



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fernanda Sabrinni Pereira

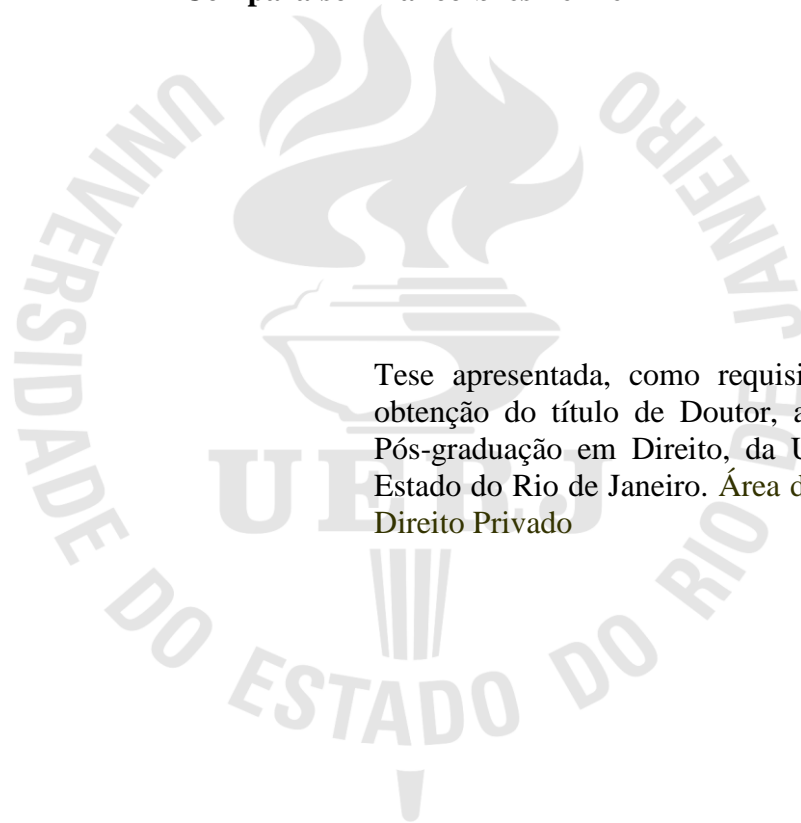
**La protection des professionnels contre les clauses abusives:  
Comparaison franco-brésilienne**

Rio de Janeiro

2017

Fernanda Sabrinni Pereira

**La protection des professionnels contre les clauses abusives:  
Comparaison franco-brésilienne**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Privado

Orientadores: Prof. Dr. Denis Mazeaud e Gustavo José Mendes Tepedino

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P436

Pereira, Fernanda Sabrinni.

La protection des professionnels contre les clauses abusives:  
comparaison franco-brésilienne / Fernanda Sabrinni Pereira. - 2017.

326 f.

Orientador: Prof. Dr. Denis Mazeaud e Prof. Dr. Gustavo José Mendes  
Tepedino.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1.Direito privado - Teses. 2.Cláusulas (Direito) –Teses. 3.Empresários –  
Teses. I.Mazeaud, Denis. II.Tepedino, Gustavo José Mendes. III.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Fernanda Sabrinni Pereira

**La protection des professionnels contre les clauses abusives:  
Comparaison franco-brésilienne**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Privado

Aprovada em 19 de junho de 2017.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Denis Mazeaud (Orientador)  
Universidade Panthéon-Assas (Paris II)

---

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Philippe Dupichot  
Universidade Panthéon-Assas (Paris I)

---

Prof. Dr. Hervé Lecuyer  
Universidade Panthéon-Assas (Paris II)

Rio de Janeiro

2017

## DEDICATÓRIA

À mon père et à Patrick Haushalter

In memoriam

## AGRADECIMENTOS

Il est impossible d'exprimer tant de remerciements sur l'espace d'une seule page et de trouver les mots suffisants pour exprimer mon sentiment de gratitude et de reconnaissance.

Ma reconnaissance la plus sincère va à mes deux directeurs de thèse : M. le Professeur Denis Mazeaud, pour sa disponibilité, sa bienveillance et ses enseignements ; je lui serai toujours reconnaissante de son indéfectible soutien et de son orientation précise et attentive tout au long de la préparation de cette thèse ; à M. le professeur Gustavo Tepedino également, mon directeur de thèse brésilien qui, malgré la distance physique a été toujours présent tout au long de ce parcours.

Je remercie chaleureusement M. le professeur Burnier da Silveira, M. le professeur Dupichot et M. le professeur Lecuyer, membres du Jury qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire et d'évaluer ma thèse.

Tout au long de ce chemin j'ai été soutenue par ma famille ; je remercie spécialement ma mère, mon père et mon frère pour avoir toujours été à mes côtés. Toute ma gratitude va à Benjamin, qui dès le début et même sans pouvoir anticiper les conséquences qu'une thèse aurait dans notre vie, a su transformer les moments difficiles en moments paisibles et joyeux tout en apportant une valeur spéciale à mon séjour en France. Je remercie également chaleureusement ma belle famille, qui m'a accompagnée durant ces deux dernières années. Je remercie mes chers amis et amies, qui ont d'une manière ou d'une autre participé à ce moment important : Noemy, Claire, Octavie, Ivano, Gustavo, Marcos, Vitor, Edmond, et tout particulièrement Anabel et Adélie pour leur soutien inconditionnel. Je remercie aussi M<sup>me</sup> Clément pour son chaleureux accueil et Valérie pour sa relecture.

Je réserve un paragraphe spécial à ma grande amie Estelle Fragu, toujours présente, depuis mon arrivée en France qui, alors que je débarquais en salle de droit civil, a su m'accueillir avec son amitié et son sourire : son soutien inconditionnel a été précieux et indispensable.

Je remercie également la Capes pour le financement de ce travail de recherche.

## RESUMO

PEREIRA, Fernanda Sabrinni. *Cláusulas abusivas nos contratos interempresariais: estudo de direito comparado franco-brasileiro*. 2017. 326f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O tema da tese de doutorado está relacionado com a tutela das vulnerabilidades nos contratos de adesão interempresariais, em uma perspectiva de direito comparado entre o direito brasileiro e o direito francês. O problema central da tese em curso de desenvolvimento é qual a maneira eficaz e pertinente de proteção das partes, consideradas em princípio em uma relação de equilíbrio, ou seja, quais os critérios objetivos para aferição da vulnerabilidade e quais os mecanismos de tutela fundamentados no ordenamento jurídico, que possibilitariam essa proteção. Foi necessário identificar as hipóteses em que a figura do contratante não se enquadra na definição de consumidor, estabelecendo os princípios e regras aplicáveis em sua interpretação doutrinária e o tratamento jurisprudencial dado à matéria pelos tribunais superiores na França e no Brasil, tendo em vista que, ao menos no Brasil, conforme estudo previamente realizado, não há uma uniformidade no reconhecimento ou não da situação de vulnerabilidade nos contratos entabulados entre empresas. Neste viés, fazer um estudo do panorama do contrato de adesão e das cláusulas abusivas presentes em tais contratos, considerando as alterações advindas com o Código de Defesa do Consumidor no Brasil e com o advento da Lei de Modernização da Economia na França, que inseriu um artigo protetor dos profissionais no *Code de Commerce*. Tal estudo é feito, como já se afirmou, utilizando-se do método comparativo, uma vez que se pretende estudar tal proteção ao vulnerável, em nítido desequilíbrio contratual significativo, tanto no ordenamento brasileiro quanto no francês.

