis.

⁴¹ Pour manquement à leur obligation de vigilance, nonobstant les autorisations de mise sur le marché délivrées par les pouvoirs publics, Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-16179.

⁴² V. Lasbordes - de Virville, note sous CA Versailles, 3^{ème} ch., 30 juin 2016, RG n° 14/04397, « **Distilbène : contribution à la dette de réparation à proportion de la part de marché** », LPA 2017, n° 111-112, pp. 18 à 22. Voy dans ce sens, art. 1240 al. 2 d'el'avant projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile.

⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-16305.

médicament c'est à dire, de l'exposition⁴⁴. Cette jurisprudence favorable à la victime pourrait être consacrée et généralisée aux différentes hypothèses de causalité alternative. L'article 1240 de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 dispose, en effet, que « lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé ».

L'autre apport de l'arrêt tient, ensuite, dans l'affirmation d'une solution plus innovante. Si les deux laboratoires contribuent à la dette de réparation, c'est à proportion de leur part de marché respective indépendamment de l'identité des fautes commises. La règle de répartition s'avère très favorable au laboratoire Novartis détenteur d'une part de marché bien moindre que celle d'UCB Pharma, en situation de quasi-monopole. Ainsi, les juges Versaillais comme le tribunal de grande instance de Nanterre fixent la contribution d'UCB Pharma à hauteur de 95 % des sommes allouées à la victime et celle de la société Novartis, à hauteur de 5%.

La prise en compte de la part de marché comme critère de répartition de la charge financière de l'indemnisation, d'ailleurs retenue par l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile⁴⁵, pourrait atténuer les incidences pour les laboratoires de décisions récentes favorables aux victimes de produits de santé. Dans le cas où l'imputabilité de la pathologie de victime à la molécule n'est pas certaine et exclusive, les solutions initiées en 2009 (présomption d'imputabilité et présomption d'exposition) n'ont en principe pas vocation à s'appliquer. La victime doit alors prouver l'exposition comme l'imputabilité du dommage à cette exposition pour rechercher la responsabilité d'un des laboratoires producteurs. Récemment, la Cour de cassation a facilité cette action en admettant la preuve par des présomptions graves, précises et concordantes tant de l'exposition *in utero* à la molécule que du lien causal entre le dommage et l'exposition et cela, « sans qu'il puisse être exigé que les pathologies aient été exclusivement causées par cette exposition »⁴⁶. La différence avec les arrêts de 2009 tient à ce que l'incertitude ne porte plus seulement sur l'imputation du dommage à l'exposition et sur la détermination du laboratoire mais également, sur la causalité entre la pathologie et l'exposition. La Cour de cassation s'orienterait vers l'affirmation d'une « une présomption de droit de l'imputabilité des troubles au DES »⁴⁷ susceptible de s'appliquer à d'autres produits de santé.

Au-delà de son application au contentieux du DES, le recours aux présomptions comme mode de preuve est fréquemment admis par le juge pour faciliter les conditions de l'indemnisation de la victime d'un produit de santé.

2°/ Une preuve du lien de causalité facilitée

Le contentieux de la réparation des dommages causés aux victimes du Médiateur, médicament contre le diabète produit par les laboratoires Servier, illustre l'allègement par le juge des conditions de l'indemnisation dans l'intérêt de la victime d'un dommage corporel. Cet allègement tient à l'accueil réservé par le juge aux présomptions du fait de l'homme. Le contentieux des produits de santé constitue, en effet, un champ de recherche fécond en raison de la difficulté pour la victime de prouver le lien de causalité entre le dommage et la prise d'un

⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 18-10081.

⁴⁵ Art. 1240 al. 2 de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, « lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaires ».

⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2019 n° 18-10380, JCP 2019, I, 1173, *spéc.* n° 6 obs. Ph. Stoffel-Munck ; D. 2020, p. 44, obs. O. Gout.

⁴⁷ S. Hocquet-Berg, « L'affaire dite du Distillène, figure de proue de l'indemnisation des victimes de produits de santé ? », *Resp. civ. et assur.* 2019, étude 10, *spéc.* n° 8.

médicament. Cette difficulté concerne des personnes vaccinées contre l'hépatite B ayant ensuite développé une sclérose en plaques. Après avoir écarté la preuve par présomptions faute de certitude scientifique quant au lien entre la vaccination et la maladie, la Cour de cassation a finalement admis ce mode de preuve pourvu que les présomptions soient graves, précises et concordantes⁴⁸.

C'est également une difficulté probatoire que rencontrent les victimes du Médiator à l'occasion d'actions dirigées contre les laboratoires Servier en indemnisation des graves pathologies cardiaques imputées au médicament. La différence avec le contentieux de l'hépatite B tient toutefois à l'absence d'incertitude scientifique quant aux dangers du Médiator, lequel a fait l'objet d'un retrait du marché en 2009. Une contribution au Bulletin des arrêts de la cour d'appel de Versailles, fruit du partenariat entre le laboratoire Dante et la Cour d'appel, nous a fourni l'occasion de mesurer l'accueil réservé par les juges à la preuve par présomptions dans le contentieux du Médiator⁴⁹. Saisie sur recours par le laboratoire producteur, la Cour d'appel de Versailles a approuvé les juges du tribunal de grande instance de Nanterre d'avoir constaté, à partir d'un ensemble de faits graves, précis et concordants, le lien de causalité entre le médicament et le dommage. Les juges Versaillais confortent ainsi l'admission de la preuve par présomptions dans un contentieux où, il est vrai, les dangers du Benfluorex (molécule composant le Médiator) n'étaient pas contestés, le médicament ayant été suspendu du marché français avant son retrait définitif en 2009. La preuve par présomptions reçoit le même accueil favorable de la part du juge européen à propos de la responsabilité du producteur d'un vaccin défectueux. Saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle relative à la compatibilité de la jurisprudence française admettant la preuve par présomptions du lien de causalité entre le vaccin et la maladie en l'absence de certitude scientifique à l'article 4 de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985⁵⁰, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'article 4 de la directive ne s'opposait pas à un régime probatoire national en vertu duquel, le juge du fond peut considérer, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, que, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie⁵¹.

Outre la question des modalités de preuve du lien causal entre le défaut du produit et le dommage, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles s'illustre par l'accueil réservé à l'exonération du laboratoire pour risque de développement⁵². L'indemnisation de la victime est préservée par la neutralisation de cette cause d'exonération consistant, pour le producteur, à arguer de ce que l'état des connaissances techniques et scientifiques, au moment où le produit a été mis en circulation, ne lui permettait pas de déceler le défaut. Les juges du fond ont rejeté l'exonération pour risque de développement après avoir relevé que deux médicaments produits par le laboratoire et composés de la même molécule avaient été retirés du marché français en 1997 tandis que le Médiator (commercialisé sous un autre nom) avait été retiré des marchés suisses

⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-14962, n° 05-20317, n° 06-10967, n° 06-18848 ; JCP 2008, II, 10131, note L. Grynbaum ; RLDC 2008/52, n° 3102, note Ph. Brun et Ch. Quézel-Ambrunaz.

⁴⁹ V. Lasbordes - de Virville, « **La preuve par présomptions dans le contentieux du Médiator** », note sous CA Versailles, 3^{ème} ch. 14 avril 2016, Contribution au BACAV (Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Versailles, publication sur le site intranet de la Cour d'appel), novembre 2016, pp. 18 à 21.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 2015, n° 14-18118, D. 2015, p. 2602, note J.-S. Borghetti.

⁵¹ CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, W e.a. / Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Caisse Carpimko, JCP 2017, I, 908, G. Viney ; Resp. civ. et assur. 2017, étude 3, L. Bloch ; D. 2018, p. 41, obs. O. Gout ; RTD civ. 2017, p. 877, obs. P. Jourdain. Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2017, n° 14-18118, D. 2018, p. 42, obs. Ch. Quézel-Ambrunaz.

⁵² C. civ., art. 1245-10, 4°.

et espagnols à l'initiative du producteur en 1998 et en 2003. Sur recours contre l'arrêt de la Cour de Versailles, la première chambre civile adopte une solution favorable à la victime invitant à se placer, pour apprécier l'état des connaissances techniques et scientifiques, à la date de commercialisation du lot dont le produit absorbé par la victime faisait partie⁵³. On relèvera que l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile renforce la protection de la victime en écartant cette cause spéciale d'exonération à l'égard du producteur d'un « produit de santé à usage humain »⁵⁴. Cette perspective d'évolution législative conforte le constat d'une spécialisation du droit de la responsabilité civile aux fins de protection, ici, la spécialisation du contentieux des produits de santé au sein du contentieux des produits défectueux⁵⁵.

Ces travaux intéressant l'indemnisation des victimes de produits de santé illustrent les aménagements apportés par le juge aux conditions de l'indemnisation aux fins de protection de la victime (ou plutôt -des victimes- car il s'agit souvent d'un contentieux de masse) atteinte dans son intégrité corporelle. Parallèlement à l'œuvre du juge, des législations spéciales se sont développées pour réserver à certaines victimes, en raison du fait générateur du dommage ainsi qu'à certains contractants, en raison de leur situation de faiblesse psychologique ou économique, une protection que le droit commun des obligations ne permettait pas d'envisager.

§ 2. La mise à l'écart du droit commun par le législateur aux fins de protection

Le développement contemporain de lois et régimes spéciaux répond à une volonté du législateur de réserver un traitement particulier à certains sujets de droit. Initialement observée dans l'intérêt du contractant victime ou susceptible d'être victime d'un déséquilibre contractuel (B), la spécialisation de la législation a connu un important essor en droit de la responsabilité civile où elle garantit l'indemnisation de la victime d'un dommage corporel (A).

A. Spécialisation et protection de la victime d'un dommage corporel

La spécialisation du droit de la responsabilité civile présente des différences de degré allant d'un aménagement des conditions de la responsabilité (par le recours aux présomptions légales, de responsabilité et de causalité⁵⁶) caractéristique des régimes spéciaux de responsabilité jusqu'à l'adoption de régimes d'indemnisation qui s'émancipent du droit commun pour répondre à une préoccupation exclusivement indemnitaire. C'est ce dernier aspect qui a été au cœur de certaines de nos recherches depuis la rédaction de fascicules consacrés à « **l'indemnisation des victimes d'infractions pénales** » par le fonds

⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 sept. 2017, n° 16-19643, D. 2017, p. 2284, note G. Viney ; Contrats conc. consom. 2018, comm. n° 2, L. Leveneur.

⁵⁴ V., l'avant-projet d'article 1298-1.

⁵⁵ V., sur ce point l'analyse prospective de la 2^e partie sur le renforcement de la spécialisation du droit des obligations.

⁵⁶ Ainsi, la responsabilité de plein droit du conducteur et du gardien d'un véhicule terrestre à moteur (loi n° 85-677 du 5 juill. 1985), celle du producteur pour un défaut du produit mis en circulation (C. civ., art. 1245) ou encore, la responsabilité de plein droit des établissements de santé pour une infection nosocomiale (CSP, art. L. 1142-1, I, al. 2). Les présomptions légales de causalité existent mais se rencontrent essentiellement dans les régimes spéciaux d'indemnisation au profit des victimes contaminées par le virus du Sida dispensées de la preuve du lien causal entre la transfusion et la contamination (CSP, art. L. 3122-1 issu de la loi du 31 déc. 1991), au profit des victimes de l'amiante (loi n° 2000-1257 du 23 déc. 2000, art. 53 III al. 4) ou encore au profit des victimes d'essais nucléaires français (loi n° 2010-2 du 5 janv. 2010, art. 3).

d'indemnisation des victimes du terrorisme et d'autres infractions (le FGTI)⁵⁷. Cet appel à la solidarité nationale⁵⁸ exprime, dans l'intérêt des victimes, une politique de collectivisation des risques qu'accompagne la mise en place de règles dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile⁵⁹. La spécificité de ces régimes se mesure tant au regard des conditions de la réparation que de la procédure d'indemnisation, déjudiciarisée afin de garantir à la victime une indemnisation rapide du dommage subi.

1°/ Spécificité des conditions de l'indemnisation

La spécificité des conditions de l'indemnisation apparaît, d'une part, à l'examen des exigences relatives à la victime et d'autre part, au regard de la qualité du débiteur de l'indemnisation⁶⁰.

Les régimes spéciaux d'indemnisation présentent, de ce point de vue, un caractère discriminatoire puisqu'ils ne s'appliquent qu'à **certaines victimes** en raison de la gravité du dommage subi et/ou des conditions de sa survenance. L'étude du système spécial issu de la loi du 6 juillet 1990 (CPP, art. 706-3 et s.) a été l'occasion de le vérifier au bénéfice des victimes d'un dommage causé par l'élément matériel d'une infraction pénale. Ce dispositif spécial est, en effet, réservé aux victimes de dommages corporels les plus graves, ceux ayant entraîné le décès, une incapacité permanente (même partielle) ou une incapacité temporaire totale

⁵⁷ « **L'indemnisation des victimes d'infractions pénales** » in Lamy Droit de la responsabilité, collection Lamy Droit civil (études rédigées en 2002, ensuite mises à jour jusqu'en 2016).

Etude 378 : « **Les conditions de l'indemnisation** », n° 378-1 à 378-115, pp. 1 à 40.

Etude 381 : « **La procédure d'indemnisation** », n° 381-1 à 381-130, pp. 1 à 24.

⁵⁸ En raison du mode de financement des fonds qui repose sur une contribution directe des assurés ou sur une contribution de l'Etat. Le FGTI, fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions, est ainsi financé à titre principal par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens conclus en France.

⁵⁹ Les victimes d'un accident de la circulation sont les premières à en avoir bénéficié avec la création en 1951 du Fonds de garantie automobile (rebaptisé FGAOD, fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages par la loi du 1^{er} août 2003) indemnisant la victime lorsque le responsable est inconnu, qu'il n'est pas assuré ou que son assureur est insolvable (C. assur., art. L. 421-1 et s.).

La liste des victimes éligibles à un régime spécial d'indemnisation s'allonge à mesure que des lois circonstances sont adoptées à la suite d'une catastrophe humaine, sanitaire, technologique à laquelle le droit commun de la responsabilité civile n'est pas en mesure de répondre par l'indemnisation des victimes. Sont ainsi concernées :

- les victimes d'actes terroristes commis sur le territoire national (loi n° 86-1020 loi du 9 septembre 1986 créant le FGVAT, le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme, C. assur., art. L. 126-1 à 3 et art. L. 422-1 à L. 422-6).
- les victimes d'infractions pénales (loi n° 90-589 du 6 juill. 1990 étendant les compétences du FGVAT qui devient le fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions, - le FGTI-, v. CPP, art. 706-3 et s.)
- les victimes contaminées par le virus du Sida à la suite d'une transfusions (loi n° 91-1406 du 31 déc. 1991, CSP art. L. 3122-2)
- les victimes de l'amiante (loi n° 2000-1257 du 23 déc. 2000, art. 53 III)
- les victimes d'accidents médicaux non imputables à une faute médicale (c'est l'aléa thérapeutique), les victimes d'une infection nosocomiale en cas de dommage d'une certaine gravité (loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, CSP, art. L. 1142-1, II)
- les victimes de maladies résultant d'une exposition aux rayonnements des essais nucléaires français réalisés au Sahara et en Polynésie entre 1960 et 1998 (loi n° 2010-2 du 5 juill. 2010)
- les victimes du Médiator (loi n° 2011-900 du 29 juill. 2011, CSP, art. L. 1142-24-1 et s.)
- les victimes du valproate de sodium molécule présente dans la Dépakine (loi n° 2016-1917 du 29 déc. 2016, CSP, art. L. 1142-24-9 et s.)

⁶⁰ Il est à noter que le droit commun de la responsabilité civile n'est pas totalement écarté puisque la réparation peut être refusée ou réduite à raison de la faute de la victime (CPP, art. 706-3 dern. al.) et que cette faute de la victime directe est opposable à ses ayants droit, également admis au bénéfice de la solidarité nationale.

supérieure à un mois. Par exception toutefois, certaines victimes y sont éligibles indépendamment de la nature du dommage et de son seuil de gravité. Il s'agit des victimes d'infractions limitativement énumérées par l'article 706-3, 2° du Code de procédure pénale. Le texte envisage les faits de violences sexuelles (le viol et les agressions sexuelles⁶¹ ainsi que les atteintes sexuelles sur un mineur de 15 ans⁶²) et les atteintes à la liberté et à la dignité des personnes. A ce dernier titre, est visée la traite des êtres humains⁶³, la réduction en esclavage et l'exploitation de personnes réduites en esclavage⁶⁴, le travail forcé et la réduction en servitude⁶⁵ ainsi que le proxénétisme et les infractions qui en résultent⁶⁶. Dans une étude récente suivant une intervention lors de la journée d'étude sur « La mémoire du droit dans la lutte contre les formes d'esclavage » organisée à la Faculté de Droit de l'UVSQ - Paris-Saclay sous l'égide de l'Association française pour l'histoire de la justice, nous avons mis en évidence les perspectives d'indemnisation ouvertes par l'article 706-3 du Code de procédure pénale aux victimes de l'esclavage moderne. Leur indemnisation par le FGTI n'est en effet pas subordonnée à la preuve d'une atteinte corporelle atteignant un certain seuil de gravité⁶⁷ dès lors que le dommage a pour origine une des infractions de la liste légale. Les autres victimes en revanche, qui subissent une atteinte légère à la personne ou un dommage matériel, ne peuvent solliciter directement du Fonds la réparation de leurs préjudices. Toutefois, et pour atténuer la différence de traitement entre les victimes de violence, le législateur leur reconnaît un recours subsidiaire contre le fonds de garantie⁶⁸ sous réserve de remplir une condition de ressources⁶⁹.