Palavras-chave: Direito privado. Direito contratual. Clausulas abusivas. Empresários. Direito comparado. Poderes do juiz. Sanções. Eficácia da norma. Direito do consumidor.





## ABSTRACT

PEREIRA, Fernanda Sabrinni. *Unfair terms in business-to-business contracts: study of French-Brazilian comparative law*. 2017. 326f. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The present thesis is about the protection of professionals against unfair contract terms. While at first glance, one would expect that such protection seemed to be in favor of consumers, it is no longer the case nowadays in many legal systems. In fact, if one considers the *ratio legis* of such protection, it seems discriminatory to reserve its benefits only to consumers. The impossibility to negotiate the contract, caused by the economic inequality between both parties, as well as the risk of unfair imbalance that results, conducts the legislator to give to the judge the power to declare unwritten the so-called *abusive clauses*. These two factors arise to professionals which are economically dependent upon the contracting party : this dependence will suppress any force over the negotiation of contract terms that the consumer may have. Consequently, some countries like France and unlike Brazil, have implemented a protection of professionals against significant imbalances. None of these protection systems may claim to be perfect. Thenceforth, the present comparative analysis will reveal the strengths and weaknesses of both French and Brazilian laws, and thus to better propose a recast of the protection granted by these two countries to professionals against unfair contract terms.

Keywords: Private law. Contract law. Unfair terms. Professionals. Comparative law. Powers of Judges. Sanctions. Effectiveness of norms. Consumer law.

## RÉSUMÉ

PEREIRA, Fernanda Sabrinni. *La protection des professionnels contre les clauses abusives: Comparaison franco-brésilienne*. 2017. 326f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

La présente thèse de doctorat porte sur la protection des professionnels contre les clauses abusives. Si dans un premier temps, une telle protection ne semblait concevable qu'au profit des consommateurs, il n'en va plus de même aujourd'hui dans de nombreux systèmes juridiques. En effet, si l'on considère la *ratio legis* de cette protection, il apparaît discriminatoire d'en réserver les bienfaits aux seuls consommateurs. L'impossibilité de négocier le contrat, causée par l'inégalité économique entre les parties, ainsi que le risque de déséquilibre injuste qui en découle, conduisent le législateur à donner au juge le pouvoir de réputer non écrites les clauses dites « abusives ». Ces deux facteurs se retrouvent pour un professionnel dépendant économiquement de son cocontractant : cette dépendance lui ôtera toute emprise sur la négociation des stipulations contractuelles. Dès lors, certains pays ont, à l'image de la France et à la différence du Brésil, mis en œuvre une protection des professionnels contre le déséquilibre significatif. Aucun de ces systèmes de protection ne peut prétendre à la perfection. Dès lors, l'analyse comparative permettra de dégager les forces et faiblesses des droits français et brésilien, pour mieux proposer une refonte de la protection accordée par ces deux pays aux professionnels contre les clauses abusives.

Mots-clés: Droit privé. Droit des contrats. Clauses abusives. Professionnels. Droit compare.

Pouvoirs du juge. Sanctions. Efficacité de la norme. Droit de la consommation.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

aff.	affaire
al.	Alinéa
anc.	Ancien
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CCA	Commission de Clauses Abusives
CADE	Conseil Administratif de Défense Économique
CEPC	Commission d'Examen des Pratiques Commerciales
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
chron.	Chronique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la
dir.	Sous la direction de
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et pat.</i>	Revue Lamy droit et patrimoine
éd.	Édition
ex	Exemple
<i>GAJC</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>GAJ DIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
IDEC	Institut brésilien de défense des consommateurs
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>Infra</i>	Plus bas
IR	Informations rapides
<i>JCP</i>	JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique)

JO	Journal officiel de la République française
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
n°	Numéro
not.	Notamment
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Préc.	Précité
Préf.	Préface
Rapp.	Rapport
<i>RDC</i>	Revue des contrats
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Sirey (recueil)
s.	suivant(s)
SNDC	Système National de Défense du Consommateur
<i>Supra</i>	Plus haut
t.	Tome
trad.	Traduction
V.	Voir

## SOMMAIRE

	<b>INTRODUCTION GENERALE.....</b>	11
1	<b>L'AVÈNEMENT DE LA PROTECTION DES PROFESSIONNELS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES.....</b>	22
1.1	<b>Le fondement de la protection.....</b>	24
1.1.1	<u>La légitimité socio-économique de la protection.....</u>	25
1.1.2	<u>La légitimité juridique de la protection.....</u>	51
1.2	<b>Le régime de la protection.....</b>	76
1.2.1	<u>Les instruments de protection existants dans le droit commun.....</u>	77
1.2.2	<u>Les instruments de protection créés dans le droit spécial.....</u>	107
2	<b>L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION DES PROFESSIONNELS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES</b>	146
2.1.	<b>Les limites du régime.....</b>	147
2.1.1	<u>La multiplication des acteurs.....</u>	147
2.1.2	<u>La prolifération des sanctions.....</u>	200
2.2	<b>Les espoirs du régime.....</b>	225
2.2.1	<u>La délimitation des systèmes de protection existants .....</u>	226
2.2.2	<u>L'inspiration des systèmes de protection étrangers.....</u>	253
	<b>CONCLUSION.....</b>	276
	<b>BIOGRAPHIE GÉNÉRALE .....</b>	281
	<b>TABLE DE JURISPRUDENCES .....</b>	308
	<b>TEXTES NORMATIFS.....</b>	315
	<b>INDEX DES NOTIONS.....</b>	319
	<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	323

## INTRODUCTION GENERALE

*Tous les hommes ne sont pas vulnérables de la même façon ;  
aussi faut-il connaître son point faible pour le protéger davantage*<sup>1</sup>.