Une autre différence de traitement entre les victimes d'un dommage corporel tient à la nationalité de la victime. L'indemnisation par le FGTI n'est certes pas réservée aux victimes de nationalité française mais pour ces dernières, le lieu de survenance du dommage est indifférent. Le dommage doit, au contraire, avoir eu lieu sur le territoire national lorsque la victime est de nationalité étrangère. Le système spécial d'indemnisation des victimes d'infractions pénales a récemment connu une évolution législative protectrice des victimes non ressortissantes de l'Union européenne. Jusqu'à la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, ces victimes devaient justifier d'un séjour régulier en France au jour des faits ou de la demande d'indemnisation. En supprimant cette condition, le législateur offre une perspective d'indemnisation aux victimes étrangères en particulier à celles entrées, souvent sous la contrainte, sur le territoire national où elles subissent ensuite des atteintes à leur liberté et à leur dignité constitutives d'une des infractions expressément énumérée à l'article 706-3, 2° du Code de procédure pénale (parmi lesquelles, la traite, la réduction en esclavage, le travail forcé, le proxénétisme)⁷⁰. Elles peuvent, désormais, prétendre à une indemnisation par la solidarité nationale alors qu'elles ne sont pas en séjour régulier sur le territoire national. Si la différence de traitement entre les victimes de

⁶¹ CP, art. 222-22 à 30.

⁶² CP, art. 227-25 à 227-2.

⁶³ CP, art. 225-4-1 à 225-4-5.

⁶⁴ CP, art. 224-1 A à 224-1 C.

⁶⁵ CP, art. 225-14-1 à 225-14-2.

⁶⁶ CP, art. 225-5 à 10.

⁶⁷ V. Lasbordes - de Virville, « **Quelle indemnisation pour les victimes des formes contemporaines d'esclavage ?** », in, *Les formes d'esclavage aux XXe-XXIe siècles, un phénomène (re)saisi par le droit*, à paraître, Cah. just. 2020, n° 2.

⁶⁸ Contraignant la victime à justifier d'avoir recherché une indemnisation en application du droit commun de la responsabilité civile auprès de l'auteur du dommage ou du civilement responsable.

⁶⁹ Le FGTI intervient alors en application des articles 706-14 et 706-14-1 et l'indemnisation sera cette plafonnée dans son montant par dérogation au principe de réparation intégrale.

⁷⁰ L'évolution législative profitera notamment aux victimes des formes contemporaines d'esclavage comme la traite des êtres humains, v., V. Lasbordes - de Virville, « **Quelle indemnisation pour les victimes des formes contemporaines d'esclavage ?** », *préc. supra*.

nationalité française et étrangère est désormais atténuée⁷¹, une autre demeure bien que ses conséquences soient à relativiser. Elle tient à l'existence d'autres régimes spéciaux d'indemnisation que le Code de procédure pénale envisage comme cause d'exclusion du bénéfice de l'article 706-3⁷². Une évolution jurisprudentielle nous a conduit à constater que ces exclusions légales ne présentaient pas un caractère limitatif. Les victimes d'un dommage corporel grave, tel que l'entend l'article 706-3 du Code de procédure pénale⁷³, consécutif à un accident du travail en sont exclues par le juge. Revenant sur sa jurisprudence, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a en effet jugé que « les dispositions légales d'ordre public sur la réparation des accidents du travail excluent les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions »⁷⁴. Les victimes d'un accident du travail ne peuvent, en conséquence, se tourner vers ce régime spécial pour compléter l'indemnisation forfaitaire versée par la sécurité sociale à moins que le dommage corporel grave ait pour origine l'élément matériel d'une infraction « imputable à un personne autre que l'employeur ou ses préposés »⁷⁵. A l'occasion d'une synthèse des différentes décisions rendues à ce propos, nous avons avancé deux raisons à l'exclusion des victimes d'accident du travail⁷⁶. L'une économique, l'autre politique.

C'est d'abord l'équilibre financier de l'organisme payeur qui explique le revirement de jurisprudence opéré en 2003 à l'endroit des victimes d'un accident du travail. Le fonds, subrogé dans les droits du salarié, se voit privé de toute action contre l'employeur ou ses préposés en application des dispositions du Code de la sécurité sociale⁷⁷. Il assume donc la charge définitive de cette réparation complémentaire. Au-delà de l'aspect financier, ces décisions peuvent ensuite être lues comme une incitation à réformer un système de réparation des accidents et maladies professionnels considéré comme obsolète et injuste. Elles soulignent l'attractivité exercée par ces régimes spéciaux où l'indemnité est versée par un fonds c'est-à-dire, par un autre que l'auteur du dommage.

L'autre spécificité de l'indemnisation des victimes d'infractions pénales tient dans la **personne du débiteur de l'indemnité**. En droit commun, l'indemnisation est versée par l'auteur du dommage ou par le civilement responsable tenu de réparer les dommages causés par le fait d'autrui ou par une chose dont il a la garde. Dans les régimes spéciaux d'indemnisation c'est un fonds, d'indemnisation ou de garantie⁷⁸, qui indemnise la victime. Si

⁷¹ Reste en effet le lieu de survenance du dommage, le territoire national pour une victime étrangère alors que la victime française d'un dommage survenu à l'étranger est éligible au dispositif spécial.

⁷² Sont expressément exclues : les victimes de l'amiante, les victimes d'un acte de terrorisme commis sur le territoire national, les victimes d'un dommage corporel causé par un accident de la circulation ou par un acte de chasse ou un animal nuisible.

⁷³ Décès, IPP ou ITT supérieure à un mois.

⁷⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, n° 01-00815, *comp.* Cass. civ. 2^{ème}, 18 juin 1997, n° 95-11223 où il a été au contraire jugé que « l'article 706-3 du code de procédure pénale n'interdit pas aux victimes d'accidents du travail de présenter une demande d'indemnisation du préjudice résultant de faits présentant le caractère matériel d'une infraction ».

⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 29 avril 2004, n° 02-13050.

⁷⁶ V. Lasbordes - de Virville, « **Les préjudices indemnissables par le FGTI (fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions) au titre de la solidarité nationale : exclusion partielle des accidents du travail** », RLDC 2004/8, pp. 17 à 23.

⁷⁷ CSS, art. L. 451-1, « Sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 452-1 à L. 452-5, L. 454-1, L. 455-1 et L. 455-2 aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent livre ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit ».

⁷⁸ Un fonds de garantie intervient, en principe, à titre subsidiaire ce qui oblige la victime à se tourner d'abord vers l'auteur du dommage et seulement en cas de défaillance de celui-ci (ou s'il n'est pas identifié) vers le fonds ; un fonds d'indemnisation intervient, quant à lui, à titre principal laissant à la victime le choix d'agir contre le responsable ou de faire directement appel à la solidarité nationale. En pratique, ces fonds indemnissent pour la plupart à titre principal comme le FGTI qui, en dépit de sa dénomination, intervient à titre principal en faveur de

cette spécificité répond à la fonction indemnitaire du régime spécial, la fonction normative de la responsabilité civile n'est pas ignorée. Elle s'exprime à travers le recours subrogatoire du fonds après versement de l'indemnité à la victime⁷⁹. Ce n'est que lorsque l'auteur est inconnu ou insolvable que la charge définitive de l'indemnisation de la victime pèse sur la solidarité nationale. L'expression « solidarité nationale » renvoie au mode de financement du fonds dont les ressources tiennent essentiellement aux contributions annuelles des assurés au titre des contrats d'assurance de biens souscrits en France⁸⁰.

L'indemnisation des victimes d'infractions pénales présente, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, une spécificité processuelle. La procédure d'indemnisation y est déjudiciarisée dans l'intérêt de la victime.

2°/ Spécificité de la procédure d'indemnisation

Dans les régimes spéciaux d'indemnisation de certains dommages corporels, la procédure se trouve déjudiciarisée afin de garantir une indemnisation plus rapide aux victimes. Jusqu'à la loi Perben II du 9 mars 2004, l'indemnisation des victimes d'infractions pénales faisait figure d'exception au sein des autres régimes spéciaux. La procédure y était judiciaire et reposait sur les CIVI à savoir les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions, qui sont des juridictions civiles créées par la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 et instituées au sein de chaque tribunal du grande instance (désormais, au sein de chaque tribunal judiciaire)⁸¹. La CIVI territorialement compétente⁸² examinait la recevabilité de la demande d'indemnité, évaluait les différents préjudices dont la réparation était demandée et arrêtait le montant des dommages et intérêts à la charge de l'organisme payeur. C'est cette dissociation entre l'évaluation de l'indemnité et sa charge financière que la loi du 9 mars 2004 a supprimée modifiant ainsi en profondeur les rôles respectifs du fonds de garantie et des CIVI. Les incidences de la déjudiciarisation de la procédure d'indemnisation ont donné lieu à une étude spécifique à l'occasion de laquelle nous avons souligné les avantages de la procédure amiable tout en alertant sur les risques d'atteinte au principe de la réparation intégrale⁸³. La déjudiciarisation présente l'avantage d'assurer à une indemnisation rapide à l'issue d'un processus de 6 mois au plus. En outre, lorsque la victime accepte l'offre d'indemnisation adressée par le FGTI, le législateur organise une procédure d'homologation judiciaire obligeant le fonds à transmettre « *le constat d'accord au président de la commission d'indemnisation aux fins d'homologation* » (CPP, art. 706-5-1 al. 3). Pour autant, la protection des intérêts de la victime n'est pas garantie dans la mesure où le juge ne contrôle pas l'équilibre de l'accord conclu avec l'organisme

la victime de dommages corporels imputables à des faits présentant le caractère matériel d'une infraction pénale v., V. Lasbordes - de Virville, « **Les conditions de l'indemnisation par le FGTI** », Lamy Droit de la responsabilité, fascicule n° 378.

⁷⁹ CPP, art. 706-11.

⁸⁰ 6 euros en moyenne par contrat ; l'autre source de financement résulte des actions récursoires exercées par le FGTI contre l'auteur du dommage ou celui tenu à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle.

⁸¹ CPP, art. 706-4 al. 2, « La commission est composée de deux magistrats du siège du tribunal judiciaire et d'une personne majeure, de nationalité française et jouissant de ses droits civiques, s'étant signalée par l'intérêt qu'elle porte aux problèmes des victimes. Elle est présidée par l'un des magistrats. Les membres de la commission et leurs suppléants sont désignés pour une durée de trois ans par l'assemblée générale des magistrats du siège du tribunal. Les fonctions du ministère public sont exercées par le procureur de la République ou l'un de ses substituts ».

⁸² COJ, art. R. 214-6.

⁸³ V. Lasbordes - de Virville, « **Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions (à propos du nouvel article 706-5-1 du Code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004)** », RLDC 2007/37, pp. 63 à 74.

payeur. Aussi, après avoir identifié les risques pesant sur le principe de réparation intégrale et qui tiennent au cumul des pouvoirs d'évaluation et de fixation de l'indemnité entre les mains du FGTI, à l'absence de représentation de la victime ainsi qu'à l'imprécision des formulaires d'indemnisation amiable, avons-nous préconisé des mesures de nature à préserver les intérêts de la victime.

Il serait, d'abord, envisageable de s'inspirer des techniques consuméristes pour reconnaître à la victime un droit de rétractation de l'accord conclu avec l'organisme payeur comme cela est le cas au profit des victimes d'accidents de la circulation ayant transigé avec le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages ou encore, au profit des victimes d'un acte terroriste. Ces victimes peuvent dénoncer la transaction dans les quinze jours de sa conclusion⁸⁴. Grâce au droit de rétractation, la victime disposerait d'un délai pour apprécier si les préjudices réparés couvrent effectivement l'intégralité du dommage subi. L'enjeu est important puisqu'une fois homologué, l'accord a force exécutoire et devrait, comme une transaction⁸⁵, rendre irrecevable toute action future en réparation du même préjudice. La nouvelle rédaction de l'article 2044 du Code civil⁸⁶ pourrait, par l'exigence de concessions réciproques, protéger les intérêts de la victime. La Cour de cassation avait au contraire décidé, à propos de l'accord d'indemnisation conclu entre la victime et l'assureur du responsable, que « cette transaction ne peut être remise en cause à raison de l'absence de concessions réciproques »⁸⁷.

Outre la reconnaissance d'un droit de renoncer unilatéralement à l'accord conclu, l'assistance de la victime par un professionnel spécialisé et indépendant pourrait, ensuite, être rendue obligatoire afin de soutenir la victime pendant la procédure d'indemnisation amiable. L'assistance obligatoire apparaît comme une mesure à la fois simple à mettre en œuvre et efficace, du moins si elle n'implique pas un coût financier pour la victime ou ses ayants droit. Enfin, la rédaction du formulaire de demande d'indemnisation, dont le recours s'impose au demandeur en indemnité, profiterait d'améliorations rédactionnelles, par exemple, par l'adjonction d'une liste indicative des préjudices dont la victime du dommage peut demander réparation.

L'étude du sort réservé par le législateur aux victimes de dommages corporels ayant pour origine l'élément matériel d'une infraction pénale a été l'occasion de mesurer l'étendue ainsi que la vivacité du phénomène de socialisation des risques. Pour ne pas laisser certaines catégories de victimes sans indemnisation, le droit de la responsabilité civile se spécialise par l'adoption de régimes spéciaux à finalité indemnitaire.

Cette spécialisation profite par ailleurs à des contractants qui, en raison d'un manque de connaissances ou de compétences ou encore de la nécessité que constitue la conclusion comme le maintien du contrat, ne sont pas en mesure de défendre leurs intérêts.

⁸⁴ C. assur., art. L. 211-16 et art. L. 422-2.

⁸⁵ L'article 706-5-1 du Code de procédure pénale, qui décrit la procédure amiable, ne qualifie pas l'accord de « transaction » contrairement à l'article L. 211-15 du Code des assurances relatif aux accords conclus par les victimes d'accidents de circulation et d'actes terroristes, à l'article 6 de la loi du 5 janvier 2010 sur l'indemnisation des victimes d'essais nucléaires ou encore, aux articles L. 3122-3 et L. 1142-14 du Code de la santé publique envisageant les accords conclus par les victimes contaminées par le virus du Sida et les victimes d'accidents médicaux. Il arrive, aussi, que le législateur ne qualifie pas l'accord de transaction mais y attache le même effet extinctif : ainsi l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000 précise que l'acceptation de l'offre émise par le FIVA (le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante), « vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice ».

⁸⁶ Complété par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 pour la justice du XXIème siècle.

⁸⁷ Cass. civ. 2ème, 16 nov. 2006, n° 05-18631, Bull. civ. II n° 320. *V.* sur cette question, « La transaction. Propositions en vue de la réforme du Titre XV - Livre troisième du Code civil " Des transactions " », La Documentation française, pp.141, 2014.

B. Spécialisation et protection du contractant

Préalablement, il convient de préciser que l'observation du droit du travail a été, pendant la thèse et dans son prolongement⁸⁸, riche d'enseignements. Sans être au cœur de nos études relatives au phénomène du déséquilibre contractuel, le droit du travail illustre la mise à l'écart du droit commun des contrats dans un but de protection. C'est dans l'intérêt du salarié que la résolution du contrat de travail pour inexécution est écartée, que la force majeure comme cause de libération de l'employeur n'est que très rarement caractérisée ou encore, jusqu'à une époque récente⁸⁹, que la rupture conventionnelle ne constitue pas un mode de rupture du contrat de travail. C'est encore dans l'intérêt du salarié que ce droit spécial a dépassé le droit commun en imposant à l'employeur des contraintes procédurales et des obligations⁹⁰ que le Code civil ignorait, du moins jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016⁹¹.

Plusieurs législations spéciales illustrent les propos de Saleilles qui, en 1901, relevait que « le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat »⁹². Dépassant le postulat libéral du Code civil, ces législations spéciales organisent ce que le droit commun des contrats ne prévoit pas, ou peu, à savoir un traitement des déséquilibres excessifs ou déraisonnables. Après l'identification du phénomène, l'étude des « **contrats déséquilibrés** » nous a conduit à systématiser le traitement réservé à ces contrats en distinguant la prévention et la correction du déséquilibre. Notre réflexion nous a également permis de démontrer que ce traitement varie selon la nature du déséquilibre (constat d'ailleurs conforté par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats). En effet, lorsque des législations spéciales organisent le traitement du déséquilibre, c'est le plus souvent un déséquilibre entre les droits et obligations des parties qui est au cœur de la préoccupation. Le traitement réservé par les législations spéciales au déséquilibre entre la valeur des prestations reste plus limité.

1°/ Le traitement légal du déséquilibre entre la valeur des prestations

Quelques lois particulières organisent la correction d'un déséquilibre entre la valeur des prestations dans l'intérêt de la partie lésée qu'il s'agisse du vendeur d'immeuble (C. civ., art. 1674), du copartageant (C. civ., art. 889) de l'acquéreur d'engrais et de semences (loi du 8 juillet 1907) ou encore du cédant du droit d'exploitation d'une œuvre de l'esprit pour un prix forfaitaire (CPI, art. L. 131-5). En dehors de ces hypothèses, lorsqu'un prix excessif ou insuffisant est corrigé c'est, avant tout, pour protéger un autre intérêt que celui du contractant, celui d'une entreprise en difficultés ou celui du marché.

C'est ainsi que, dans l'intérêt de l'entreprise dont le sauvetage est recherché, le droit des procédures collectives frappe d'une nullité de plein droit le contrat commutatif déséquilibré

⁸⁸ A l'occasion d'un séminaire dispensé pendant plusieurs années à des étudiants de Master 2 sur « La réception du droit commun des contrats par le droit du travail ».

⁸⁹ C. trav., art. L. 1237-11 issu de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.

⁹⁰ L'obligation de motivation lors de l'exercice, par l'employeur, de son droit de rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée ou encore l'obligation d'indemniser la rupture du contrat.

⁹¹ L'ordonnance impose une obligation spéciale de motivation à la charge du contractant titulaire d'un pouvoir unilatérale de fixation du prix (C. civ., art. 1164 et 1165) et subordonne l'exercice du droit de rupture unilatérale du contrat au respect d'un préavis (C. civ., art. 1211).

⁹² R. Saleilles, « Déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand », 1901, p. 351.

conclu par le débiteur pendant la période suspecte (C. com., art. L. 632-1, I, 2°). En raison de sa date de conclusion le contrat, pourtant valable au regard des exigences du Code civil, est annulé et donne lieu à des restitutions censées reconstituer le patrimoine de l'entreprise.

C'est, ensuite, pour protéger le jeu de la concurrence que le droit des pratiques anticoncurrentielles prohibe les prix de vente aux consommateurs abusivement bas « par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché » (C. com., art. L. 420-5). C'est pour la même raison que le droit des pratiques restrictives de concurrence interdit à un commerçant de revendre en l'état un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif (C. com., art. L. 442-5). L'insuffisance du prix n'est pas appréhendée dans l'intérêt du créancier du prix mais pour préserver la concurrence. La justification est, en revanche, moins nette à la lecture de l'article L. 442-1, 1° du Code de commerce. Ce texte, au domaine d'application étendu par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019⁹³, sanctionne le fait pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie »⁹⁴. Protection du marché et protection du contractant se mêlent au sein d'un texte où la lésion se trouve désormais sanctionnée indépendamment d'une soumission ou d'une tentative de soumission imputable au contractant avantagé⁹⁵.

La lésion peut également être appréhendée sur le fondement d'un autre alinéa du texte, celui relatif au déséquilibre significatif qui, à la différence des prévisions du Code de la consommation et du Code civil, s'applique au prix comme l'ont précisé la Cour de cassation⁹⁶ et le Conseil constitutionnel⁹⁷. La sanction de la clause relative au prix y est cependant subordonnée à la preuve d'une soumission ou d'une tentative de soumission de « l'autre partie »⁹⁸ à un déséquilibre significatif lequel ne saurait se déduire du seul déséquilibre du rapport de force dans le secteur de la distribution⁹⁹.

La prise en compte de l'intérêt du contractant créancier du prix s'illustre également à l'article L. 442-7 du Code de commerce, à la faveur du vendeur de produits agricoles ou de denrées alimentaires. Le texte prévoit qu'il engage sa responsabilité civile et l'oblige à réparer le préjudice causé « le fait pour un acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires de faire pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas ». L'ordonnance du 24 avril 2019 a étendu le potentiel de protection du texte par l'abandon de l'exigence d'une « crise conjoncturelle reconnue » cela, afin de répondre à une volonté gouvernementale de

⁹³ Qui, en substituant à l'ancienne référence au « service commercial effectivement rendu » celle, plus large, de contrepartie, ne cantonne plus le texte aux contrats de services.

⁹⁴ L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, ne sanctionnait que des lésions spécifiques concernant les services en disposant qu' :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque *ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ».

⁹⁵ V., M. Béhar-Touchais, « Le contrôle de la lésion en droit commercial avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », RDC 2019, n° 4, p. 41 ; M. Chagny, « La refonte du titre IV du livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », RTD com. 2019, p. 553.

⁹⁶ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, Le Galec c/ ministre de l'Économie, JCP 2017, éd. G, I, 255, M. Béhar-Touchais, « La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales- A propos de l'arrêt Galec ».

⁹⁷ Déc. Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, Sté Interdis et a. ; M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française », JCP E 2018, 1638.

⁹⁸ Expression qui remplace, depuis la modification du texte par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, l'ancienne référence, plus restrictive, au « partenaire commercial ».

⁹⁹ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12823, Contrats conc. consom. 2020, comm. n° 6, obs. N. Mathey.

« revivifier » un texte censé protéger les agriculteurs mais qui n'a jamais été mis en œuvre¹⁰⁰. Les dommages et intérêts alloués à la victime, au titre du droit des pratiques restrictives de concurrence, s'ajoutent aux sanctions que peuvent mettre en œuvre le ministre de l'économie, le président de l'autorité de la concurrence voire toute personne justifiant d'un intérêt. La multiplication des titulaires de l'action souligne la double finalité du texte protecteur qui se trouve, de ce fait, mobilisé dans des contentieux purement contractuels auxquels le droit commun des contrats n'offre pas, ou peu, de solutions¹⁰¹.

En dépit de ces dispositions légales particulières, le traitement réservé par le législateur au déséquilibre entre la valeur des prestations reste limité. La prise en compte, par les législations spéciales, du déséquilibre entre les droits et obligations des parties est quant à elle plus étendue.

2°/ Le traitement légal du déséquilibre entre les droits et obligations

Le traitement du déséquilibre entre les droits et obligations des parties par les législations spéciales s'articule autour de techniques de prévention¹⁰² et de correction.

Des mesures préventives sont, **en premier lieu**, adoptées pour éviter que l'inégalité des compétences ou des connaissances comme la nécessité que peut présenter la conclusion du contrat, n'aboutisse à la conclusion d'un contrat au contenu déséquilibré. La prédétermination légale du contenu du contrat en est le principal support. Elle se manifeste différemment selon que le législateur soit arrête une liste de clauses réputées non écrites¹⁰³ ou présumées abusives¹⁰⁴ soit qu'il fixe, à l'avance, le contenu du contrat dans un contrat type. La figure du contrat type d'origine légale a été récemment mobilisée dans l'intérêt des syndicats de copropriétaires. La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme renouvelé a eu recours au contrat type pour substituer au contrat préredigé par le professionnel (le syndic), un contrat au contenu cette fois imposé par les pouvoirs publics dans l'intérêt du sujet de droit dont la protection est recherchée (le syndicat des copropriétaires). Il ne s'agit plus seulement d'interdire ponctuellement telle ou telle clause dangereuse ou désavantageuse pour le locataire, l'emprunteur ou l'assuré mais de manière plus ambitieuse, et plus dirigiste, de fixer à l'avance les termes de l'accord¹⁰⁵. En fixant le contenu de ce contrat type¹⁰⁶, le décret n° 2015-342 du 26 mars 2015 nous a conduit à envisager l'opportunité de cette technique, par ailleurs délaissée par le législateur¹⁰⁷, et à laquelle la loi ALUR offre un nouvel essor.

¹⁰⁰ M. Béhar-Touchais, RDC 2019, n° 4, p. 54.

¹⁰¹ V., M. Chagny, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC 2004, n° 3, p. 861.

¹⁰² Type l'information précontractuelle au profit du consommateur ou de certains professionnels comme ceux souscrivant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité.

¹⁰³ L'article 4 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs dresse une liste de 20 clauses réputées non écrites.

¹⁰⁴ Comme celles simplement ou irréfablement présumées abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, C. consom., art. R. 212-1 et R. 212-2. Le professionnel qui insérerait dans le contrat une clause frappée d'une présomption irréfutable d'abus s'expos, en outre, à une amende administrative dont la menace peut être dissuasive. Le montant de l'amende « ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale », C. consom., art. L. 241-2.

¹⁰⁵ V. Lasbordes - de Virville, « **Une autre façon de rééquilibrer les contrats de syndic de copropriété : le contrat type issu du décret du 26 mars 2015 d'application de la loi ALUR du 24 mars 2014** », RTD imm. 2015, n° 4, pp. 5 à 10.

¹⁰⁶ Applicable aux conventions conclues ou renouvelées depuis le 1^{er} juillet 2015.

¹⁰⁷ L'ancien article L. 311-13 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010 réformant le crédit à la consommation, obligeait l'établissement de crédit, sous peine d'une déchéance du droit aux intérêts, à présenter une offre de crédit conforme à un des modèles types fixés par le Comité de réglementation bancaire après consultation du Conseil national de la consommation.

En effet, outre les contrats de syndics, ce sont les contrats de location et de colocation de locaux, nus ou meublés, constituant la résidence principale du preneur qui doivent respecter un contrat type défini par décret en Conseil d'Etat après avis de la Commission nationale de concertation¹⁰⁸. Nous avons conclu, à propos du contrat type de syndic, qu'il s'agissait d'une technique à l'efficacité certaine au regard de l'objectif de prévention du déséquilibre mais d'une technique attentatoire à la liberté contractuelle présentant, en plus de la rigidité du modèle imposé, l'inconvénient d'exclure toute intervention du juge au titre des dispositions du Code de la consommation sur les clauses abusives¹⁰⁹. Au constat de ce que « les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives »¹¹⁰, la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs écarte de son champ d'application « les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives »¹¹¹ ce qu'il appartient au juge national de vérifier¹¹². Encore faut-il, pour que la clause soit exclue du champ d'application de la directive, qu'elle ne modifie pas la portée ou le champ d'application de ces dispositions légales ou réglementaires¹¹³.

L'inconvénient tenant à l'origine légale ou réglementaire de la clause est toutefois à relativiser dans la mesure où le modèle type est censé préserver les intérêts du contractant dont la protection est recherchée¹¹⁴. En revanche, cet instrument contraint le syndic à faire preuve de vigilance afin d'adapter le contrat type aux évolutions de législation. La Cour de cassation en avait décidé ainsi à l'égard d'un organisme prêteur tenu d'actualiser les modèles d'offre de crédit à la consommation aux évolutions législatives sous peine de déchéance du droit aux intérêts¹¹⁵. Le décret du 29 mai 2015 arrêtant le modèle de contrat de location d'un logement à titre de résidence principale précise, d'ailleurs, que le contrat type contient uniquement les clauses essentielles du contrat, dont la législation et la réglementation en vigueur au jour de sa publication imposent la mention par les parties, et qu'il leur appartient de s'assurer des dispositions applicables au jour de la conclusion du contrat.

Le traitement du déséquilibre entre les droits et obligations des parties par les législations spéciales fait coexister ces mesures de prévention avec des instruments conférant au juge le pouvoir de corriger un déséquilibre qui n'aura pu être évité.

Une correction du déséquilibre est, **en second lieu**, organisée par des lois spéciales au premier rang desquelles figure la législation consumériste protégeant le consommateur, comme

¹⁰⁸ V. art. 3 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 modifié par la loi ALUR du 24 mars 2014 et décret n° 2015-587 du 29 mai 2015 relatif aux contrats types de location de logement à usage de résidence principale.

¹⁰⁹ En application des articles L. 212-1 et L. 212-2 du Code de la consommation. C'est aussi pour cette raison qu'est exclue une action à la fois préventive et curative, l'action en cessation des clauses abusives initiée par une association de consommateurs ou par la DGCCRF, C. consom., art. L. 621-8 al. 1^{er} et L. 524-1.

¹¹⁰ Direct. 93/13/CEE, 13^{ème} consid.

¹¹¹ Direct., art. 1 §2. V. sur cette question, N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2^{ème} éd. 2018, *spéc.* n° 903.

¹¹² CJUE, 10 sept. 2014, aff. C-34/13, Kusionova, pt. 80, Contrats conc. consom. 2015, chr. 2, droit européen des contrats, n° 7, C. Aubert de Vincelles.

¹¹³ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-280/13, Barclays Bank, RTD europ. 2014, p. 715, obs. C. Aubert de Vincelles ; CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, RWE Vertrieb, D. 2014, p. 1297, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2013, p. 559, obs. C. Aubert de Vincelles.

¹¹⁴ V. en ce sens, Th. Revet, « La clause légale », in Mélanges en l'honneur de M. Cabrillac, Litec 1999, p. 277.

¹¹⁵ V. Lasbordes - de Virville, « **Le contenu de l'offre de crédit à la consommation proposée au candidat emprunteur** », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 2001, LPA 16 janv. 2002, n° 12, p. 15 à 20.

le non-professionnel¹¹⁶, contre un déséquilibre entre ses droits et obligations et ceux du professionnel. Ce traitement curatif repose sur l'éradication de la clause à l'origine du déséquilibre significatif¹¹⁷. C'est à ce résultat que conduit, en droit interne, la sanction de la clause jugée abusive à la suite d'une action en justice initiée par un consommateur ou un non-professionnel en application des articles L. 212-1 et L. 212-2 du Code de la consommation¹¹⁸. Selon l'article 6.1 de la directive 93/13/CE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, « les Etats membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ». L'article L. 241-1 du Code de la consommation prévoit que « les clauses abusives sont réputées non écrites ». L'obligation désormais faite au juge de relever d'office le caractère abusif de la clause¹¹⁹ contribue à l'effectivité d'une sanction qui se distingue de la nullité¹²⁰ tout en donnant lieu à des restitutions¹²¹.

Nous avons constaté le domaine résiduel assigné à la nullité comme sanction du déséquilibre des clauses¹²². La législation consumériste prévoit ainsi que « le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses »¹²³. Cela signifie que les juges doivent purger le contrat des clauses abusives sans avoir à réviser celles-ci pour le contrat puisse perdurer. Par exemple, en ce qui concerne les clauses pénales abusives, les juridictions nationales ne peuvent pas ramener le montant dû au titre de la clause à un niveau raisonnable mais doivent écarter la clause dans son intégralité dès lors que le contrat peut s'exécuter sans celle-ci¹²⁴.

¹¹⁶ Notion qui figurait déjà dans la loi du 10 janv. 1978, qui a été reprise par la loi du 1^{er} févr. 1995 transposant la directive n° 93/13/CE du 5 avril 1993 (qui ne connaît quant à elle que le consommateur) et qui a aujourd'hui acquis son autonomie par rapport à la notion de consommateur (v. art. liminaire du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 21 fév. 2017 de ratification de l'ord. du 14 mars 2016, définissant le non-professionnel comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles »). La Cour de cassation avait statué en ce sens, jugeant que « la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives », Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13285. *V.* sur cette question, N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2^{ème} éd. 2018, *spéc.* n° 241 et s.

¹¹⁷ V. Lasbordes- de Virville, « **Les contrats déséquilibrés** », PUAM 2000.

¹¹⁸ C'est aussi à ce résultat (la suppression de la clause) que peuvent conduire les actions exercées par une association de consommateurs (C. consom., art. L. 621-8 al. 1^{er}) ou par l'autorité administrative (DGCCRF) lorsqu'il est demandé au juge de supprimer une clause abusive dans un contrat en cours d'exécution conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel (C. consom., art. L. 524-1, 1^o).

¹¹⁹ C. consom., art. R. 632-1 al. 2 issu de la loi Hamon du 17 mars 2014 mettant le droit français en conformité avec la jurisprudence européenne, CJCE 26 oct. 2006, Mostaza Claro, aff. C-168/05, pt 38 et CJCE 4 juin 2009, Pannon GSM Zrt, aff. C-243/08, D. 2009, p. 2312, note G. Poissonnier ; RDC 2009, p. 1467, note C. Aubert de Vincelles.

¹²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-23169, RTD civ. 2019, p. 334, obs. H. Barbier.

¹²¹ *V.* à propos des clauses « planchers » insérées dans des contrats de crédit hypothécaires espagnols fixant un taux minimal en-deçà duquel le taux d'intérêt ne pouvait descendre. La clause a été jugée abusive mais la juridiction espagnole avait limité le montant des remboursements à la charge de la banque aux intérêts perçus depuis le prononcé du jugement. La Cour de justice a déclaré cette solution non conforme au « rétablissement de la situation en droit et en fait du consommateur dans laquelle il se serait trouvé en l'absence de ladite clause », CJUE, gde ch., 21 déc. 2016, aff. jtes C-154/15, C-307/15 et C-308/15, Gutierrez Naranjo, D. 2017, p. 546, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

¹²² V. Lasbordes, « **Les contrats déséquilibrés** », PUAM, 2000.

¹²³ C. consom., art. L. 241-1 al. 2.

¹²⁴ *V.*, Communication de la Commission européenne sur les « Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », [C(2019) 5325 final], *spéc.* p. 49, « la révision des clauses contractuelles abusives impliquerait, en effet, que les clauses en question resteraient partiellement contraignantes et que les

Dans l'hypothèse inverse où le contrat ne pourrait pas être exécuté sans la clause, au sens où il ne pourrait subsister sans la clause abusive, le contrat est déclaré nul dans son ensemble. Toutefois, parce que la nullité du contrat peut avoir des conséquences particulièrement négatives pour le consommateur et aller à l'encontre de la protection prévue par la directive¹²⁵, la Cour de justice a reconnu qu'à titre exceptionnel, sous certaines conditions, le juge national pouvait remplacer une clause contractuelle abusive par une disposition supplétive de droit national¹²⁶. La Cour circonscrit toutefois le type de dispositions supplétives que le juge peut substituer à la clause litigieuse. Il ne doit pas s'agir de dispositions qui, telles que la référence aux usages, supposent une « marge d'interprétation ou de "création" de la part du juge »¹²⁷.

L'attention portée à la correction du déséquilibre contractuel nous a conduit à apprécier son développement au-delà des contrats de consommation. L'examen des évolutions législatives qu'a connu le droit des pratiques restrictives de concurrence, avec la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001¹²⁸ sur les nouvelles régulations économiques puis celle du 4 août 2008 de modernisation de l'économie¹²⁹, a conforté le constat de la spécialisation du traitement réservé au déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Au-delà de l'influence très nette du texte consumériste, auquel le Code de commerce emprunte son principal critère de déclenchement¹³⁰, il a été intéressant de relever que la nullité du contrat n'y a pas été érigée en sanction de principe du déséquilibre significatif. La seule sanction expressément ouverte par le texte au contractant victime résidait d'ailleurs, non dans la suppression de la clause, mais dans l'allocation de dommages et intérêts. Le législateur réservait au ministre de l'Économie et au ministère public la possibilité de « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites » en plus des autres sanctions à leur disposition, répétition de l'indu, cessation de la pratique et amende civile¹³¹.