1. L'essence du Droit se trouve dans la Justice. Une telle affirmation constitue pour certains une évidence, voire une banalité. Mais il n'est jamais vain de revenir aux fondements du Droit et aux notions qui le sous-tendent. Comprendre la notion de Justice permet d'envisager celle de Droit. Telle est l'ambition d'Aristote qui, dans l'*Éthique à Nicomaque*, développe la notion de justice *particulière* : « Nous avons donc distingué deux sens du mot injuste : l'*illégal* et l'*inégal* [...] Mais l'*illégal* et l'*inégal* ne sont pas identiques ; ils s'opposent au contraire comme la partie s'oppose au tout (car tout ce qui *inégal* est *illégal*, tandis que ce qui est *illégal* n'est pas nécessairement *inégal*). Il en résulte que les divers types d'injuste et d'injustice ne sont pas identiques, mais qu'ils diffèrent bien plutôt entre eux, l'un jouant le rôle de la partie, l'autre le rôle de tout : l'injustice particulière est une partie de l'injustice intégrale, tout comme la justice particulière est une partie de la justice intégrale »<sup>2</sup>.

2. Aristote distingue ici la justice générale et la justice particulière : la justice *particulière* fait partie de la justice *générale* – laquelle contient également la prudence, la force et la tempérance – et constitue à ce titre la « somme de toutes les vertus ». Dès lors, la justice particulière, plus restreinte, ne vise qu'une juste répartition des « biens extérieurs » entre les individus. Mais distribuer justement argent, honneurs et charges entre les membres d'une communauté ne suffit pas pour atteindre ce but, encore faut-il corriger les déséquilibres, les « divisions inégales »<sup>3</sup>. À la justice *distributive* s'ajoute ainsi la justice *corrective*<sup>4</sup>.

3. Le Droit assume donc une fonction correctrice qui l'amène à protéger le vulnérable dans la société. Le terme « vulnérabilité » vient de l'adjectif latin *vulnerabilis*, signifiant « qui peut être blessé » ou « facilement atteint », dérivant lui-même du verbe *vulnare*, « blesser », et

<sup>1</sup> Sénèque, *De la colère*, [3,10].

<sup>2</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, IV, 2 /1130a, 14, (R. A. Gauthier et J. Y. Jolif, Trad.), Louvain-Paris, 1958, p. 195.

<sup>3</sup> *Ibid*, V, VII, 4 /1132a, 6.

<sup>4</sup> Certains auteurs, notamment Villey, préfèrent à cette terminologie celle d'« égalité géométrique en matière de distribution » et d'« égalité arithmétique en matière de commutations » (M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, n° 42-44, pp. 58-61).

du substantif *vulnus*, « la blessure ». La vulnérabilité peut être dès lors entendue comme synonyme de faiblesse, d'exposition à un risque d'atteinte. Est vulnérable celui qui n'est pas toujours en état de réagir face à une menace. Deux éléments essentiels caractérisent donc la vulnérabilité : la faiblesse et le risque. Le Droit ne peut rester insensible à cet état et commande d'en corriger les conséquences. Aussi le vocabulaire de la vulnérabilité et de la faiblesse fait-il partie de son lexique : en droit pénal, avec l'article 313-2 4° du Code pénal français, qui érige en circonstance aggravante de l'infraction d'escroquerie, sa réalisation au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité est apparente ou connue de son auteur ; en droit des personnes, comme en témoigne l'avis « sur le consentement des personnes vulnérables » du 10 juillet 2015<sup>5</sup>. En droit brésilien, l'article 225, paragraphe unique du Code pénal, dispose que le ministère public est compétent pour l'action civile publique, même sans autorisation de la victime si celle-ci a moins de dix-huit ans ou s'il s'agit d'une personne vulnérable. Dès la fin de la dictature militaire au Brésil, à la fin des années 1980, la Constitution fédérale démocratique (1988) a proposé une liste de droits fondamentaux ainsi que la reconnaissance de nouveaux sujets de droit. Ceux-ci ont dès lors revendiqué leurs propres lois, lois spéciales de protection de la vulnérabilité : la « loi de protection des enfants et des adolescents »<sup>6</sup>, la « loi de protection des personnes âgées »<sup>7</sup>... Le droit brésilien a ainsi concrétisé le principe de l'égalité dans la recherche d'une égalité matérielle pour ceux qui sont considérés comme vulnérables et faibles. Il a donc fait de la loi l'instrument idoine pour réaliser cette égalité.

4. Émergent ainsi des catégories de personnes dites « vulnérables » en raison de leur âge, de leur santé, d'une infirmité, ou encore d'un état de grossesse. Le droit des contrats n'est pas en reste, mais il mentionne davantage la « partie faible » : on considère ainsi que le salarié est la *partie faible* du contrat de travail ; le souscripteur, celle du contrat d'assurance ; ou encore le consommateur, celle du contrat de consommation. La législation consumériste a bouleversé le contrat<sup>8</sup> dans la mesure où c'est avec elle qu'est véritablement né l'archétype de la partie faible. Certes, il existait avant même l'édition du Code de la consommation français

<sup>5</sup> Avis sur le consentement des personnes vulnérables, JORF n°0158 du 10 juillet 2015, texte n° 126.

<sup>6</sup> En droit brésilien, la loi n° 8.069 du 13 de juillet 1990 qui prévoit la pleine protection des enfants et adolescents. Elle est appelée « ECA » (Estatuto da Criança e do Adolescente).

<sup>7</sup> Dans le même esprit de protection de l'enfant et de l'adolescent, la loi n° 10.741 du 1<sup>er</sup> octobre 2003 règle les droits garantis aux personnes âgées de soixante ans et plus.

<sup>8</sup> V. G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP*, 1919.I.2954 ; G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Etudes Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 247 *sq.* ; J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD com.*, 1994, pp. 239 *sq.* ; D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, pp. 95 *sq.* ; Nathalie Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000.

une prise en compte des intérêts des consommateurs mais elle restait indirecte. Les consommateurs n'étaient protégés qu'à travers la défense d'intérêts généraux qui les incluait sans les viser spécifiquement. Ainsi le législateur se préoccupait-il déjà de la santé publique avec la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 sur les fraudes et falsifications, de la menace que faisaient planer les grandes surfaces sur les petits commerces avec la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat dite « loi Royer », ou encore des pratiques commerciales et concurrentielles en réprimant la publicité trompeuse avec cette même loi<sup>9</sup>. En droit brésilien, cette volonté de protéger la partie faible dans un contrat de consommation est d'abord apparue dans la Constitution fédérale (1988), à l'article 5, alinéa XXXII, lequel anticipa la nécessité d'un droit de la consommation consacré en tant que droit fondamental, fort en vue de la protection effective de la partie faible, le consommateur<sup>10</sup>. La Constitution fédérale brésilienne a aussi ordonné au législateur que son Code de la consommation soit prêt dans un délai de 120 jours<sup>11</sup>. Le Code de la consommation brésilien, appelé – la traduction est littérale – *Code de défense du consommateur*, est donc né d'un mouvement de protection venu de France. Toutefois, tandis que le droit français a choisi de protéger la relation de consommation (*Code de la consommation*), le droit brésilien a quant à lui choisi de protéger le consommateur (*Code de défense du consommateur*)<sup>12</sup>. Le droit de la consommation brésilien reconnaît la vulnérabilité comme principe, prévu dans son article 4, alinéa I : « La politique nationale de protection des consommateurs vise à répondre aux besoins des consommateurs, le respect de leur dignité, de leur santé et de leur sécurité, la protection de leurs intérêts économiques, d'améliorer leur qualité de vie, ainsi que la transparence et l'harmonie dans les relations de consommation, en respectant les principes suivants : I – la reconnaissance de leur vulnérabilité dans le marché ». Le droit brésilien protège donc plutôt fortement la partie faible en droit de la consommation : la vulnérabilité est présumée ; elle peut être technique, juridique, de fait et informationnelle<sup>13</sup>. Elle est technique lorsque le consommateur ne dispose pas de connaissances spécifiques sur les produits ou les services, que ce soit en ce qui concerne leurs caractéristiques ou leur utilité ; elle est juridique (ou

<sup>9</sup> V. G. Taormina, *Théorie et pratique du droit de la consommation, aspects généraux et contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, pp. 15-16.