Alors que l'article L. 442-6, I du Code de commerce n'envisageait que la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, des décisions avaient toutefois admis, confortées en cela par la Commission d'examen des pratiques commerciales¹³², que la clause créant un déséquilibre significatif puisse être supprimée à la demande du contractant victime¹³³. Une évolution récente

professionnels tireraient un certain bénéfice de leur utilisation. Cela porterait atteinte à l'effectivité de l'article 6, paragraphe 1, de la directive (...) ».

¹²⁵ Par exemple en contraignant l'emprunteur consommateur à rembourser l'intégralité du prêt en une seule traite plutôt qu'en plusieurs versements.

¹²⁶ CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, Kásler et Káslerné Rábai, points 80 et 81.

¹²⁷ V. sur ce point, N. Sauphanor-Brouillaud, D. 2020, p. 628, à propos de, CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-260/18, *Dziubak*, et concl. av. gén., point 74.

¹²⁸ L'article L. 442-6, I, 2°, b du Code de commerce sanctionnait le fait pour un producteur, commerçant, industriel ou artisan « d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

¹²⁹ Substituant à l'interdiction de l'abus de la relation de dépendance, le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

¹³⁰ V. Lasbordes – de Virville, « **Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale** », RLC 2016/54, pp. 19 à 25.

¹³¹ C. com., ancien art. L. 442-6, III. C'est d'ailleurs l'amende qui le plus souvent a été privilégiée avec des montants dissuasifs, v. par exemple, l'amende de 4 millions d'euros récemment prononcée à l'encontre de plusieurs sociétés du groupe Amazon en raison de certaines clauses imposées aux vendeurs référencés sur le site de vente en ligne, T. com., Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° 2017050625, min. Economie c/ SCA Amazon Payments Europe, SARL Amazon Services Europe et SAS Amazon France Services, Comm. com. électr. 2019, étude 21, J. Gayraud ; RDC 2019, n° 4, p. 56, obs. C. Grimaldi.

¹³² CEPC, 23 janv. 2014, avis n° 14-02, estimant que « la victime d'une pratique contraire à l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce a la possibilité, à la fois, d'agir en nullité de la clause ou du contrat illicite et d'engager la responsabilité civile de l'auteur de la pratique ».

¹³³ Paris, 7 juin 2013, RG n° 11/08674, RTD com. 2013, p. 500, obs. M. Chagny ; Contrats conc. consom. 2013, comm. n° 208, obs. N. Mathey, décision qui constate que la clause est « réputée non écrite » ; Paris, 1^{er} juill. 2015,

de la législation spéciale réalisée par l'ordonnance Egalim n° 2019-359 du 24 avril 2019¹³⁴ est venue rehausser la nullité de la clause comme sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels¹³⁵. La reconnaissance de cette sanction au contractant victime d'un déséquilibre des clauses du contrat rapproche (partiellement)¹³⁶ le régime juridique de ces actions spéciales dont le législateur s'est inspiré pour organiser en droit commun un principe de correction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion¹³⁷.

Les réflexions pluridisciplinaires ayant nourri certaines de nos recherches, doctorales et post doctorales, nous ont conduit à constater la spécialisation du droit des obligations dans un but de protection. Cette spécialisation, à laquelle le juge a très largement contribué dans l'intérêt d'un cocontractant ou d'une victime atteinte dans son intégrité corporelle, s'est réalisée par l'adoption de lois et de régimes spéciaux se démarquant du droit commun des contrats et de la responsabilité civile à fin de préserver certains intérêts particuliers. Le phénomène constaté, ce sont les incidences de cette spécialisation du droit des obligations qui sont analysées et qui ont vocation à être poursuivies dans une approche plus prospective.

RG n° 13/19251, AJCA 2015, p. 435, obs. M. Chagny ; Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, D. 2015, p. 943, obs. D. Ferrier ; RTD com. 2014, p. 785, obs. M. Chagny. La chambre commerciale était en revanche plus réticente, Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-18484.

¹³⁴ Prise en application de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

¹³⁵ C. com., art. L. 442-4, I, al. 2.

¹³⁶ Car des différences demeurent, en particulier quant à l'objet de la clause, entendu plus largement par le Code de commerce.

¹³⁷ C. civ., art. 1171.

II. LES INCIDENCES DE LA SPECIALISATION DU DROIT DES OBLIGATIONS DANS UN BUT DE PROTECTION : ANALYSE PROSPECTIVE

Travaux pertinents

- « **Les préjudices indemnisables par le FGTI (*fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions*) au titre de la solidarité nationale : exclusion partielle des accidents du travail** », RLDC 2004/8, pp. 17 à 23.
- « **Formalisme des cessions de créances professionnelles, la Cour de cassation persiste et signe : l'action ne paiement formée par le cessionnaire et subordonnée à la production du bordereau Dailly** », LPA, 22 déc. 2004, n° 255, pp. 14 à 19.
- « **La cession de créances à titre de garantie** » *in*, Les garanties des opérations bancaires, RD bancaire et fin. 2009, pp. 81 à 88.
- « **L'avenir incertain du gage de stocks du Code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du Code civil** », Rev. proc. coll. 2013, n° 4, pp. 22 à 25.
- « **Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale** », RLC 2016/54, pp. 19 à 25.
- « **Les cessions de créance, rapprochements et articulation** », LPA 26 fév. 2019, n° 41, pp. 4 à 16.
- « **Retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** », à paraître *in*, Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin, 2020.

Des travaux récents, impulsés par la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ainsi que par les réformes annoncées, celle du droit des sûretés portée par l'association Henri Capitant¹³⁸ comme celle du droit de la responsabilité civile¹³⁹, nous ont conduit à une réflexion prospective sur les relations qu'entretiennent le droit commun et les droits spéciaux et plus précisément, sur les incidences de la spécialisation du droit des obligations. A côté de ces réformes annoncées d'origine interne, la transposition de directives européennes, en particulier celles du 20 mai 2019 relatives à certains aspects concernant les

¹³⁸ Avant-projet remis à la Chancellerie le 26 juin 2017. Ce texte sera une source d'inspiration pour le gouvernement autorisé, par la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019, à réformer par voie d'ordonnance le droit des sûretés. *V.*, O. Gout, « Quelle réforme pour le droit des sûretés dans la loi PACTE ? », AJ Contrat 2019, n° 6, p. 264 ; « La réforme du droit des sûretés », ouvrage collectif, Institut universitaire Varenne 2019, ss la dir. de L. Andreu et M. Mignot.

¹³⁹ Avant-projet de loi du 29 avril 2016 rendu public, dans sa version modifiée, le 13 mars 2017.

contrats de vente de bien¹⁴⁰ et les contrats de fourniture de contenus et de services numériques¹⁴¹, offre l'occasion de réfléchir à l'adaptation des modèles contractuels hérités du Code civil de 1804 aux évolutions techniques et technologiques. Cette réflexion pourrait trouver un prolongement naturel dans l'encadrement d'un travail doctoral sur le renouvellement des classifications et des concepts du droit des contrats à travers l'étude particulière du contrat à titre onéreux et de la notion de contrepartie. La figure du contrat de fourniture de contenus et de services numériques bouleverse à cet égard les repères traditionnels en ce que la contrepartie n'y est pas exclusivement monétaire pour le professionnel et peut consister en la fourniture, par le consommateur de données à caractère personnel¹⁴². La commission des clauses abusives en a déjà tiré une conséquence en recommandant, dans les contrats de fourniture de « service de réseautage social », la suppression de la clause dite de gratuité laissant croire au consommateur « que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel »¹⁴³. Ce contexte inédit de réformes, récentes et annoncées, apparaît particulièrement fécond et porteur dans une perspective de direction de recherches de plus grande ampleur.

A titre personnel, ces évolutions du droit de la responsabilité civile d'une part, et du droit des contrats spéciaux (le contrat de vente, les contrats de garantie comme la cession de créance, la fiducie ou le cautionnement), voire très spéciaux (les contrats entre professionnels et consommateurs portant sur la vente de biens ou la fourniture de contenus et de services numériques) d'autre part, nous conduiront à prolonger une réflexion initiée à propos des incidences attachées à la spécialisation du droit des obligations dans un but de protection.

Les incidences de la spécialisation du droit des obligations s'envisagent tant à l'égard des destinataires de la règle spéciale (§1) qu'à l'égard du législateur (§ 2). S'agissant des premiers, la question centrale tient dans la liberté des parties de se soumettre ou pas à cette législation spéciale protectrice. Du point de vue du législateur, la réflexion consiste à mesurer l'influence des règles spéciales sur le droit commun afin de déterminer si l'enrichissement constaté du droit commun s'accompagne, ou non d'une dilution de la règle spéciale.

§ 1. La réception de la règle spéciale par ses destinataires

Initialement, c'est à propos de la situation des victimes d'un dommage causé par l'élément matériel d'une infraction pénale, que nous avons abordé la question de l'articulation des règles spéciales avec le droit commun de la responsabilité civile¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Directive 2019/771/UE 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. V., C. Aubert de Vincelles, « Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur. A propos de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », *Aperçu rapide*, JCP 2019, n° 28, I, 758 ; S. Bernheim-Desvaux, *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. n° 130.

¹⁴¹ Directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

¹⁴² Dir. 2019/771, art. 3, « sauf lorsque les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu numérique ou le service numérique conformément à la présente directive ou encore pour permettre au professionnel de remplir les obligations légales qui lui incombent, pour autant que le professionnel ne traite pas ces données à une autre fin ».

¹⁴³ CCA, recomb. n° 2014-02 du 7 nov. 2014.

¹⁴⁴ V. Lasbordes - de Virville, « **Les préjudices indemnisables par le FGTI (fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions) au titre de la solidarité nationale : exclusion partielle des accidents du travail** », *Rev. Lamy Droit civil* 2004/8, pp. 17 à 23.

Plus récemment, un contentieux relatif aux garanties de paiement du créancier nous a conduit à envisager l'articulation des règles spéciales du gage des stocks figurant, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés, dans le Code de commerce avec le droit commun du gage des articles 2333 et suivants du Code civil¹⁴⁵. C'est encore en matière de garanties de paiement du créancier qu'une réflexion prospective a été menée à propos des incidences de la reconnaissance annoncée d'une fonction de garantie à la cession de créance du Code civil à l'instar de ce que connaît déjà le Code monétaire et financier¹⁴⁶. Enfin, l'insertion dans le Code civil de l'article 1171 réputant non écrite, 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, alimente la réflexion relative à la liberté des destinataires d'une règle spéciale de se soumettre à la règle générale¹⁴⁷.

La réponse peut se trouver dans la loi spéciale elle-même lorsque l'option y est permise (A). Si tel n'est pas le cas, l'option est discutée comme nous l'avons constaté à propos du gage des stocks avant que le législateur ne vienne finalement reconnaître aux parties la liberté d'opter pour le droit commun (B).

A - L'option permise

Il arrive que la législation spéciale laisse aux destinataires de la règle la liberté d'agir sur le fondement du droit commun. Le droit de la vente en fournit, d'ailleurs, plusieurs illustrations comme nous l'avons expliqué dans notre manuel de « Droit des contrats spéciaux » à propos de la spécialisation de la réglementation du contrat de vente¹⁴⁸. Dans les ventes d'animaux domestiques par exemple, la garantie des vices cachés est régie par des dispositions spéciales du Code rural¹⁴⁹ sauf volonté des parties de soumettre l'action en garantie au droit commun de la vente du Code civil. Dans les ventes de biens meubles corporels conclues entre professionnels et consommateurs, une garantie spéciale de conformité, issue de la transposition, par l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 relative à « certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation »¹⁵⁰, est reconnue à l'acquéreur. Les droits résultant de la directive, laquelle est d'harmonisation minimale, sont en effet, selon l'article 8.1, « exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ». Par conséquent, en droit interne, la transposition de la directive ne prive pas le consommateur du droit d'invoquer la garantie des vices cachés ou le manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme en

« **L'indemnisation des victimes d'infractions pénales** » in Lamy Droit de la responsabilité, sous la direction de scientifique de D. Mazeaud, Ph. Brun et Ph. Pierre, collection Lamy Droit civil (études mises à jour de 2002 à 2016).

- Etude n° 378, Les conditions de l'indemnisation, pp. 1 à 40.

- Etude n° 381, La procédure d'indemnisation, pp. 1 à 24.

¹⁴⁵ Cass. com., 19 fév. 2013, n° 11-21763, Bull. civ. IV, n° 29, V. Lasbordes - de Virville, « **L'avenir incertain du gage des stocks du Code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du Code civil** », Rev. proc. coll. 2013, n° 4, p. 20.

¹⁴⁶ V. Lasbordes - de Virville, « **Les cessions de créance, rapprochements et articulation** », Les Petites Affiches, 26 fév. 2019, n° 41, pp. 4 à 16.

¹⁴⁷ V. Lasbordes - de Virville, « **Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale** », RLC 2016/54, pp. 19 à 25.

¹⁴⁸ V. Lasbordes - de Virville, « **Droit des contrats spéciaux** », Bruylant-Larcier, coll. Manuel, 1^{ère} éd. 2020.

¹⁴⁹ C. rur. et de la pêche maritime, art. L. 213-1 et s. et R. 213 -1 et s.

¹⁵⁰ Sur ce texte et les vives discussions doctrinales relatives à la localisation de sa transposition en droit interne, v., N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2^{ème} éd. 2018, *spéc.*, n° 984.

application du droit commun de la vente¹⁵¹. Cette option n'est d'ailleurs pas remise en cause par la directive 2019/771 UE du 20 mai 2019 qui, bien que d'harmonisation totale, autorise le cumul avec des « règles nationales ne régissant pas spécifiquement les contrats de consommation et prévoyant des recours spécifiques pour certains types de défauts qui n'étaient pas apparents au moment de la conclusion du contrat de vente »¹⁵². Le choix du droit de la vente, s'il implique d'abord d'identifier le fondement de l'action (manquement à l'obligation de délivrance conforme ou garantie des vices cachés) permet ensuite à l'acquéreur d'opter pour la sanction la plus adaptée à ses intérêts. En particulier, il échappe ainsi à la hiérarchie des remèdes du Code de la consommation¹⁵³ lequel privilégie, dans un premier temps, la mise en conformité du bien par le professionnel par sa réparation ou son remplacement. La résolution du contrat ou la réduction du prix restent des sanctions subsidiaires.

Cette liberté d'option s'observe, par ailleurs, au profit des victimes de violences où elle sert la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Elle a été récemment reconnue par le législateur aux parties à un contrat de gage dans l'intérêt du créancier.

1°/ Liberté d'option et indemnisation de la victime

Le régime spécial d'indemnisation des victimes d'actes de violence par la solidarité nationale¹⁵⁴ n'est pas exclusif d'une action en réparation exercée par de la victime devant les juridictions répressives ou civiles. Si la coexistence de ces deux voies de réparation, la voie judiciaire et la voie amiable, n'est pas expressément énoncée par le Code de procédure pénale, elle ressort néanmoins de plusieurs dispositions veillant au respect de la réparation intégrale dans l'intérêt de la victime comme de celui de l'organisme payeur. Ainsi, la victime d'un dommage corporel ayant pour origine l'élément matériel d'une infraction pénale a la possibilité de formuler une demande d'indemnisation amiable auprès du FGTI (le fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions) alors même qu'elle se serait constituée partie civile devant la juridiction répressive ou qu'elle aurait assigné l'auteur des faits en responsabilité devant la juridiction civile. Simplement, pour éviter une double indemnisation, le Code de procédure pénale oblige la victime ou ses ayant droit à informer la juridiction que la procédure d'indemnisation amiable a été mise en œuvre et, le cas échéant, qu'une indemnité a été allouée (CPP, art. 706-12). Par ailleurs, l'article 706-8 du Code de procédure pénale ouvre

¹⁵¹ C. consom., art. L. 217-13 : « Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du Code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi ». L'option doit être cependant relativisée dans la mesure où le juge peut relever d'office les dispositions du Code de la consommation (C. consom., art. R. 632-1 al. 1^{er}) et où la Cour de cassation a jugé, au-delà même du droit de la consommation, « que si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées », Cass. ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25651, D. 2018, p. 43, obs. O. Gout.

Pour des réserves quant au fait que la directive 1999/44/CE, bien que d'harmonisation minimale, ait souhaité le cumul avec le droit commun de la vente, v., N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, *préc. spéc.*, n° 1040, p. 1034.

¹⁵² Dir. 2019/771, art. 3 § 7, v. C. Aubert de Vincelles, « Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur. A propos de la directive 2019/771 UE du 20 mai 2019 », JCP 2019, I, 758.

¹⁵³ C. consom., art. L. 217-9 et L. 217-10. Cette hiérarchisation des sanctions, non envisagée par la proposition de directive, a été introduite au cours des négociations dans l'intérêt des entreprises. Elle figure aux articles L. 217-9 et L. 217-10 du Code de la consommation, v., N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, *préc. spéc.*, n° 1014.

¹⁵⁴ CPP, art. 706-3 et s.

à la victime une action en complément d'indemnité lorsque la juridiction statuant sur les intérêts civils a alloué des dommages et intérêts d'un montant supérieur à l'indemnité obtenue dans le cadre de la procédure spéciale¹⁵⁵. Enfin, lorsque la victime n'a pas mis en œuvre le régime spécial d'indemnisation, l'article 706-15 du Code de procédure pénale impose à la juridiction répressive ayant condamné l'auteur du dommage à des dommages-intérêts, d'informer la victime de la possibilité de former une demande d'indemnisation amiable auprès du FGTI.

Dès lors que le régime spécial n'est pas exclusif du droit commun, il convient de s'interroger sur les enjeux de l'option ouverte à la victime. Quel peut être son intérêt à préférer un procès à une procédure déjudiciarisée censée réparer intégralement les préjudices causés par l'auteur du fait dommageable ? Il serait tentant de répondre qu'il n'y a en a pas à cette réserve près que la procédure d'indemnisation amiable n'est pas sans risques, le fonds de garantie cumulant la charge de verser le montant de l'indemnité avec le pouvoir d'en arrêter le montant. Nous avons suggéré, pour limiter ce risque, l'adoption de mesures de nature à préserver l'intégralité de la réparation¹⁵⁶. Sont ainsi préconisées, une modification des formulaires de demandes d'indemnisation dans le sens d'une identification des chefs de préjudices réparables, l'assistance obligatoire de la victime ou encore, la généralisation d'un droit, pour la victime, de revenir unilatéralement sur la transaction conclue avec l'organisme payeur. La question de la nature et du régime de l'accord conclu entre la victime d'un dommage corporel et l'organisme payeur, sollicité au titre d'un régime spécial d'indemnisation, justifierait une étude approfondie et systématisée que nous envisageons de mener ou d'encadrer.

Lorsque le régime spécial n'a pas vocation à s'appliquer, la victime n'a pas d'option. Seul s'applique le droit commun de la responsabilité civile. Toutefois, si l'auteur du dommage a été condamné au versement de dommages et intérêts par une décision définitive de la juridiction répressive, la victime est informée de la possibilité qu'elle a, depuis la loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008, de solliciter une aide au recouvrement des dommages et intérêts¹⁵⁷. Cette assistance au recouvrement repose sur le FGTI tenu au versement, total ou partiel, des indemnités sous réserve de son recours contre la personne pénalement condamnée¹⁵⁸. La Cour de cassation a récemment rappelé la vocation subsidiaire du droit commun dans l'intérêt de salariés sollicitant l'indemnisation d'un préjudice d'angoisse en raison de leur exposition à l'amiante. La chambre sociale de la Cour de cassation avait dénié aux salariés non éligibles au dispositif d'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (l'ACAATA¹⁵⁹), faute d'avoir travaillé dans un établissement inscrit sur la liste de ceux y ouvrant droit, toute action en réparation du préjudice d'angoisse ou d'anxiété au titre du droit commun¹⁶⁰. Soit le salarié relevait de l'ACAATA et il profitait alors d'une action largement facilitée par des présomptions dispensant de prouver tant l'exposition à l'amiante que le préjudice d'angoisse¹⁶¹, soit le salarié ne relevait pas de l'ACAATA et il était alors privé de toute action en réparation de son préjudice d'angoisse. Réunie en assemblée plénière, la Cour

¹⁵⁵ Sans que la victime ait à prouver l'aggravation de son préjudice, Cass. civ. 2^{ème}, 24 oct. 2019, n° 18-15827, Resp. civ. et assur. 2020, comm. n° 7, H. Groutel.

¹⁵⁶ V. Lasbordes - de Virville, « **Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions (à propos du nouvel article 706-5-1 du Code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004)** », RLDC 2007/37, pp. 63 à 74.

¹⁵⁷ CPP, art. 706-15.

¹⁵⁸ C. assur., art. L. 442-7 à L. 442-11.

¹⁵⁹ Issu de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 déc. 1998 ayant pour objet la mise en place d'un système de préretraite au profit de ces salariés.

¹⁶⁰ Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-26175, Bull. civ. V n° 41 ; D. 2016, p. 35, obs. O. Gout ; D. 2015, p. 2283, obs. S. Porchy-Simon ; RTD civ. 2015, p. 393, obs. P. Jourdain.

¹⁶¹ Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-28616 et 12-28653.

de cassation est revenue sur cette solution injuste en reconnaissant aux salariés une action en réparation du préjudice d'angoisse fondée sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité¹⁶². Ce faisant, la Haute juridiction rétablit la vocation naturelle du droit commun à fonder des actions en réparation lorsqu'un régime spécial, légal voire jurisprudentiel, n'est pas applicable.

2°/ Liberté d'option et protection du créancier

Dans un autre domaine, celui des garanties de paiement du créancier, une option est désormais permise entre la réglementation spéciale du Code de commerce et le droit commun du gage issu du Code civil. Depuis l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016, « les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks prévu au présent chapitre ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du code civil »¹⁶³. Cette option a été reconnue par le législateur en réaction à une jurisprudence privilégiant l'exclusivité du régime spécial issu du Code de commerce fermant, ainsi, toute possibilité d'option au créancier gagiste. La Cour de cassation a jugé que « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce et conclu dans le cadre d'une opération de crédit, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession »¹⁶⁴. Avant 2016, l'enjeu attaché à cette option était évident. Il s'agissait, pour le créancier gagiste, de protéger ses intérêts par l'attribution automatique de la propriété du bien gagé en cas de défaillance du débiteur. C'est ce que permet le pacte comissoire depuis sa consécration par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006¹⁶⁵ là où le régime spécial limitait les modes de réalisation du gage des stocks à la vente forcée du bien ou à son attribution judiciaire en propriété tout en réputant « non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur »¹⁶⁶.

L'enjeu de l'option est moins évident avec le renvoi, désormais opéré par le texte spécial, à l'article 2348 du Code civil. L'alignement des modes de réalisation du gage des stocks sur le droit commun rend inutile le choix du gage du Code civil. Il devrait aussi rassurer quant à l'avenir du gage des stocks que nous pensions menacé de délaissement au profit de la fiducie-sûreté, technique reposant sur un transfert temporaire de propriété¹⁶⁷.

La perspective de la réforme prochaine du droit des sûretés fait peser une autre menace sur le gage des stocks. Entre autres objectifs, la réforme tend à simplifier le régime du gage de meubles corporels ce qui implique notamment l'abrogation de sûretés mobilières spéciales comme le gage commercial ou le gage automobile à la faveur d'une adaptation du droit commun du gage¹⁶⁸. Dans ce contexte, il sera intéressant de prolonger la réflexion relative à l'avenir du gage des stocks et du maintien de cette réglementation spéciale au sein du Code de commerce.

¹⁶² Cass. ass. plén., 5 avril 2019, n° 18-17442 ; RDT 2019, p. 340, obs. G. Pignarre ; D. 2019, p. 922, note P. Jourdain et p. 40, obs. Ph. Brun ; JCP 2019, éd. G, II, 508, note M. Bacache.

¹⁶³ C. com., art. L. 527-1 al. final.

¹⁶⁴ Cass. com. 19 fév. 2013, n° 11-21763 ; sur recours contre l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, Cass. ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18435.

¹⁶⁵ C. civ. art. 2348 al. 1^{er}, « il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé ».

¹⁶⁶ C. com., anc. art. L. 527-2.

¹⁶⁷ V. Lasbordes - de Virville, « **L'avenir incertain du gage de stocks du Code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du Code civil** », Rev. proc. coll. 2013, n° 4, pp. 22 à 25.

¹⁶⁸ Avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par l'association Henri Capitant (commission Grimaldi) remis à la chancellerie en juin 2017 ; M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés », D. 2017, p. 1717.

En effet, qu'il s'agisse du mode de réalisation de la sûreté, de la possibilité d'engager les stocks avec dépossession (modalité rendue possible par l'ordonnance du 23 janvier 2016) ou encore, de l'opposabilité aux tiers du gage par la seule dépossession, sans l'exigence d'une information du tiers¹⁶⁹, le constat d'un alignement du régime spécial sur le droit commun du gage interroge quant à la raison d'être de cette sûreté réelle mobilière.

B. L'option discutée

Dans le silence de la loi spéciale, la question de la liberté du ou des destinataires de la règle spéciale de préférer le droit commun est réglée par l'article 1105 du Code civil dont l'alinéa final dispose que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières » à certains lesquelles « sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux »¹⁷⁰. Cet article, qui reprend, à la différence de l'ancien article 1107 du Code civil, la substance de l'adage *specialia generalibus derogant*, tire la conséquence de la coexistence des règles générales et des règles particulières en livrant un principe d'articulation des normes. Dès lors qu'elle existe et qu'elle a vocation à s'appliquer aux circonstances, la règle spéciale évince la règle générale *a fortiori*, lorsque la règle spéciale présente un caractère d'ordre public. C'est ce qui avait conduit la Cour de cassation, dans le contentieux du gage des stocks, à reprocher aux juges du fond d'avoir admis que les parties puissent se soumettre aux dispositions du droit commun du gage en lieu et place de la réglementation spéciale. L'articulation de ces deux régimes est désormais réglée par le Code de commerce par la reconnaissance d'une option. Lorsque le législateur ne prévoit pas d'option, la règle spéciale est exclusive du droit commun conformément aux prévisions de l'article 1105 du Code civil. Tout au plus, c'est une application cumulative des règles qui pourrait, sous certaines conditions, être envisagée. Cette grille de lecture permettrait d'articuler le nouvel article 1171 du Code civil avec les règles spéciales du Code de la consommation et du Code de commerce. *De lege ferenda*, cette grille de lecture pourrait être mobilisée pour régler la question de l'articulation entre deux mécanismes de cession de créances en garantie¹⁷¹, celui du Code monétaire et financier et celui du Code civil, que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés envisage de consacrer.

1°/ L'exclusivisme de la règle spéciale

Une lecture stricte de l'article 1105 du Code civil conduit à considérer que les règles particulières excluent toujours la règle générale. Le champ d'application de la règle générale serait ainsi cantonné, comme nous l'avons récemment démontré à l'occasion d'une étude des cessions de créances réglementées par le Code monétaire et financier et par le Code civil, à trois hypothèses¹⁷² : celle de l'inapplicabilité de la règle spéciale d'abord, celle du silence de la règle spéciale ensuite et enfin, l'hypothèse dans laquelle la règle spéciale n'a plus vocation à s'appliquer en raison d'une disqualification du contrat comme celle frappant la cession Dailly

¹⁶⁹ Exigence requise par l'article L. 527-4 du Code de commerce avant sa modification par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

¹⁷⁰ C. civ., art. 1105 al. 2.

¹⁷¹ Deux mécanismes permettent actuellement de transférer temporairement la propriété de créances en garantie d'une dette, la cession Dailly du Code monétaire et financier (CMF, art. L. 313-23 et s.) et la fiducie-sûreté (C. civ., art. 2011 et s. et art. 2372-1 à 2372-6).

V. Lasbordes - de Virville, « **La cession de créances à titre de garantie** » in, Les garanties des opérations bancaires, RD bancaire et fin. 2009, pp. 81 à 88.

¹⁷² V. Lasbordes - de Virville, « **Les cessions de créance, rapprochements et articulation** », LPA, 26 fév. 2019, n° 41, pp. 4 à 16.

en cas de non-respect du formalisme légal¹⁷³. Le titre ne valant plus acte de cession de créances professionnelles, il dégénère en une cession de créances soumise aux dispositions du Code civil¹⁷⁴.

C'est dans ce sens que pourrait être réglée la question de l'articulation entre le droit commun du déséquilibre significatif, issu de l'article 1171 du Code civil, et les règles particulières du droit de la consommation d'une part et du droit des pratiques restrictives de concurrence d'autre part¹⁷⁵. Sous réserve qu'elles soient applicables au litige, ces règles excluraient l'invocation de l'article 1171 du Code civil. Cette lecture est confortée par le caractère d'ordre public de la règle spéciale mais aussi, s'agissant de la disposition consumériste, de l'obligation faite au juge de relever d'office le caractère abusif de la clause d'un contrat conclu entre professionnel et consommateur ou non professionnel¹⁷⁶.

De lege ferenda, cette lecture de l'article 1105 du Code civil règlera, en faveur de la règle spéciale, l'articulation entre les dispositions légales qui reconnaissent une fonction de garantie à la cession de créances. Actuellement, seule la cession de créances professionnelles¹⁷⁷ réalise, dans l'intérêt du créancier cessionnaire, le transfert temporaire de la propriété de créances. L'avant-projet Capitant de réforme du droit des sûretés, comme l'article 60, 9° de la loi PACTE du 22 mai 2019 habilitant le gouvernement à réformer par ordonnance le droit des sûretés, envisage de conférer à la cession de créance du Code civil une fonction de garantie. Coexisteront deux régimes de transferts temporaires de la propriété de créances en garantie : l'un, spécial, réglementé par le Code monétaire et financier, l'autre réglementé par le Code civil. Cette coexistence posera la question, pour les parties éligibles au texte spécial, de l'option en faveur du Code civil. Sous réserve qu'elle présente un intérêt¹⁷⁸, la soumission du contrat de cession aux articles 1321 et suivants du Code civil devrait être exclue, la règle spéciale dérogeant à la règle générale.

L'automaticité de la primauté de la règle spéciale sur la règle générale pourrait toutefois être atténuée au profit d'une application cumulative des règles¹⁷⁹. Cette application cumulative est conditionnée à l'absence d'antinomie entre les règles.

2°/ Le cumul de la règle spéciale et de la règle générale

L'application cumulative de la règle spéciale et de la règle générale est d'abord subordonnée à l'absence d'incompatibilité entre les règles. Elle suppose ensuite qu'un enjeu y soit attaché.

¹⁷³ CMF, art. L. 313-23.

¹⁷⁴ La menace d'autant plus sérieuse que la jurisprudence fait preuve de rigueur quant au respect du formalisme de la cession Dailly, v. par exemple, Cass. com., 25 fév. 2003, n° 00-2217, V. Lasbordes - de Virville, « **Formalisme des cessions de créances professionnelles, la Cour de cassation persiste et signe : l'action ne paiement formée par le cessionnaire et subordonnée à la production du bordereau Dailly** », LPA, 22 déc. 2004, n° 255, pp. 14 à 19.

¹⁷⁵ En ce sens, M. Béhar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », JCP 2016, éd. G, I, 391.

¹⁷⁶ C. consom., art. R. 632-1 al. 2.

¹⁷⁷ La cession fiduciaire réalise, elle aussi, sur un transfert temporaire de propriété, de créances notamment, mais elle implique la constitution d'un patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine du fiduciaire et de celui du bénéficiaire de la fiducie. V., V. Lasbordes- de Virville, « **La cession de créances à titre de garantie** », *préc.*

¹⁷⁸ Ce qui ne nous semble pas le cas, du moins dans un premier temps, dans la mesure où l'avant-projet de consacrer que deux articles au régime juridique de la cession de créance en garantie là où la jurisprudence, rendue en application de la loi Dailly du 2 janvier 1981, en a précisé le régime dans un sens qui plus est favorable au cessionnaire, v., V. Lasbordes- de Virville, « **La cession de créances à titre de garantie** », *préc. spéc.* n° 25.

¹⁷⁹ Ch. Goldié-Génicon, « Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats », préf. Y. Lequette, LGDJ, bibl. dt privé, t. 509, 2009.

L'absence d'incompatibilité entre les règles spéciales et la règle générale conditionnera l'invocation de l'article 1171 du Code civil par une partie à un contrat d'adhésion qui se prétendra victime d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations. Outre une finalité commune de protection, les similitudes entre le texte consommériste et celui du Code civil sont nombreuses. Que l'on envisage le critère requis (le déséquilibre significatif, emprunté par le droit commun au Code de la consommation), l'objet de la clause (qui connaît la même limite dans les deux dispositifs) ou la sanction du déséquilibre (le réputé non écrit), les règles n'apparaissent pas antinomiques. Cette absence d'incompatibilité pourrait en théorie justifier leur application cumulative¹⁸⁰.

S'agissant de la compatibilité entre la règle générale et celle issue du droit des pratiques restrictives de concurrence, la doctrine est plus divisée¹⁸¹ en particulier en raison de la compétence des juridictions spécialisées dans le contentieux du déséquilibre significatif du Code de commerce¹⁸². L'invocation du droit commun ne devrait pas permettre à un plaideur de contourner cette spécificité procédurale¹⁸³ à moins que la juridiction soit exclusivement saisie au titre de l'article 1171 du Code civil. La règle spéciale de compétence exclut seulement qu'une juridiction non spécialisée soit saisie sur le fondement du texte du Code de commerce¹⁸⁴. En admettant qu'il ne s'agit pas là d'une cause d'incompatibilité entre les deux corps de règles, le juge ne devrait pas être contraint de rejeter l'action fondée sur le droit commun¹⁸⁵ à la condition que le contrat soit un contrat d'adhésion comme l'exige l'article 1171 du Code civil. Encore faut-il qu'un enjeu soit attaché à ce cumul.

A l'égard du consommateur ou du non-professionnel, l'application cumulative du Code de la consommation et du Code civil ne présente pas d'enjeu tant l'action du consommateur est facilitée par la législation consommériste. Facilitée, d'abord, par les listes légales de clauses présumées abusives qui dispensent le consommateur de la charge probatoire du déséquilibre significatif¹⁸⁶. Facilitée, ensuite, par les recommandations de la Commission des clauses abusives « qui favorisent l'identification des clauses créant un déséquilibre significatif et possèdent une vertu incitative pour les consommateurs qui en sont victimes »¹⁸⁷.

Entre professionnels, l'enjeu d'une application cumulative du droit commun et du droit spécial apparaît largement atténué par la modification de l'article L. 442-6, I du Code de commerce réalisée par l'ordonnance Egalim n° 2019-359 du 24 avril 2019. Un enjeu demeure toutefois. Il tient à l'objet de la clause et favorise le texte spécial lequel n'exclut pas, contrairement à l'article 1171 du Code civil, les clauses relatives à l'objet du contrat et à l'adéquation du prix à la prestation. Le Code de commerce permet ainsi de sanctionner le déséquilibre significatif qui résulterait d'une clause de prix ce que le Code civil interdit formellement¹⁸⁸. Par ailleurs, la modification des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence pourrait renforcer l'attrait de la règle spéciale. C'est la conséquence,

¹⁸⁰ G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. com. Dalloz, « Déséquilibre significatif », *spéc.* n° 182.

¹⁸¹ F-X. Licari, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », RLDC déc. 2017, p. 10.

¹⁸² C. com., art. D. 442-3 et D. 442-4.