<sup>10</sup> C.-L. Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, Sao Paulo, RT, 2011. ; B. Miragem, *Curso de direito do consumidor*, 3<sup>e</sup> ed., Sao Paulo, RT, 6<sup>e</sup> ed., 2012.

<sup>11</sup> Article 48 des Dispositions constitutionnelles transitoires.

<sup>12</sup> Loi n° 8.078/1990 du 11 septembre 1990.

<sup>13</sup> G. Tepedino, *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*. (A. Wald, C. Jauffret-Spinosi, dir.), Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 439 ; C.-L. Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, Sao Paulo, RT, 6<sup>e</sup> ed., 2011, pp. 321 sq. ; P.-V. Moraes, *Código de defesa do consumidor : o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*, Porto Alegre, Síntese, 1999, pp. 161-174.



scientifique) lorsque ce dernier ne dispose pas de connaissances juridiques, comptables, économiques, financières, par exemple, par rapport aux taux d'intérêts ; elle est de fait (ou socio-économique) lorsqu'elle est consécutive au fait que le fournisseur dispose du pouvoir économique et dès lors d'une position de supériorité ; enfin, elle est informationnelle lorsqu'elle découle d'une vulnérabilité technique mais doit être traitée de manière indépendante, en raison des effets importants de l'ère numérique sur la dynamique des relations de consommation. L'accès à l'information a en effet été élargi jusqu'à devenir décisif dans la décision des consommateurs, les protégeant ainsi d'une vulnérabilité informationnelle ; le consommateur prend et garde le contrôle sur la qualité des informations transmises par les fournisseurs (et non la quantité). Dans ce domaine – informationnel –, le Code de la consommation brésilien établit des règles impératives pour la rédaction des contrats d'adhésion entre fournisseurs de produits ou de services et le consommateur : le devoir d'information figure ainsi aux articles 6, alinéa III – le consommateur a droit à une information adéquate et claire –, 8 – obligation du professionnel de fournir les informations relatives aux risques pour la santé et la sécurité des consommateurs – et 31 – l'offre doit contenir des informations correctes<sup>14</sup>.

5. La faiblesse ne pouvait pourtant rester l'apanage du consommateur. Comme l'énonce Anatole France, « les gens qui n'ont point de faiblesses sont terribles »<sup>15</sup>. Certes, il semble de prime abord quelque peu étrange d'envisager la faiblesse d'un professionnel ; l'expression relève même pour certains de l'oxymore pur et simple. Comment un professionnel pourrait-il être la partie faible d'un contrat ? La chose s'avère impossible si l'on envisage la relation entre le consommateur d'un côté et le professionnel de l'autre. Impossible, car cette relation manifeste une inégalité de connaissances, de compétences et de savoirs au profit du professionnel. Pourtant, ce n'est pas la seule relation qui existe dans le système juridique ; existent également des contrats entre professionnels. Resurgit alors le mythe de l'égalité des contractants cher aux rédacteurs du Code civil français de 1804 et du Code civil brésilien de 1916. Sous cet angle, la partie faible n'est qu'une exception, une anomalie du droit cantonnée à certaines de ses branches telles que le droit de la consommation

---

<sup>14</sup> Le manque d'information de la part du fournisseur peut même provoquer, selon la jurisprudence brésilienne, la déclaration de nullité du contrat, (*Turma Recursal Única*) lors du jugement du pourvoi contre la décision du *Juizado Especial Cível da Comarca de Palotina/PR* : « Accident de la consommation. Vente sur site internet. Manque absolu d'information. Manquement aux principes de bonne foi et de transparence. Nullité du contrat. Restitution de valeurs. Décision rendue par le juge de première instance. Pourvoi non accueilli. (Décision n° 2006.0008458-2, Juge Rapporteur L.-F. Tomasi Keppen, Jugement rendu le 02 mars 2007).

<sup>15</sup> A. France, *Le crime de Sylvestre Bonnard* (1881), Paris, Gallimard, coll. « Folio », n° 2267, p. 181.

ou le droit du travail<sup>16</sup>. Il faut reconnaître que cette vision est aujourd'hui trop manichéenne pour être défendue : le professionnel peut être la partie faible du contrat, il peut être dominé dans un contrat par plus fort que lui. Le droit de la consommation n'envisage qu'une faiblesse structurelle et historique : la faiblesse tient alors de l'évidence. Suivant cette logique, le professionnel n'est pas une partie faible au sens historique ; la faiblesse n'est pas inhérente au professionnel, elle est intermittente – selon les conditions de la relation contractuelle – et récente – avec l'émergence de la société contemporaine et de la complexification des contrats. Malheureusement, la terminologie « professionnel » semble s'être construite par simple opposition à celle de consommateur, comme si toute l'analyse reposait sur ce dernier. En d'autres termes, tous ceux qui ne sont pas consommateurs entrent dans la catégorie de « professionnels ». Cette catégorie est ainsi devenue des plus hétérogènes et contient des acteurs juridiques de puissance inégale dans notre économie de marché. Comme le souligne M. Missol, « aujourd'hui, toute entreprise d'une certaine importance, n'est plus gérée par un individu isolé ; celui qui désire contracter se trouve donc le plus souvent en présence, non d'un particulier avec qui il peut traiter d'égal à égal, mais d'une société puissante, qui profite de sa supériorité économique pour lui imposer ses conditions »<sup>17</sup>. Qui peut nier l'inégalité économique qui marque trop souvent la relation entre fournisseur et distributeur ? Entre franchiseur et franchisé ? Le second peut malheureusement se trouver dépendant du premier. Or, comme l'affirme Rousseau, « l'être humain est faible quand il est dépendant »<sup>18</sup>.