¹⁸³ M. Malaurie-Vignal, « Un, deux ou trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux », in Mélanges en l'honneur de Cl. Lucas de Leyssac, 2019, LexisNexis, p. 359.

¹⁸⁴ *V.* en ce sens, A. Hontebeyrie, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », D. 2016, p. 2180. L'auteur relève, en revanche, une incompatibilité entre la prescription des sanctions du réputé non écrit et de la nullité exclusive d'une application simultanée des deux textes.

¹⁸⁵ G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. com. Dalloz, « Déséquilibre significatif », *préc., spéc.* n° 184.

¹⁸⁶ C. consom., art. R. 212-1 et R. 212-2.

¹⁸⁷ G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. com. Dalloz, « Déséquilibre significatif », *préc., spéc.* n° 182 ; X. Lagarde, « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », D. 2016, p. 2174.

¹⁸⁸ V. Lasbordes - de Virville, « **Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale** », RLC 2016/54, pp. 19 à 25. *V.*, Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547.

d'une part, de l'abandon de l'exigence probatoire de la qualité de « partenaire commercial » de la victime du déséquilibre significatif et, d'autre part, de la faculté désormais expressément reconnue à la victime de « faire constater la nullité des clauses ou contrats illites »¹⁸⁹. En permettant à la victime d'obtenir la neutralisation de la clause en plus de dommages et intérêts, le Code de commerce limite l'enjeu d'une application cumulative du droit commun et de la règle spéciale. Reste un obstacle, à ne pas minimiser¹⁹⁰. La victime devra prouver la soumission ou la tentative de soumission de la part du contractant qui exerce une activité de production, de distribution ou de services.

Les modifications apportées à la sanction du déséquilibre significatif par le Code de commerce invitent à envisager de façon plus approfondie le régime de l'action individuelle conduisant à la suppression du déséquilibre des droits et obligations des parties. Prescription, sort du contrat, pouvoirs du juge donnent-ils lieu à un traitement différencié selon que la clause est nulle ou réputée non écrite ? Ces réflexions pourraient être menées par un étudiant à l'occasion d'un mémoire de Master 2 et être prolongées par une réflexion doctorale, co-dirigée eu égard à la technicité de la matière, avec un enseignant-chercheur processualiste.

A l'exception de la victime d'un dommage corporel, la réception de la règle spéciale par ses destinataires naturels laisse assez peu de place à la liberté contractuelle. Même lorsqu'une option est permise, elle se trouve désormais neutralisée par l'obligation faite au juge de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, même si le demandeur ne les a pas invoquées¹⁹¹.

Des recherches récentes nous ont donné l'occasion de prolonger notre réflexion relative aux incidences, pour le législateur, de la spécialisation du droit des obligations. Nous avons pu identifier deux mouvements dont il sera intéressant d'observer la permanence au regard des réformes annoncées.

§ 2. La réception de la règle spéciale par le législateur

Abordée sous l'angle du législateur, la réflexion consiste à analyser les incidences de la réception de la règle spéciale par le droit commun des contrats et de la responsabilité civile. L'enrichissement du droit commun par la récente réforme du droit des contrats est incontestable (A). Ce premier constat s'accompagne, à l'examen de différents projets de réforme, de celui d'un renforcement de la spécialisation du droit des obligations aux fins de protection (B).

A. L'enrichissement du droit commun

La réforme du droit des contrats réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016 offre plusieurs exemples d'emprunts aux droits et régimes spéciaux. Les innovations sont nombreuses¹⁹² qui enrichissent le droit commun des contrats à raison de mécanismes exprimant des préoccupations jusque-là ignorées (ou presque) du Code civil. Ce constat trouve un prolongement naturel dans une réflexion relative à la permanence de la spécificité de la règle

¹⁸⁹ C. com., art. L. 442-4, I, al. 2.

¹⁹⁰ La Cour de cassation a récemment rappelé que cette condition implique de démontrer l'absence de négociations effective des clauses incriminées et que si le marché de la grande distribution peut constituer un indice, il doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective, Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12823, Contrats conc. consom. 2020, comm. n° 6, obs. N. Mathey.

¹⁹¹ Cass. ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25651, D. 2018, p. 43, obs. O. Gout.

¹⁹² Bros S. (ss la dir. de), « Les innovations de la réforme du droit des contrats », Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018.

spéciale. En effet, certains de ces emprunts aux droits et régimes spéciaux s'accompagnent d'une dilution de la règle spéciale dont le particularisme s'atténue à mesure de l'enrichissement du droit commun.

1°/ L'enrichissement par inspiration du droit spécial

Le droit commun des contrats s'est incontestablement enrichi de mécanismes exprimant des exigences et des préoccupations nouvelles. L'exigence de justice contractuelle est ainsi consacrée dans le Code civil où elle coexiste avec des dispositifs répondant à des considérations plus pragmatiques tournées vers l'efficacité et l'attractivité économiques du modèle contractuel français¹⁹³. C'est ainsi tout naturellement que nous avons choisi de contribuer aux Mélanges en l'honneur de Madame le professeur Corinne Saint-Alary-Houin, qui fut l'inspiratrice de notre sujet de thèse de doctorat, en revenant sur les contrats déséquilibrés¹⁹⁴.

Nous avons **d'abord** montré comment, s'inspirant ouvertement du droit de la consommation, l'ordonnance avait introduit dans le Code civil des instruments de justice contractuelle indépendants de la qualité des parties. Sont ainsi réputées non écrites deux catégories de clauses. D'une part, la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et ce, quelle que soit la nature du contrat dans lequel la clause aura été insérée¹⁹⁵. D'autre part, la clause non négociable d'un contrat d'adhésion¹⁹⁶, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁹⁷. L'article 1190 du Code civil pose, par ailleurs, une règle d'interprétation *in favorem* elle aussi inspirée de la législation consumériste¹⁹⁸. Dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé.

L'article 1143 du Code civil, officialisant l'œuvre raisonnée du juge, sanctionne le fait pour une partie d'abuser de l'état de dépendance dans lequel se trouve son contractant à son égard pour en tirer un avantage manifestement excessif. Ce texte, qui ne réserve pas son application à un type particulier de déséquilibre et s'applique donc au déséquilibre des clauses comme du prix, corrige, par la nullité du contrat, le déséquilibre subi par le contractant dépendant. C'est cette dépendance, particulièrement marquée dans les relations entre les fournisseurs et les entreprises de la grande distribution, dont tient compte le droit des pratiques restrictives de concurrence depuis la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

Prolongeant une disposition du Code de commerce imposant la renégociation des contrats affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires¹⁹⁹, l'article 1195 du Code civil réalise une évolution majeure du droit privé des contrats dans l'intérêt du contractant victime d'un déséquilibre grave consécutif à un changement imprévisible des circonstances ayant présidées à la conclusion du contrat. Cette protection

¹⁹³ H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ 2016, p. 247.

¹⁹⁴ V. Lasbordes- de Virville, « **Retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** », à paraître *in*, Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin, 2020.

¹⁹⁵ C. civ., art. 1170.

¹⁹⁶ Contrairement au projet d'ordonnance qui ne cantonnait pas le domaine d'application du dispositif protecteur, l'étendant à tout contrat. Cette acception extensive de ce nouvel instrument de justice contractuelle avait suscité des réserves doctrinales, v. S. Bros, « Article 1169 : le déséquilibre significatif », RDC 2015, p. 761.

¹⁹⁷ C. civ., art. 1171.

¹⁹⁸ C. consom., art. L. 211-1, disposition issue de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives mais formellement détachée par le législateur français qui l'a insérée dans un chapitre relatif à la présentation des contrats.

¹⁹⁹ C. com., art. L. 441-8 issu de la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014.

procède de la reconnaissance, sous certaines conditions, d'un droit à la renégociation du contrat. Elle se prolonge en cas de refus ou d'échec de la renégociation par la possibilité, inédite jusque-là en droit commun, d'une révision judiciaire du contrat à la demande des parties ou de l'une d'elles.

Nous avons, **ensuite**, relevé la place réservée par la réforme à des considérations nouvelles d'attractivité et d'efficacité économiques. Parmi ces innovations, plusieurs trouvent leur inspiration dans les droits spéciaux.

Ainsi, afin de restaurer l'attractivité de la cession de créances du Code civil, l'ordonnance du 10 février 2016 en a modernisé le régime juridique par différents emprunts au droit spécial de la cession de créances professionnelles issu de la loi Dailly du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises²⁰⁰. La principale manifestation du rapprochement des régimes de transmission conventionnelle de créances concerne l'opposabilité de la cession aux tiers²⁰¹. La réforme substitue à la formalité lourde et onéreuse de l'ancien article 1690 du Code civil, une modalité simplifiée dissociant, sur le modèle de la cession Dailly, l'opposabilité aux tiers, fixée à la date de l'acte, de l'opposabilité au débiteur cédé laquelle résulte de la notification de la cession par le cessionnaire²⁰². L'observation de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés prolonge, par ailleurs, le constat de l'enrichissement du droit commun par des emprunts au droit spécial. C'est un enrichissement fonctionnel de la cession de créance du Code civil qu'annonce le projet d'article 2373 selon lequel « la propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 et suivants ». La réglementation spéciale de la cession de créances professionnelles est à l'origine de ce texte qui permettra à un créancier de se voir transférer la propriété temporaire de créances en garantie là où la jurisprudence ne voyait qu'un nantissement de créances²⁰³.

Des dispositions nouvelles du droit de l'exécution du contrat s'inspirent également de règles spéciales. Rappelant un dispositif spécial du Code de commerce liant le sort des différents contrats conclus entre des partenaires commerciaux afin de protéger le distributeur affilié et de stimuler la concurrence²⁰⁴, l'article 1186 du Code civil prévoit que la disparition d'un contrat d'un ensemble réalisant une même opération entraîne la caducité des autres contrats de l'ensemble²⁰⁵. Si la caducité des contrats interdépendants préserve les intérêts de l'un des contractants pour le libérer de l'exécution d'un contrat qui ne présente plus d'intérêt, elle contribue aussi à l'attractivité du droit français.

²⁰⁰ CMF, art. L. 313-21 et s.

²⁰¹ V. Lasbordes - de Virville, « **Les cessions de créance, rapprochements et articulation** », LPA, 26 fév. 2019, n° 41, pp. 4 à 16, *spéc.* n° 6.

²⁰² C. civ., art. 1324 al. 1^{er}, « la cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte ».

²⁰³ CMF, art. L. 313-24. Sur cette question, v., « **Les cessions de créance, rapprochements et articulation** », LPA, 26 fév. 2019, n° 41, pp. 4 à 16.

²⁰⁴ C. com., art. L. 341-1 issu de la loi Macron du 6 août 2015 : « L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.

La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article ».

²⁰⁵ Plutôt qu'une innovation de la réforme, c'est d'une consécration de la jurisprudence dont il s'agit ici, v. Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22927 et 11-22768 ; v. sur cette question, S. Bros, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », D. 2016, p. 29.

Cette attractivité ressort pareillement de la consécration du pouvoir de fixation unilatérale du prix dans des contrats pour lesquels il n'est pas possible, ou simplement pas opportun, de fixer le prix dès l'échange des consentements. Des considérations économiques sous-tendent ainsi les articles 1164 et 1165 du Code civil relatifs aux contrats cadre et aux contrats de prestation de services tandis que la protection du débiteur du prix y est également présente à travers le contrôle et la sanction de l'abus. Envisager les articles 1164 et 1165 du Code civil c'est-à-dire, des règles propres à certains contrats, invite à s'interroger sur la dilution que pourraient connaître ces règles spéciales du fait de leur intégration dans le droit commun.

2°/ L'enrichissement par dilution du droit spécial

La dilution de la règle spéciale est une conséquence de son intégration dans le droit commun des contrats. L'ordonnance du 10 février 2016 en livre un exemple avec la réduction du prix²⁰⁶ tandis que l'avant-projet Capitant de réforme du droit des sûretés invite au même constat à propos du régime du cautionnement et de la cession de créance.

L'ordonnance du 10 février 2016 a généralisé la réduction du prix jusque-là réservée aux ventes commerciales²⁰⁷, à la vente d'un bien affecté d'un vice caché²⁰⁸, aux ventes immobilières en cas d'erreur de contenance ou de mesure²⁰⁹ ainsi qu'aux ventes de biens meubles corporels conclues entre professionnels et consommateurs²¹⁰. Cette sanction permet le maintien du contrat après un rééquilibrage du prix pour tenir compte de l'exécution imparfaite d'une obligation. Elle est désormais envisagée à l'article 1217 du Code civil qui énumère les différentes sanctions de l'inexécution du contrat indépendamment de sa nature et de la qualité des parties. Par contre coup, cette spécificité du droit « commun » de la vente disparaît²¹¹. Le régime juridique de l'action estimatoire devrait-il, en conséquence, être aligné sur celui que décrit désormais l'article 1223 du Code civil ? La dilution de la sanction spéciale au sein du droit commun des sanctions de l'inexécution rejaillira-t-elle sur son régime ? La question se pose avec plus de netteté encore à la lecture de l'avant-projet Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux. Ce texte, présenté le 26 juin 2017²¹², prévoit dans un article 31, relatif aux sanctions du vice caché, que « l'acheteur peut réduire le prix dans les termes de l'article 1223 ou résoudre la vente ». Le changement serait majeur puisque le renvoi soumettrait incontestablement la réduction du prix au régime de l'article 1223 du Code civil. Il suffirait à l'acquéreur d'un bien affecté d'un vice caché n'ayant pas encore payé de notifier, au vendeur, la réduction proportionnelle du prix. C'est seulement dans le cas contraire, où le prix aura déjà été payé, que l'intervention du juge serait nécessaire. Cette déjudiciarisation innove en matière

²⁰⁶ On notera que d'autres dispositions afférentes au régime de la vente figurent dans le droit commun des contrats, qu'il s'agisse du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat (C. civ., art. 1123 et 1124) ou du transfert de la propriété et des risques (C. civ., art. 1196).

²⁰⁷ Sous l'appellation de réfaction.

²⁰⁸ C. civ., art. 1644.

²⁰⁹ C. civ., art. 1617 et 1619.

²¹⁰ L'article L. 217-10 du Code de la consommation envisage la réduction du prix mais à titre subsidiaire, la réparation ou le remplacement du bien non conforme étant privilégiés. Cette hiérarchisation des sanctions de la non-conformité est issue de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, art. 3

²¹¹ D'autres demeurent, qu'il s'agisse du délai pour agir (C. civ., art. 1648), du régime des clauses limitatives de garantie (C. civ., art. 1643 tel qu'interprété par la jurisprudence) ou encore du droit, conditionné à la mauvaise foi du vendeur, à des dommages et intérêts (C. civ., art. 1645 et 1646).

²¹² D. 2017, p. 1660. Ch.- E. Bucher, « Le contrat de vente est-il un contrat spécial ? Réflexions à partir de la garantie des vices cachés », *in*, Mélanges en l'honneur de G. Pignarre, « Un droit en perpétuel mouvement », LGDJ 2018, p. 175.

de sanction du vice caché puisqu'historiquement, les actions rédhitoire et estimatoire de l'article 1644 du Code civil ont toujours nécessité l'intervention du juge pour leur prononcé.

Ces observations nous inviteront, à l'occasion d'un article, à réfléchir à la coexistence entre les différentes actions ouvertes à l'acquéreur insatisfait : les deux actions issues du Code civil, l'action en responsabilité contractuelle pour manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme et l'action en garantie des vices cachés, et l'action en garantie de conformité du Code de la consommation. Il règne en la matière une complexité que la directive 2019/771UE du 20 mai 2019, en maintenant l'option du consommateur en faveur du droit de la vente²¹³, n'a pas vocation à dissiper.

Plus qu'une complexité, c'est surtout d'une incohérence dont il s'agit depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Ce texte a modernisé les sanctions de l'inexécution du contrat en mettant à l'honneur l'unilatéralisme, en particulier dans la mise en œuvre des sanctions. La déjudiciarisation qui en résulte affecte le contrat de vente et spécialement l'action en manquement à l'obligation de délivrance conforme qui, en l'absence de texte spécifique, relève pour sa sanction du droit commun²¹⁴. La non-conformité du bien vendu aux stipulations contractuelles peut désormais se résoudre sans recourir au juge.

Quant à l'article L. 217-10 du Code de la consommation envisageant la résolution de la vente ou la réduction du prix, il n'est pas dit qu'elles doivent être demandées au juge. Il serait même dans la logique du texte européen que de se passer du juge lequel n'interviendra qu'en cas de conflit²¹⁵.

L'action en garantie des vices cachés reste, quant à elle, soumise à des textes qui n'ont pas été modifiés depuis 1804 et dont le vieillissement, déjà souligné est aujourd'hui plus marqué. La transposition de la directive 2019/771 UE du 20 mai 2019 offre une occasion d'envisager la réforme du droit des contrats spéciaux, et du régime du contrat de vente en particulier, en l'articulant avec les règles spéciales issues de la transposition. Cela est d'autant plus nécessaire que l'acquéreur consommateur peut faire le choix du « droit commun » de la vente en présence de défauts qui n'étaient pas apparents au moment de la vente. La garantie du Code civil pourrait être repensée afin de lever toute incertitude sur l'application du droit commun des contrats dans le silence de la règle spéciale. Un point en particulier retiendra notre attention qui tient à la place du juge dans la mise en œuvre des sanctions du vice caché. Depuis la réforme de 2016, cette question se pose pour l'action estimatoire et pour l'action rédhitoire où elle se prolonge par celle afférente au droit du vendeur à indemnisation pour jouissance ou usure de la chose par l'acquéreur²¹⁶.