6. Le droit français et le droit brésilien ont tardé à prendre en compte cette inégalité entre professionnels et à admettre des faibles « *up to date* »<sup>19</sup>. Selon Josserand, ce retard peut se justifier par deux facteurs : « 1° Les faibles que protège le droit contemporain ne sont pas toujours ceux que l'on protégerait autrefois ; 2° Les mesures de protection auxquelles on a recours ne sont pas toujours celles qui étaient utilisées jadis »<sup>20</sup>. Différents domaines du droit ont entrepris de chercher une solution pour la protection de ces « nouveaux faibles ». Ainsi le droit de la concurrence, surtout en droit français, inspiré du droit de la consommation,

---

<sup>16</sup> V. A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, n°5, p. 70 ; G. Couturier, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, (J. Ghestin et M. Fontaine, dir.), Paris, LGDJ, 1996, n° 1, p. 143.

<sup>17</sup> Lorsqu'il expliquait le contrat de gré à gré, M. Missol nuancait : « Mais dans bien des cas, il faut le reconnaître, le marchandage qui est à sa base, s'harmonise mal avec les conditions matérielles de notre existence moderne » (A. Missol, *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, Thèse, Librairie Arthur Rousseau, 1934, p. 8).

<sup>18</sup> J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, éd. Aubier Montaigne, 1973, p. 84

<sup>19</sup> L. Josserand, *Évolutions et Actualités, Conférences de Droit civil, La protection des faibles par le droit*, Paris, Sirey, 1936, p. 167.

<sup>20</sup> L. Josserand, *op. cit.* p. 161.

commence à envoyer les signaux d'un mouvement plus protecteur des professionnels. En droit français, le recours aux notions de cause et de bonne foi, toutes deux issues du droit commun, est un exemple de cette inspiration venant du droit commun et du droit de la consommation contre un déséquilibre significatif. Dans un contrat entre deux professionnels, les juges ont ainsi opté pour l'application d'un instrument de protection du droit commun – la cause – afin de sanctionner, sous certaines conditions, la présence d'une clause de responsabilité par l'application de la sanction du droit de la consommation, à savoir la clause réputée non écrite<sup>21</sup>. En droit brésilien, les juges appliquent déjà par analogie le droit de la consommation pour la protection des professionnels dans un contrat entre professionnels. Ces exemples révèlent une modalité particulière de la protection du contractant professionnel faible : « Mais la conception moderne du protectorat des faibles est profondément différente de l'ancienne : généralement, sinon toujours, ce n'est pas la personne du protégé qui devient le siège de mesures protectrices qui ont une incidence tout autre ; c'est la partie adverse que l'on atteint et dont on paralyse, dont on conditionne l'activité ; c'est le plus fort que l'on maîtrise afin qu'il n'exploite pas injustement le plus faible ; le handicap est pour lui, non pour sa victime désignée. Les procédés employés dans cette voie et en vue de ce but sont fort nombreux et très variés : les uns sont *préventifs* tandis que d'autres sont *sanctionneurs* »<sup>22</sup>. En d'autres termes, il n'est pas question d'infantiliser un professionnel mais de prendre conscience des abus dont il peut être victime.

7. La clause abusive constitue sans doute l'illustration topique de ce phénomène. Selon M. Denis Mazeaud, cette notion serait « indépendante de la qualité du contractant à qui elle a été imposée »<sup>23</sup>. Une telle affirmation correspondait déjà à la définition initiale de la clause abusive donnée par la loi Scrivener du 10 janvier 1978 : l'ancien article L.132-1 du Code de la consommation sanctionnait les clauses qui « apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Cet article retenait donc deux critères : la *source*, c'est-à-dire un abus de puissance économique de la part du professionnel, et l'effet, à savoir un avantage excessif. Le critère de l'effet est neutre mais celui de la source peut parfaitement être étrangère à la relation consommateur-professionnel : une fois admise l'idée d'une faiblesse

<sup>21</sup> Cass., com., 22 oct. 1996, arrêt dit *Chronopost*, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.*, 1997, 418 ; L. Leveneur, *Défrénois*, 1997, p. 333 ; M. Fabre-Magnan, 4025, n° 177 ; J. P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt *Chronopost* (Com. 22 oct. 1996) », *JCP* 1998, I, 152 ; Cass., com., 29 juin 2010, arrêt dit *Faurecia II*, n° 09-11.841 ; *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *D.* 2010. 1832, note D. Mazeaud ; *RDC* 2010. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.* 1253, obs. O. Deshayes.

<sup>22</sup> L. Jossierand, *op. cit.* p. 171.

<sup>23</sup> D. Mazeaud, *D.* 1995. *Somm.* 81. V. également *Les clauses abusives entre professionnels*, (C. Jamin et D. Mazeaud, dir.), Paris, Economica, 1998.

éventuelle du professionnel, l'abus de puissance économique est en effet concevable dans une relation entre professionnels. La loi du 1<sup>er</sup> février 1995, transposant une directive européenne du 5 avril 1993, a même effacé le critère de la source pour ne retenir que celui de l'effet, tout en modifiant quelque peu sa terminologie : le déséquilibre significatif. C'est donc ce dernier, et non la qualité des parties, qui doit seul guider le juge en quête de justice contractuelle. Comme le souligne M<sup>me</sup> Thibierge-Guelfucci, « une clause abusive entame l'équilibre du contrat et porte atteinte à la justice contractuelle quels que soient la qualité des parties et le type du contrat qui la contient. Le simple fait qu'elle s'y trouve atteste l'impossibilité de s'en défendre du cocontractant qui la subit, fût-il particulier comme son cocontractant ou professionnel de la même spécialité que lui. En application du principe d'équilibre contractuel, ce serait le déséquilibre objectif qui guiderait l'action du juge et non des supputations sur les compétences subjectives des parties »<sup>24</sup>.

8. Le Code de commerce français a repris ce standard du déséquilibre significatif et consacré pour la première fois une véritable protection du professionnel contre les clauses abusives avec l'article L. 442-6, I, 2° : « 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 : 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'article L. 442-6 n'a pas été créé par la loi de modernisation de l'économie de 2008, mais cette dernière a profondément modifié le régime de la protection offerte aux professionnels. En effet, la rédaction antérieure de la disposition permettait de sanctionner un abus de « relation de dépendance », mais sans viser le déséquilibre significatif, cependant elle ne fut quasiment jamais appliquée par les juges. La protection demeurait donc des plus théoriques. La nouvelle rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations permet au déséquilibre significatif de transcender enfin la qualité des parties et de gagner de ce fait sa place dans le droit commun des contrats. Le nouvel article 1171 du Code civil, encore récemment modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, dispose désormais que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à

---

<sup>24</sup> C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

la prestation ». Cet article était attendu depuis longtemps mais a souffert de retards pris par la réforme globale du droit des contrats, débutée en 2005 avec l'avant-projet Catala. En effet, la réforme a opposé pendant de longues années les partisans d'une conception classique du droit des contrats aux partisans d'une actualisation plus innovante du Code civil<sup>25</sup>. On notera que la lutte contre les déséquilibres significatifs n'est pas une spécificité et encore moins une innovation française ; ainsi, un an avant la loi Scrivener de 1978, le droit allemand mettait en place une protection contre les clauses non négociées qui créaient un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties<sup>26</sup>. Le droit brésilien est pour sa part encore réticent à admettre la vulnérabilité d'un professionnel, mais le Code civil de 2002 ouvre de nouvelles perspectives en faveur de la protection du contractant, quelle que soit sa qualification, et prévoit, à l'article 423, une protection contre les clauses ambiguës ou contradictoires. Cet article dispose, en effet, que « quand sont présentes dans le contrat d'adhésion des clauses ambiguës ou contradictoires, l'interprétation la plus favorable à l'adhérent devra être adoptée ».