L'article 1223 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016 nous a conduit à mesurer l'incidence, pour la règle spéciale, des emprunts réalisés par le droit commun des

²¹³ Art. 3 § 7 : « En outre, la présente directive ne porte pas atteinte aux règles nationales ne régissant pas spécifiquement les contrats de consommation et prévoyant des recours spécifiques pour certains types de défauts qui n'étaient pas apparents au moment de la conclusion du contrat de vente ».

²¹⁴ C. civ. art. 1221 (exécution forcée en nature), art. 1223 (réduction du prix), art. 1226 (résolution extra judiciaire).

²¹⁵ V., N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2^{ème} éd. 2018, *spéc.* n° 1018 et 1021. La directive 2020/771 du 20 mai 2019 conforte l'analyse ne précisant que « Le consommateur exerce son droit à la résolution du contrat en adressant au vendeur une déclaration qui fait état de sa décision d'exercer son droit à la résolution du contrat de vente » (art. 16).

²¹⁶ Réglée par la jurisprudence (v., Cass. civ. 1^{ère}, 19 fév. 2014, n° 12-15520), la question reçoit depuis l'ordonnance de 2016 une réponse différente aux articles 1352-1 et 1352-3 du Code civil.

contrats. *De lege ferenda*, l'avant-projet Capitant de réforme du droit des sûretés invite à prolonger cette réflexion dans deux directions.

La première concerne les sûretés personnelles et en particulier, le sort réservé aux règles spéciales applicables au contrat de cautionnement consenti par une personne physique à un établissement de crédit ou à un créancier professionnel. Les règles applicables au cautionnement figurent dans le chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre IV du Code civil relatif aux sûretés. Elles coexistent, depuis une loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 et la loi Dutreil n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, avec des règles spécifiques au contrat de cautionnement conclu entre, d'une part, une caution personne physique et, d'une part, un établissement de crédit ayant consenti un crédit, mobilier ou immobilier, relevant de la réglementation spéciale du Code de la consommation²¹⁷ ou un créancier professionnel²¹⁸. Ces règles spéciales organisent la protection de la caution personne physique au moyen d'un formalisme imposé à titre de validité du contrat de cautionnement, d'un contrôle exceptionnel de l'absence de disproportion de l'engagement au regard des biens et revenus de la caution ainsi que par une information particulière du garant. Si ces règles partagent incontestablement avec le droit de la consommation une finalité protectrice, leur champ d'application *rationae personae* n'est pas réservé à la caution consommateur voire non-professionnel. C'est la protection de la caution personne physique qui est organisée de sorte que le bénéfice des règles protectrices profite, de la même façon, à la caution dirigeante de société. L'avant-projet Capitant de réforme du droit des sûretés intègre ces règles particulières, parfois en les adaptant²¹⁹, au sein du Code civil. La protection de la caution personne physique se trouve rehaussée au sein du livre IV du Code civil. Corrélativement, l'intégration de la règle spéciale dans le Code civil s'accompagnera de l'abrogation des dispositions du Code de la consommation. La dilution de la règle spéciale par son intégration dans le droit commun connaît ainsi des degrés allant de son maintien à son abrogation pure et simple. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés en livre d'ailleurs un autre exemple à propos des sûretés réelles.

Le second constat à l'examen de l'avant-projet de réforme, conséquence de la lisibilité et de l'efficacité économique recherchées, tient dans l'abrogation de certaines sûretés réelles spéciales tombées en désuétude ou devenues inutiles (warrants sur stocks de guerre, warrant industriel, privilège de l'hôtelier). Ces sûretés seraient soumises au droit commun du gage du Code civil à la faveur de certaines adaptations. Ainsi, l'article 2338 du Code civil relatif à la publicité du gage sans dépossession s'enrichirait d'un alinéa tirant la conséquence de l'inclusion du gage automobile dans le droit commun²²⁰. L'article 2346 du Code civil serait, quant à lui, complété par un alinéa inspiré de l'actuel régime du gage commercial qui pourrait ainsi être supprimé²²¹. Le gage commercial, consenti par un commerçant ou un non commerçant en garantie d'une dette commerciale, relèverait désormais du droit commun du gage ce qui

²¹⁷ C. consom., art. L. 314-15 à L. 314-18.

²¹⁸ C. consom., art. L. 331-1 à L. 331-3 ; art. L. 332-1 ; art. L. 333-1 à L. 333-2.

²¹⁹ Le formalisme est ainsi allégé (projet d'art. 2298), la protection est indépendante de la qualité du créancier tandis que la sanction de la disproportion ne réside plus dans la déchéance du droit du créancier de se prévaloir de la garantie mais dans la réduction de l'engagement disproportionné (projet d'art. 2301).

²²⁰ « Lorsqu'il porte sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés, le gage est opposable aux tiers par la déclaration qui en est faite à l'autorité administrative dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

²²¹ Le texte prévoit une réalisation simplifiée de la sûreté en cas de vente forcée du bien gagée : le titulaire d'un gage constitué à des fins professionnelles peut faire procéder à la vente publique par un officier compétent, huit jours après une simple signification faite au constituant.

aurait notamment pour conséquence, contrairement à la solution jurisprudentielle, de soumettre sa validité à un formalisme *ad validitatem* par application de l'article 2336 du Code civil²²².

L'observation de la réception de la règle spéciale par le législateur révèle un premier mouvement qui s'exprime par un enrichissement du droit commun. Cet enrichissement qu'illustre la récente réforme du droit des contrats a vocation à se prolonger avec les réformes annoncées en particulier, celle du droit des sûretés qui réalise un enrichissement à la fois qualitatif et quantitatif du droit commun des sûretés, personnelles et réelles. Les réformes à venir sont en même temps porteuses d'un second mouvement renforçant cette fois la spécialisation du droit des obligations.

B. Le renforcement de la spécialisation

L'observation des réformes à venir, d'initiative interne et européenne, livre des exemples d'un renforcement de la spécialisation du droit des obligations. Ce renforcement de la spécialisation tient soit à l'objet du contrat, soit à la nature du dommage.

La spécialisation à raison de l'objet du contrat sera abordée plus succinctement dans la mesure où nous n'envisageons pas, à court terme, de mener cette réflexion en dépit de son actualité et des nombreux enjeux qui y sont attachés. La spécialisation à raison de la nature du dommage pourra, quant à elle, faire l'objet de travaux complémentaires tant elle s'inscrit dans le prolongement des constats auxquels nous ont conduit l'observation du droit positif.

1°/ Spécialisation à raison de l'objet du contrat

Dans l'objectif d'adapter le régime de la vente au commerce électronique et à l'environnement numérique tout en assurant un niveau élevé de protection aux consommateurs, le législateur européen a présenté le 9 décembre 2015 deux propositions de directives. La proposition COM(2015)635 final envisageait l'introduction d'un régime spécial de conformité pour les ventes de biens meubles corporels conclues hors présence physique du professionnel et du consommateur. Cela revenait à faire coexister deux régimes de conformité selon le mode de conclusion du contrat. Le contrat conclu en présence physique du professionnel et du consommateur aurait été soumis à la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 tandis que celui conclu à distance aurait obéi à un régime spécifique de conformité²²³. Cette surspécialisation de la garantie de conformité dans les ventes entre professionnels et consommateurs a finalement été évitée au profit d'une garantie unique adaptée à l'objet du contrat c'est-à-dire, à des biens comportant des éléments numériques au sens d'éléments nécessaires à la fonctionnalité du bien vendu et ne servant pas exclusivement à transporter du contenu. Tel est le domaine de la directive 2019/771/UE applicable à un bien meuble corporel y compris s'il intègre un contenu numérique ou un service numérique ou s'il est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions (les objets connectés)²²⁴.

²²² Ce qui serait une évolution opportune aux fins de protection du constituant, v. A. Hontebeyrie, « Le gage et le nantissement », *in*, Quelle réforme pour le droit des sûretés ?, ss la dir. de Y. Blandin et V. Mazeaud, Dalloz 2019, coll. Thèmes et commentaires, p. 21 et s. ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », RTD civ. 2013, p. 255.

²²³ V., « Contrats de fourniture de contenu numérique. Enjeux des négociations en cours sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil- Expertise du réseau Trans Europe Experts et de l'INRIA », Contrats conc. consom. fév. 2017, Dossier spécial, pp. 21 à 56.

²²⁴ Directive 2019/771 UE du 20 mai 2019, art. 2 § 5. V., C. Aubert de Vincelles, « Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur. A propos de la directive 2019/771/UE du 20 mai

La proposition de directive COM(2015)634 final du 9 décembre 2015 prévoyait, quant à elle, l'harmonisation de certains aspects d'une figure contractuelle nouvelle, le contrat de fourniture de contenu numérique. La spécificité de son objet appelle l'adaptation des règles concernant la conformité au contrat et les modes de dédommagement du consommateur en cas de non-conformité. La directive 2019/770 UE du 20 mai 2019 poursuit cet objectif d'adaptation des législations nationales à cet objet contractuel particulier qu'est le contenu numérique. Son domaine d'application couvre les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques à l'exclusion des contrats de vente de biens comportant des éléments numériques qui ne servent pas exclusivement au transport du contenu qui relèvent de la directive 2019/771 UE du 20 mai 2019.

Pour qui s'intéresse à la spécialisation du droit des obligations, les directives du 20 mai 2019 et les textes qui réaliseront leur transposition en droit interne²²⁵, nourrissent la réflexion en invitant à repenser les contours de certaines notions du droit français des contrats, celles de contrat à titre onéreux et de contrepartie en particulier.

D'harmonisation totale ciblée, la directive 2019/770 laisse une marge de manœuvre aux Etats membres renvoyant aux législations nationales le soin de déterminer la nature juridique des contrats de fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique²²⁶. Il reviendra au législateur de qualifier cette figure contractuelle nouvelle, soit en la rattachant à une catégorie existante, qu'il s'agisse de la vente, du contrat de prestation de service voire du contrat de location, soit en l'érigeant en un contrat *sui generis*.

Le choix du législateur national sera influencé par les dispositions relatives au champ d'application de la directive et aux définitions des notions qu'elle véhicule. La directive s'applique d'abord à « tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu au consommateur et le consommateur s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix »²²⁷. Une première spécificité apparaît à propos du prix, entendu comme une somme d'argent mais aussi, comme « une représentation numérique de valeur due en échange de la fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique »²²⁸. Une seconde spécificité tient ensuite dans la reconnaissance d'une contrepartie non monétaire à la fourniture de contenus ou de services numériques²²⁹. Le texte s'applique en effet à tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu ou un service numérique au consommateur en contrepartie de données à caractère personnel ou professionnel²³⁰.

Reconnaître que la contrepartie puisse résulter d'un transfert de données, personnelles ou professionnelles, constitue une innovation induite par l'économie numérique à propos de

2019 », JCP 2019, I, 758 ; S. Bernheim-Desvaux, « Directive relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques » Contrats conc. consom. 2019, comm. n° 130 ; D. Staudenmayer, « Les directives européennes sur les contrats numériques », RDC 2019 n° 4, p. 125.

²²⁵ Un projet de loi du 12 fév. 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière habilite le gouvernement à transposer ces directives par ordonnance.

²²⁶ Dir. 2019/770 UE, consid. 12.

²²⁷ Art. 3 § 1.

²²⁸ Art. 2 § 7, par exemple des chèques ou des coupons électroniques voire des monnaies virtuelles.

²²⁹ Cela était déjà prévu par la proposition de directive du 9 déc. 2015. Le but de la Commission était d'« éviter des stratégies de contournement des opérateurs qui pour échapper aux dispositions protectrices du consommateur issues de la directive à venir, pourraient être tentés de sortir du champ d'application de la directive » en stipulant une contrepartie (en données) non prévue par le texte européen, v. M. Béhar-Touchais, « La recherche d'une concurrence équitable en matière de vente de contenus numériques en ligne (à propos des considérants n° 11 et 13 de la proposition de directive du 9 déc. 2015) », Dalloz IP/IT, 2017, p. 26.

²³⁰ A moins que ces données à caractère personnel soient exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu ou le service numériques ou encore pour permettre au professionnel de remplir les obligations légales qui lui incombent, pour autant que le professionnel ne traite pas ces données à une autre fin, art. 3 § 1 al. 2.

laquelle la commission des clauses abusives avait appelé à la vigilance, recommandant la condamnation des clauses des contrats de « réseautage social » laissant penser au consommateur qu'il profite d'un service gratuit²³¹. Pour l'observateur du droit des contrats, cette figure contractuelle pose d'intéressantes questions de qualification qu'un étudiant pourrait envisager à l'occasion d'un mémoire de recherche sur les transformations et les évolutions du droit des contrats spéciaux²³². Parce qu'elle est indissociable de la question de la protection des données, une réflexion plus approfondie impliquera, toutefois, une co-direction menée avec un enseignant-chercheur spécialiste de cette question.

A côté de l'objet du contrat, le renforcement de la spécialisation du droit des obligations apparaît guidé par la nature du dommage subi par la victime.

2°/ Spécialisation à raison de la nature du dommage

La réforme annoncée du droit de la responsabilité civile réalisera une modernisation d'un droit codifié en 1804 qui ne reflète plus le droit positif, essentiellement issu de la jurisprudence dont les créations privilégient l'indemnisation de la victime. Inspiré des travaux académiques²³³, l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017²³⁴ apporte des changements majeurs et renouvelle les fonctions de notre droit de la responsabilité civile. Son observation révèle un rehaussement des fonctions préventive et normative de la responsabilité à travers, notamment, la cessation de l'illicite et l'amende civile²³⁵. Quant à la fonction indemnitaire, elle ressort renforcée de l'avant-projet. Ce renforcement procède du traitement spécial réservé au dommage corporel au sein des six chapitres qui composent ce sous-titre II relatif à « la responsabilité civile », largement restructuré. La nature de l'atteinte déclencherait, pour la victime ne relevant pas d'un régime spécial, l'application de règles particulières constituant un droit propre à la réparation du dommage corporel coexistant avec un droit commun, quant à lui, modernisé. Ces règles concernent d'une part, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité et d'autre part, les modalités de la réparation. Les premières facilitent l'action de la victime en s'inspirant des régimes spéciaux ; les secondes, volontairement étendues aux différentes procédures d'indemnisation, judiciaires comme extra-judiciaires²³⁶, unifient l'identification et l'évaluation des préjudices consécutifs au dommage corporel. Cette spécialisation de la réparation du

²³¹ Recomm. n° 2014-02 du 7 nov. 2014.

²³² Réflexion déjà nourrie par l'ordonnance du 10 février 2016 de réforme du droit des contrats, sur laquelle v., L. Andreux et M. Mignot, ss la dir. de, « Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations », Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2017, et par l'avant-projet Capitaine de réforme du droit des contrats spéciaux du 26 juin 2017.

²³³ L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2006 ; L'avant-projet Terré rédigé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, Dalloz, 2011.

²³⁴ Sur l'avant-projet, v. G. Viney, « L'espoir d'une recodification », D. 2016, p. 1378 ; J-S Borghetti, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », D. 2017, p. 770 ; S. Carval, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », JCP 2017, I, 401 ; D. Mazeaud, « Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 », in Mélanges à la mémoire de Ph. Néau-Leduc, Litec 2018, p. 711 ; M. Mekki, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », Gaz. Pal. 2 mai 2017, p. 12.

²³⁵ Art. 1266 et 1266-1 de l'avant-projet de loi.

²³⁶ L'article 1267 de l'avant-projet précise en effet que les règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel « sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le débiteur de l'indemnisation ».

dommage corporel donnera lieu à des développements approfondis à partir de plusieurs constats étant, cependant, observé que des études approfondies ont déjà été menées sur ce sujet²³⁷.

S'agissant du contenu de ces dispositions spéciales, on relèvera d'ores et déjà une innovation majeure. Elle tient dans l'unification du fondement de l'action en réparation que prolonge l'adoption de règles substantielles particulières préservant la réparation intégrale du dommage corporel.

S'inspirant de ces régimes spéciaux, l'avant-projet assigne à la réparation du dommage corporel un fondement unique, celui de la responsabilité extracontractuelle alors même que le dommage aurait été causé à l'occasion de l'exécution du contrat²³⁸. Cette décontractualisation de la réparation soumet l'action des victimes à un même régime juridique, à moins que celles-ci choisissent de profiter des stipulations du contrat qui seraient plus favorables. La décontractualisation de la réparation du dommage corporel s'accompagne de l'adoption de règles particulières qui, d'une part, préservent le droit à réparation de la victime et d'autre part, rendent plus prévisibles l'identification et l'évaluation des préjudices dont la réparation est demandée.

L'avant-projet allège, d'abord, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité. Lorsque le dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune est obligée à la dette par le jeu d'une présomption légale susceptible d'être renversée. La contribution à la dette est ensuite proportionnelle à la probabilité que chacun ait causé le dommage comme cela avait pu être jugé par la Cour de Versailles dans le contentieux du Distilbène en particulier²³⁹.

L'avant-projet limite, ensuite, les causes d'exonération opposables à la victime d'un dommage corporel. Tout en affirmant l'effet partiellement exonératoire de la faute de la victime ayant contribué à la réalisation du dommage, le projet d'article 1254 y déroge dans l'intérêt de la victime atteinte dans son intégrité corporelle dont seule une faute lourde est de nature à opérer un partage de responsabilité. La neutralisation de certaines causes d'exonération est également renforcée dans les régimes spéciaux de responsabilité. L'avant-projet écarte ainsi l'exonération pour risque de développement du producteur d'un produit de santé à usage humain (art. 1298-1). Quant au régime spécial d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation, le texte maintient sur ce point une différence de traitement entre les victimes conductrices et non conductrices mais exige, pour les premières, une faute inexcusable et non plus une faute simple pour limiter son droit à réparation.