9. Cette clause, dite « ambiguë » ou « contradictoire » en droit brésilien, « abusive » en créant un déséquilibre significatif en droit français, s'insère souvent – mais pas nécessairement – dans le contexte des contrats d'adhésion. Or, il demeure en droit français et brésilien une difficulté dans la définition du contrat d'adhésion. Cette notion, issue des transformations économiques et sociales, est perçue ou définie de manière différente en fonction de l'ordre juridique. Selon Ripert, « le seul acte de volonté de l'adhérent consiste à se placer dans une situation telle que la loi de l'autre partie s'appliquera. [...] C'est une mauvaise plaisanterie de lui dire : tu as voulu ... »<sup>27</sup>. Cette difficulté découle de ce que « notre société est devenue, en effet, un véritable tissu de liens contractuels, à la trame serrée, dont la création est liée au développement des relations économiques et sociales. Le monde des contrats est ainsi devenu un univers si riche, si divers et si foisonnant qu'il comprend une variété quasi

<sup>25</sup> À ce débat, s'ajoutait encore le conflit entre les partisans d'une harmonisation européenne et les partisans d'une conception française du droit des contrats (v. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, « Influence du droit européen sur la réforme française », in *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, janv. 2017, p. 21.

<sup>26</sup> V. C. Signat, « Le dispositif de protection contre les clauses abusives : regards croisés franco-allemands », *RID comp.*, 2016, p. 863. Le droit allemand n'est pas le seul exemple de cette préoccupation contemporaine de la protection des professionnels ; F-X. Licari, « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses "déraisonnables" ou "abusives" dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes », in *Mélanges P. Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 655. Ainsi, le droit italien prévoit une réglementation des pratiques restrictives de concurrence, mais dans son code civil. Au Royaume-Uni, et aux États-Unis, le droit s'intéresse aux relations producteur-distributeur uniquement lorsque la concurrence s'en trouve affectée : L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC*, n° 3, 2004, p. 882, pt. 2.

<sup>27</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1949, p. 99.

infinie – et cependant toujours en expansion – d’institutions particulières »<sup>28</sup>. Dans le cadre de ce phénomène de multiplication des contrats, les contrats d’adhésion sont apparus comme une nouvelle catégorie juridique qui embrasse à la fois l’infériorité d’un contractant face à l’autre et la nécessité de protection de la partie faible. Cette catégorie, qui n’est pas encore définie dans le Code civil brésilien<sup>29</sup>, est aujourd’hui consacrée dans le Code civil français à l’article 1110 et, malgré les réticences de certains auteurs<sup>30</sup>, intègre ainsi la classification du droit commun des contrats.

10. Bien que le droit français manifeste une avance sur le droit brésilien en ce qui concerne la protection des professionnels contre les clauses abusives, les deux systèmes méritent de faire l’objet d’une analyse comparative<sup>31</sup>. Chacun de ces ordres juridiques est doté d’une incontestable originalité liée à son histoire et au temps qui s’écoule : « le droit trouve dans l’histoire son milieu propre car il est essentiellement : durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l’avenir dans le passé et même quand il est révolutionnaire, il aimera se redécouvrir des titres anciens que des siècles d’oppression n’avaient pu effacer »<sup>32</sup>. Mais *redécouvrir* ne signifie pas forcément *reprendre* ce que l’on avait déjà mis en place ; *redécouvrir* c’est également utiliser ce que d’autres considèrent comme adéquat et telle est l’attraction que peut exercer un système juridique sur un autre qui s’en inspire. Tel est l’objet du droit comparé<sup>33</sup>. Le droit comparé ne se contente pas de recenser les points communs ou les différences entre les droits de deux pays. Les *points communs* suggèrent un mouvement identique qu’il faut alors mettre en valeur, expliquer, analyser ; là où les *différences* peuvent mettre en exergue des solutions distinctes pour un problème unique. Dans ce dernier cas, il devient possible pour un système juridique de combattre les défauts spécifiques de sa législation en cherchant comment d’autres systèmes

<sup>28</sup> L.R.F. Germain, « Les origines helléniques de la notion de contrat », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Tome I, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 471. (pp. 471-481).

<sup>29</sup> Pourtant, ce Code utilise la notion de contrat d’adhésion mais en donner une définition, laquelle n’existe pour l’instant que dans l’article 54 du Code de la consommation définit comme contrat d’adhésion, celui dont les clauses sont établies unilatéralement par le fournisseur de service, sans que le consommateur puisse les discuter ou les modifier.

<sup>30</sup> V. G.-M. Dereux, « De la nature juridique des contrats d’adhésion », *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1910, pp. 503-541 : « ce qu’on appelle “contrats d’adhésion”, ce ne sont même pas des contrat », p. 505

<sup>31</sup> J. Carbonnier, « L’apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Livre du centenaire de la société de législation comparé I*, Paris, LGDJ, 1969, p.75 ; R. David, « La place actuelle du droit comparé en France dans l’enseignement et la recherche », in *ibid.*, p. 51 ; F. Rigaux, « Le droit comparé comme science appliquée », *R.I.D.C.*, 1978, pp. 73sq. ; R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11e éd., 2002 ; R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGD, 1950, 222-6.

<sup>32</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PuUF 1955, n. 8, t. 1, p. 28.