La réparation intégrale des préjudices consécutifs au dommage corporel apparaît, enfin, préservée par le sort réservé aux clauses ou contrats excluant ou limitant la responsabilité. Leur validité de principe, en matière contractuelle comme extracontractuelle, cède en présence d'un dommage corporel. L'article 1263 de l'avant-projet conforte la préservation du droit à la réparation intégrale du dommage corporel en réservant l'obligation désormais faite à la victime de minimiser son dommage, au seul dommage matériel à l'exclusion du dommage corporel²⁴⁰.

²³⁷ V., O. Gout, « Le dommage corporel », *in*, Vers une réforme de la responsabilité civile française, ss la dir. de B. Mallet-Bricout, Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 147.

²³⁸ Avant-projet, art. 1233-1 : « Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.

Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle ».

²³⁹ Avant-projet, art. 1240. V. *supra*, p. 14.

²⁴⁰ Avant-projet, art. 1281 al. 2, « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».

La faveur pour les victimes d'un dommage corporel ressort également des projets d'articles relatifs à l'identification, à l'évaluation et aux modalités de réparation des préjudices²⁴¹. Afin de réserver un traitement égalitaire aux victimes, l'avant-projet consacre, en les encadrant, des outils utilisés et des pratiques constatées auprès des tribunaux, des assureurs et des fonds d'indemnisation. Un outil d'identification des préjudices résultant d'un dommage corporel est généralisé par l'article 1269 selon lequel « les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'État ». Un outil de mesure de l'atteinte à l'intégrité physique est proposé à travers un barème médical unique. Ainsi, et « sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel après consolidation est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire »²⁴². Pour l'évaluation monétaire de certains préjudices extra patrimoniaux, l'avant-projet préconise le recours à un référentiel indicatif d'indemnisation dont les modalités d'élaboration et de publication seront fixées par décret²⁴³. Ce référentiel, réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions, va de pair avec l'adoption d'une base de données qui « rassemble, sous le contrôle de l'Etat..., les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation ». L'innovation proposée est majeure, la Cour de cassation préservant au contraire le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Elle est aussi mesurée puisque le texte ne retient pas un barème mais une fourchette indicative d'évaluation préservant une appréciation judiciaire *in concreto*²⁴⁴.

Quant aux modalités de réparation de certains préjudices patrimoniaux consécutifs à un dommage corporel (perte de gains professionnels, perte de revenus des proches, assistance tierce personne), le texte privilégie la rente. Toutefois, avec l'accord des parties ou sur décision spécialement motivée, il sera possible de convertir cette rente en capital mais cela se fera cette en application d'une table déterminée par voie réglementaire avec un taux d'intérêt prenant en compte l'inflation²⁴⁵.

Ces différents outils, communs aux procédures judiciaires et extra judiciaires, illustre le renforcement, par le législateur, du traitement spécifique réservé au dommage corporel. Jusque-là exclusivement le fait de législations spéciales, la protection de la victime d'un dommage

²⁴¹ Avant-projet, art. 1267 à 1271.

²⁴² Avant-projet, art. 1270.

²⁴³ Art. 1271 : « Un décret en Conseil d'État fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué régulièrement en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions.

A cette fin, une base de données rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation ».

²⁴⁴ O. Gout, art. *préc.*, *spéc.* p. 155.

²⁴⁵ Avant-projet, art. 1272 : « L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente. Celle-ci est indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire fondée sur un taux d'intérêt prenant en compte l'inflation prévisible et actualisée tous les trois ans suivant les dernières évaluations statistiques de l'espérance de vie publiées par l'Institut national des statistiques et des études économiques. Lorsqu'une rente a été allouée conventionnellement ou judiciairement en réparation de préjudices futurs, le créancier peut, si sa situation personnelle le justifie, demander que les arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant la table de conversion visée à l'alinéa précédent ».

corporel se trouve rehaussée au sein du droit commun de la responsabilité civile renouvelant ainsi l'approche classique, traditionnellement indifférente à la nature de l'atteinte subie par la victime²⁴⁶.

²⁴⁶ A l'exception de la prescription de l'action, allongée à 10 ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé, C. civ., art. 2226 issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

CONCLUSION

Les recherches entreprises sur la spécialisation du droit des obligations ont constitué un champ d'études particulièrement fécond qui a mis en évidence une finalité de protection d'abord partagée par le juge et par le législateur à l'occasion de l'adoption de droits et de régimes spéciaux tournés vers la protection des intérêts de certains contractants et de certaines victimes. A l'occasion de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, cette finalité protectrice s'est ensuite affirmée en droit commun au profit d'un contractant qui, sans être un consommateur, n'a pas été en mesure de défendre ses intérêts au moment de la conclusion, de l'exécution ou de la rupture du contrat. Ce nouveau droit des contrats s'est enrichi d'une exigence de justice contractuelle que le législateur a concilié avec les impératifs de sécurité juridique et d'attractivité économiques. Cette conciliation repose sur les conditions de mise en œuvre de ces nouveaux instruments de justice contractuelle. Le déséquilibre des droits et obligations dans un contrat d'adhésion doit être significatif (C. civ., art. 1171), l'avantage tiré de l'état de dépendance du contractant doit être manifestement excessif (C. civ., art. 1143) tandis que l'exécution du contrat doit être excessivement onéreuse en raison d'un changement imprévisible des circonstances (C. civ., art. 1195).

Cet enrichissement du droit commun par des emprunts aux législations spéciales coexiste avec un autre constat auquel conduit l'observation du contenu de certaines des réformes annoncées. La spécialisation y apparaît renforcée en raison de l'objet du contrat ou de la nature du dommage. L'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile réserve ainsi un traitement spécial à la réparation du dommage corporel.

La permanence des problématiques en présence laisse penser que de nouveaux travaux pourront être menés dans le cadre de recherches collectives ou à l'occasion de l'encadrement de projets de recherche et, notamment, de thèses de doctorat. Ayant acquis une expérience au sein du Conseil national des universités par l'expertise de thèses des candidats à la qualification aux fonctions de maître de conférences et à la faculté, par l'encadrement de mémoires d'étudiants de master, je souhaiterais, si vous m'y habilitez, guider des doctorants dans leurs recherches sur les thématiques en lien avec mes travaux et mon intérêt pour les contrats spéciaux. La perspective d'une transposition des directives du 20 mai 2019 offre à cet égard de nombreuses pistes de réflexion parmi lesquelles je privilégierai celle qui relève de l'articulation des sanctions de la non-conformité entre le droit de la consommation, le droit de la vente et le droit commun rénové des contrats.

Dans le cadre de mes futures recherches, j'envisage par ailleurs de poursuivre mon activité dans plusieurs domaines. **Tout d'abord**, après avoir constaté la présence d'instruments de justice contractuelle au sein du Code civil modernisé, il m'apparaît naturel d'observer l'accueil que réservera le juge à ces mécanismes portant atteinte à la force obligatoire du contrat dans un but de protection de l'une des parties. Il sera en particulier intéressant de mesurer l'influence des législations spéciales dans la mise en œuvre de ce nouveau droit commun. Le juge pourrait ainsi s'inspirer de la législation consumériste sur les clauses abusives pour apprécier le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et le sanctionner, le critère comme la sanction prévus par l'article 1171 du Code civil étant empruntés au droit spécial.

Le droit des garanties fera, **ensuite**, l'objet d'une attention particulière. Nous suivrons avec intérêt la reconnaissance annoncée par la loi Pacte du 22 mai 2019 de la cession de créance à titre de garantie dans le Code civil. Au-delà de l'illustration de l'influence de la législation spéciale (la cession de créance en garantie étant jusque-là réservée à certaines créances et à

certaines parties), le régime de cette nouvelle garantie de paiement fondée sur un transfert de propriété devra être envisagé et confronté au droit des procédures collectives. L'attractivité d'une sûreté en général, et celle de la cession en garantie en particulier, ne peut en effet se mesurer sans considération du traitement réservé aux créanciers par cette législation spéciale restreignant leurs droits au nom du sauvetage de l'entreprise. Cette articulation entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives constitue, d'ailleurs une des ambitions de la réforme annoncée du droit des sûretés selon le directeur des affaires civiles et du Sceau²⁴⁷. C'est cependant un autre apport de l'ordonnance annoncée que nous envisageons d'approfondir. Il concerne le contrat de cautionnement conclu par une caution personne physique et dont la réglementation protectrice, jusque-là accueillie par le Code de la consommation, intégrera le Code civil. Au-delà de l'amélioration de la lisibilité des textes, il sera intéressant de mesurer si et comment la réforme parvient à concilier deux exigences *a priori* antagonistes, la protection de la caution personne physique d'une part et la préservation de l'attractivité de la garantie pour le créancier, d'autre part. L'adaptation des mesures de protection de la caution apparaît comme la voie privilégiée.

Enfin, l'observation de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile nous a conduit à identifier un ensemble de règles unifiées applicables aux actions en réparation formées par les victimes de dommages corporels à l'occasion d'une procédure judiciaire ou extra-judiciaire. Nous nous interrogerons sur le fait de savoir si ces règles contribuent à l'émergence d'un « droit du dommage corporel » au sens de discipline autonome dotée de règles unifiées et cohérentes²⁴⁸ ou si ces règles particulières introduisent « seulement » dans le droit de la responsabilité civile une distinction, jusque-là ignorée par le droit commun, tenant à la nature de l'atteinte.

²⁴⁷ V. JCP 2019, n° 51, 1325.

²⁴⁸ S. Porchy-Simon, « Brève histoire de la réparation du dommage corporel », Gaz. Pal., 9 avril 2011, n° 99, p. 9.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

Andreux L. et Mignot M. (ss la dir. de) :

- Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2017.
- La réforme du droit des sûretés, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2019.

Bros S. (ss la dir. de), Les innovations de la réforme du droit des contrats, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018.

Chénédié F., Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidation – Innovations – Perspectives, Dalloz 2016.

Goldié-Génicon Ch., Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, préf. Y. Lequette, bibl. dt privé, t. 509, 2009.

Lambert-Faivre Y. et Porchy-Simon S., Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, précis Dalloz, 8^{ème} éd. 2015.

Sauphanor-Brouillaud N., Aubert de Vincelles C., Brunaux G., Usunier L., Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, LGDJ, 2^{ème} éd. 2018.

Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (GRERCA), Bruylant, juill. 2017.

Sens et non-sens de la responsabilité civile, ss la dir. de J. Le Bourg et Ch. Quézel-Ambrunaz, éditions de l'Université de Savoie, 2018.

II. Articles

1) Revue, périodique et mélanges

Aubert de Vincelles C.,

- Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur. À propos de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, JCP 2019, I, 758.
- Article 1163 : la fixation unilatérale du prix, RDC 2015, p. 752.

Balat N., A propos du nouveau droit commun des contrats, in Mélanges en l'honneur de M. Grimaldi, Lextenso 2020

Barbier H., Protection du contractant : quand le droit commun n'est pas chassé par le droit spécial, bien au contraire !, RTD civ. 2015, p. 373.

Béhar-Touchais M.,

- Le déséquilibre significatif dans le Code civil, JCP 2016, I, 391.
- Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ?, RDC 2009, p. 1258.
- Le nouveau déséquilibre significatif, RDC 2019, n° 4, p. 37.

- Le contrôle de la lésion en droit commercial avec l'interdiction de l'avantage disproportionné, RDC 2019, n° 4, p. 41.

Blanc N., Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification, RDC juin 2018, hors-série, p. 20.

Bros S.,

- L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats, D. 2016, p. 29.
- Article 1169 : le déséquilibre significatif, RDC 2015, p. 761.

Chagny M.,

- L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat, RDC 2004, n° 3, p. 861.
- La refonte du titre IV du livre IV... en attendant une nouvelle réforme ?, RTD com. 2019, p. 553.

Chénéde F., Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil, JCP 2016, 776.

Crocq P., Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le choix est-il possible ?, RTD civ. 2011, p. 785.

Germain M., Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux. Observations conclusives, JCP 2018, éd. E, I, 1339.

Gout O.,

- Quelle réforme pour le droit des sûretés dans la loi Pacte ?, AJ Contrat 2019, n° 6, p. 264.
- Brèves observations sur le droit des nullités issu de la réforme du droit des contrats, *in* Mélanges offerts à G. Pignarre, « Le droit en perpétuel mouvement », LGDJ 2018, p. 457.
- Le dommage corporel, *in*, « Vers une réforme de la responsabilité civile française », ss la dir. de B. Mallet-Bricout, Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 147.
- Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, RTD civ. 2013, p. 255.

Hontebeyrie A.,

- 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, D. 2016, p. 2180.
- Le gage et le nantissement, *in*, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », Dalloz, ss la dir. de Y. Blandin et V. Mazeaud, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 21.
- La garantie des vices cachés barricadée : halte aux clauses limitatives de réparation, D. 2013, p. 1947.

Lagarde X., Questions autour de l'article 1171 du code civil, D. 2016, p. 2174.

Malaurie-Vignal M., Un, deux ou trois déséquilibres significatifs ? Réflexion sur l'articulation entre droit commun et droits spéciaux, *in* Mélanges en l'honneur de Cl. Lucas de Leyssac, Lexis Nexis 2019, p. 359.

Mazeaud D.,

- Réforme du droit des contrats : que sont les règles jurisprudentielles devenues ?, *in* Mélanges en l'honneur de F. Collart-Dutilluel, Dalloz 2017, p. 529.

- Le nouveau droit de obligations : observations conclusives, RDC 2018, Hors série, p. 65.
- La justice contractuelle dans la réforme du droit des contrats, *in* Mélanges en l'honneur de Cl. Lucas de Leyssac, Lexis Nexis 2019, p. 385.

Revet Th.,

- La clause légale, *in* Mélanges en l'honneur de M. Cabrillac, Litec 1999, p. 277.
- Les critères du contrat d'adhésion, D. 2016, p. 1771.
- Le juge et la révision du contrat, RDC 2016, p. 373.

Sauphanor-Brouillaud N., Le code de la consommation à l'épreuve d'un droit commun, *in*, Les 20 ans du code de la consommation, Nouveaux enjeux, ss la dir. de C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, coll. LEJP, Université de Cergy-Pontoise, p. 8.

2) Encyclopédies, dictionnaires et répertoires

Sauphanor-Brouillaud N. et Chantepie G., « Déséquilibre significatif », Rép. com. Dalloz, 1^{ère} éd. 2019.

LISTE DES TRAVAUX ANNEXES

Spécialisation et protection du contractant :

1. « **Retour sur les contrats déséquilibrés après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** », in, Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin, 2020, LGDJ 2020, pp. 312 à 318.
2. « **Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale** », RLC 2016/54, pp. 19 à 25.
3. « **Une autre façon de rééquilibrer les contrats de syndic de copropriété : le contrat type issu du décret du 26 mars 2015 d'application de la loi ALUR du 24 mars 2014** », RTDI 2015, n° 4, pp. 5 à 10.
4. « **Le point sur les clauses limitatives de réparation en droit des contrats** », RLDC 2011/82, pp. 7 à 13.
5. « **Le contenu de l'offre de crédit à la consommation proposée au candidat emprunteur** », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 2001, LPA 16 janv. 2002, n° 12, pp. 15 à 20.
6. « **Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraires** », D. 2001, chron., pp. 1893 à 1898.

Spécialisation et protection de la victime :

1. « **Quelle indemnisation pour les victimes des formes contemporaines d'esclavage ?** », in, *La mémoire du droit dans la lutte contre les formes d'esclavage*, journées d'études organisées sous l'égide de l'Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ), Cah. just., 2020, n° 2.
2. « **Distilbène : contribution à la dette de réparation à proportion de la part de marché** », note sous CA Versailles, 3^{ème} ch., 30 juin 2016, LPA 5-6 juin 2017, n° 111-112, pp. 18 à 22.
3. « **La preuve par présomptions dans le contentieux du Mediator** », note sous CA Versailles, 3^{ème} ch. 14 avril 2016, Contribution au BACAV (**Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Versailles**, publication sur le site intranet de la Cour d'appel), novembre 2016, pp. 18 à 21.
4. « **Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions** (à propos du nouvel article 706-5-1 du Code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004) », RLDC 2007/37, pp. 63 à 74.

5. « **Les préjudices indemnisables par le FGTI (*fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions*) au titre de la solidarité nationale : exclusion partielle des accidents du travail** », RLDC 2004/8, pp. 17 à 23.
6. « **L'indemnisation des victimes d'infractions pénales** » *in* **Lamy Droit de la responsabilité**, collection Lamy Droit civil (*études créées en 2002, mises à jour de 2002 à 2016*)
 - Etude 378 : Les conditions de l'indemnisation, n° 378-1 à 378-115, pp. 1 à 40.
 - Etude 381 : La procédure d'indemnisation, n° 381-1 à 381-130, pp. 1 à 24.
7. « **Nature de la responsabilité encourue par l'entrepreneur principal en raison des dommages causés aux tiers par le sous-traitant** », note sous Cass. civ. 3^{ème}, 17 mars 1999, JCP 2000, II, 10427, pp. 2137 à 2141.

Spécialisation et protection du créancier :

1. « **Formalisme des cessions de créances professionnelles, la Cour de cassation persiste et signe : l'action ne paiement formée par le cessionnaire et subordonnée à la production du bordereau Dailly** », LPA, 22 déc. 2004, n° 255, pp. 14 à 19.
2. « **Les risques encourus par le banquier cessionnaire** », *in*, Opérations complexes et risques du banquier, RD bancaire et fin. mars-avril 2006, pp. 54 à 59.
3. « **La cession de créances à titre de garantie** » *in*, Les garanties des opérations bancaires, RD bancaire et fin. 2009, pp. 81 à 88.
4. « **L'avenir incertain du gage de stocks du Code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du Code civil** », Rev. proc. coll. 2013, n° 4, pp. 22 à 25.
5. « **Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale** », RLC 2016/54, pp. 19 à 25.
6. « **Les cessions de créance, rapprochements et articulation** », LPA 26 fév. 2019, n° 41, pp. 4 à 16.