<sup>33</sup> V. M. Ancel, « Les grandes étapes de la recherche comparative au XXe siècle », in *Studi in Memoria di Andrea Torrente*, 1968, 21 ; P. Legrand, « Questions à Rodolpho Sacco », *R.I.D.C.*, 1995, pp. 971sq.. ; F. Rigaux, « Le droit comparé comme science appliquée », *R.I.D.C.*, 1978, pp. 73sq.

traitent la même question. Le droit comparé se fait alors source de propositions et d'inspirations réciproques. Le droit brésilien s'est longtemps appuyé sur le Code Napoléon : « [...] grâce au Code civil, la culture française est devenue la culture quasi mondiale ; la pensée juridique française est devenue le patrimoine de l'humanité ; conservons pieusement cet héritage sacré et ne portons pas les mains sur un monument qui, s'il venait à s'effondrer, manquerait non seulement à la France, mais à tous les peuples qui depuis un siècle et quart, vivaient sous son abri : ayons le respect et la gratitude des gloires d'autrefois, surtout lorsque, comme il advient ici, elles sont encore nos gloires d'aujourd'hui »<sup>34</sup>. C'est dans cette perspective que le droit brésilien s'est inspiré du droit français : « La France, que ce soit directement, par des actes concrets, ou indirectement à travers ses intellectuels, a exercé une énorme influence sur le droit brésilien, c'est-à-dire sur le droit comme loi et les doctrines juridiques »<sup>35</sup>. Mais le droit français ne se contente pas d'inspirer d'autres législations, lui aussi est en quête de ce que ces dernières pourraient lui apporter. Ce phénomène n'est d'ailleurs pas nouveau : le Premier Consul avait déjà créé en l'an X un Bureau de la législation étrangère. Cependant, « Napoléon perçait sous Bonaparte et le Code civil alors en gestation ne puisa à cette source qu'à dose homéopathique »<sup>36</sup>. La mondialisation signe le renouveau du rayonnement des systèmes juridiques, à la condition de ne jamais oublier d'adapter ce que l'on souhaite importer. Comme l'énonce un auteur, « la nécessité de modifier le droit étranger adopté apparaît parfois comme une conséquence inévitable des divergences de structure politique ou d'organisation administrative et judiciaire qui séparent le pays d'origine et le pays de réception du droit étranger en question »<sup>37</sup>. La question de la protection des professionnels contre les clauses abusives devra suivre cette règle : inspiration d'abord, adaptation ensuite.

---

<sup>34</sup> L. Jossierand, *Évolutions et Actualités, Conférences de Droit civil. 1. Le code civil français et ses destinées*, Paris, Sirey, 1936, p. 28 (pp. 9-28). En ce qui concerne au droit brésilien il faut, comme explique René David, reconnaître la difficulté de s'immiscer dans la culture brésilienne : « Décrire l'esprit du droit brésilien est aussi difficile que de parler de la civilisation brésilienne. Tant de composantes entrent en jeu dans tels concepts, une telle part d'intuition et de sentiment est nécessaire pour embrasser de telle questions, qu'un étranger, n'ayant eu avec le Brésil qu'un contact bref et inévitablement superficiel, doit hésiter à s'engager dans une telle étude. L'effort cependant doit être tenté, ne serait-ce que pour provoquer une discussion et donner une base à d'utiles critiques. Je l'accomplirai, dominé par ces sentiments d'estime et d'affection que tous ceux qui ont été au Brésil éprouvent pour ce grand pays et pour le peuple brésilien ». (R. David, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, (C. Jauffret-Spinosi et A. Wald Dir.), Paris, Société de législation comparé, 2005, p. 159).

<sup>35</sup> A.-J. de Azevedo, « L'influence du droit français sur le droit brésilien », in *ibid.*, p. 461.

<sup>36</sup> E. Agostini, « La circulation des modèles juridiques », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 42 n° 2, avril-juin 1990, p. 465. (pp. 461-467)

<sup>37</sup> I. Zajtay, « La réception globale des droits étrangers », in *Études de droit contemporain*, Paris, Editions de l'Épargne, p. 37.

11. L'inspiration est nécessaire, dans la mesure où il est essentiel de trouver des remèdes contre l'insuffisance des instruments de sanction du déséquilibre significatif. Le droit brésilien manque de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives et se contente d'appliquer par analogie celle déjà existante dans le droit de la consommation. Cette application constitue certes une manière détournée de protéger le professionnel mais n'est pas sans créer de nombreuses difficultés : outre l'incohérence qu'elle suppose – le droit de la *consommation* protégeant le *professionnel* – cette approche dépend essentiellement de la bonne volonté du juge et de ce fait place le professionnel dans une situation d'insécurité juridique. Le déséquilibre significatif, en tant que standard, suppose déjà une place prépondérante du juge dans l'interprétation d'une telle notion ; dès lors, il est central de réduire le risque d'insécurité intrinsèque au déséquilibre significatif. Cette approche dénature également la relation consommateur-professionnel et plus largement le droit de la consommation. Le droit français offre en revanche aujourd'hui une pluralité législative de protection contre le déséquilibre significatif, à tel point que l'on se demande si le champ d'application de chaque code et de chaque loi est bien délimité. L'articulation entre le droit commun et les droits spéciaux mériterait sans doute d'être repensée pour une protection effective et efficace du professionnel. L'insuffisance de protection en droit brésilien d'un côté, l'absence de délimitation du champ d'application du droit français de l'autre, attendent une réponse. L'éparpillement des régimes, la multiplication des acteurs et des sanctions appellent une reconstruction du régime de protection. Mais cette reconstruction doit dépasser les juxtapositions afin de restaurer une certaine cohérence dans la législation.

12. Dans le but de corriger ces insuffisances dans les ordres juridiques français et brésilien, il sera nécessaire de formuler des propositions afin de reconstruire la notion de déséquilibre significatif en la détachant de la force d'attraction du droit de la consommation. L'efficacité de la protection des professionnels contre les clauses abusives exige un retour sur la délimitation des systèmes de protection existants en droit français et brésilien. Cette délimitation passe par la définition exacte du champ d'intervention de chaque code dans la protection des professionnels contre les clauses abusives, et l'introduction, si nécessaire, de modalités nouvelles de protection. La confrontation des systèmes brésiliens et français permettra de souligner les forces et lacunes de chacun des régimes de protection pour mieux nourrir de telles propositions. Ainsi, l'on pourra envisager de supprimer certaines sanctions que l'on juge inefficaces, créer de nouvelles catégories juridiques, voire importer certaines structures institutionnelles d'un pays à l'autre. *In fine* et d'une façon plus générale, il s'agit de



défendre l'inspiration mutuelle de deux systèmes juridiques tout en préservant la cohérence et la spécificité de chacun dans un élan de réciprocité entre les deux pays.

13. Sur ce chemin vers une protection transversale parsemé de regards croisés sur le droit franco-brésilien de protection contre les clauses abusives, il convient donc de démontrer la nécessité de dépasser le droit de la consommation, lequel a pendant trop longtemps concentré l'attention du législateur. Le professionnel doit se voir reconnaître le statut de partie faible lorsqu'est constatée une inégalité avec son contractant, économiquement plus puissant. La légitimité de cette protection sera ainsi le point de départ de l'analyse comparatiste en matière de clauses abusives. Si l'on parvient à s'abstraire de l'évidence selon laquelle le consommateur est *une partie faible*, on pourra reconnaître qu'il n'est pas *la seule* partie faible. Dès lors, le droit de la consommation ne sera qu'un reflet d'un enjeu qui le dépasse : la protection de la partie faible contre les clauses abusives. Cette question doit impérativement se détacher du prisme du droit de la consommation. Cette branche du droit n'est qu'une illustration qui ne doit pas occulter, tel « l'arbre qui cache la forêt », les autres manifestations d'une inégalité. Selon la formule de Josserand, « les faibles sont partis à la conquête du droit »<sup>38</sup> ; la protection des professionnels contre les clauses abusives fait partie de ce parcours, de la bataille qui s'engage dans les lignes qui suivent.

14. Dès lors, il convient en premier lieu de mettre en rapport l'avènement de la protection des professionnels contre les clauses abusives, (**Première partie**), puis d'étudier l'efficacité du régime de la protection des professionnels contre les clauses abusives (**Seconde partie**).

## 1 L'AVENEMENT DE LA PROTECTION DES PROFESSIONNELS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

15. Parler de clauses abusives et de déséquilibre entre professionnels constitue un phénomène assez récent en France et nouveau au Brésil. La notion de déséquilibre entre professionnels reste confuse et difficile à cerner car nombre de divergences maintiennent un flou autour de la définition de la notion. Pourtant, l'inégalité de fait constitue une réalité des échanges entre professionnels. Dans certains cas, une entreprise est capable de s'abstraire des

---

<sup>38</sup> L. Josserand. « Évolutions et actualités », in *Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 160.

exigences du marché ce qui la place dans une position dominante ; une situation qui a des conséquences directes sur les règles du jeu de la concurrence et incidemment sur l'exploitation d'un professionnel partenaire.

16. L'objet de notre étude ne sera pas le droit des clauses abusives au sens des articles L. 212-1 et suivants du Code de la consommation, car cela a déjà fait l'objet de plusieurs études. Nous garderons néanmoins pour perspective, au fil de cette thèse, le droit de la consommation afin de pouvoir analyser les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels. En France, des débats ont lieu depuis plusieurs années sur la question de savoir « si un contractant professionnel qui pouvait apporter la preuve qu'il était victime d'une clause abusive [...] pouvait revendiquer à son profit les dispositions du droit de la consommation<sup>39</sup> ». Au Brésil la question s'est en revanche posée plus récemment à cause de l'absence d'un dispositif spécifique pour protéger les professionnels contre les clauses abusives, à l'instar de celui dont dispose la France avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

17. Étudier l'émergence de la protection du professionnel contre les clauses abusives implique de s'être d'abord interrogé sur l'existence même d'une telle protection. Or l'émergence d'une norme de droit dépend bien souvent de facteurs étrangers au système juridique ; ils en constituent le fondement, la *ratio legis*. On ne saurait en effet envisager de nouveau le système juridique comme un vase clos, ainsi que l'avait posé Kelsen, car il ne resterait alors qu'une « description neutre, objective et désintéressée [des] dispositions juridiques, abstraction faite des conditions socio-historiques en amont et en aval de leur édicition »<sup>40</sup>. Le droit doit être étudié en action, au regard de ses précédents historiques, de son milieu sociologique actuel, de son régime socio-politico-économique et de son idéologie de base. Ce milieu sociologique « secrète le système de droit qui se transforme, progresse ou régresse, prospère ou se détériore »<sup>41</sup>. Nous étudierons donc la protection du professionnel contre les clauses abusives en considérant les influences extra-juridiques des systèmes français et brésilien. Comme l'a justement formulé René David, le droit « ne peut s'isoler des sciences sociales et est en réalité un droit sans frontières, débordant sur ces sciences voisines »<sup>42</sup>. C'est en comprenant l'influence qu'exercent sur le droit l'économie et la sociologie que se dévoilera

<sup>39</sup> D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *Revue des Contrats*, 2012, p. 276.

<sup>40</sup> P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 322.

<sup>41</sup> M. Ancel, « Comment aborder le droit comparé (À propos d'une nouvelle "Introduction au droit comparé") », in *Etudes effertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 5.

<sup>42</sup> R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> ed., 2016, p. 10.

le fondement de la protection des professionnels contre les clauses abusives. Cependant, l'étude du seul fondement n'est pas suffisant ; il sera aussi nécessaire d'en examiner le régime.

18. Aussi convient-il de mettre en rapport le fondement (**Titre I**) et le régime (**Titre II**) de la protection du professionnel contre les clauses abusives.

### 1.1 Le fondement de la protection

19. S'éloigner de la théorie pure du droit de Kelsen<sup>43</sup> conduit forcément à appréhender d'autres domaines qui influencent le système juridique, et particulièrement l'économie. Ainsi, et selon M. Brousseau, « [...] dans un monde bouleversé par de très rapides évolutions économiques, sociales, techniques, et surtout des mentalités, il convient de repenser les normes et de les adapter. À l'instar d'autres disciplines, l'économie a vocation à éclairer ces évolutions normatives et ne peut être considérée comme un simple outil destiné à calculer les conséquences économiques de choix juridiques qui seraient d'essences purement philosophique et politique »<sup>44</sup>. Aussi l'économie ne peut-elle se réduire à un simple instrument juridique ; elle en dicte aussi parfois les manifestations et en fonde les évolutions.

20. Nous écartérons d'emblée ce qui semble être pourtant la traduction la plus actuelle de cette idée : l'analyse économique du droit, selon laquelle « le Droit des contrats ne précède ni ne conditionne l'économie de marché : il en est l'instrument (un marxiste aurait dit la superstructure) et non le fondement. Les pères fondateurs de l'analyse économique du Droit y insistent : ce n'est pas le principe juridique de liberté contractuelle qui fonde le libre-échange, car le libre-échange est une donnée de la vie économique que le Droit des contrats a seulement pour fonction d'accompagner et de faciliter »<sup>45</sup>. Pour autant, certains auteurs utilisent l'analyse économique du contrat comme grille pour une meilleure compréhension du phénomène des déséquilibres entre professionnels. Cette analyse, familière au monde anglo-américain et étrangère à la culture juridique française et brésilienne, doit rester, sous peine de la dénaturer,

---

<sup>43</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (Ch. Eisenmann Trad.), Paris, Dalloz, 1962.

<sup>44</sup> E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 173.

<sup>45</sup> A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 144.

l'œuvre des économistes<sup>46</sup>. D'autant plus que l'analyse économique du droit n'est pas la seule manière d'appréhender l'influence qu'exerce l'économie sur le système juridique. Le renouvellement de la réalité socio-économique est incontestable et c'est précisément ce renouvellement qui, au Brésil comme en France, a fait naître un besoin de protection du professionnel contre les clauses abusives. La légitimité socio-économique ne fonde pas à elle-seule cette protection, le système juridique a lui aussi contribué à isoler le professionnel, quand bien même il serait placé dans une situation d'inégalité.

21. Dès lors, l'analyse du fondement de la protection des professionnels contre les clauses abusives nécessite d'en justifier la légitimité tant socio-économique (**Chapitre I**) que juridique (**Chapitre II**)

### 1.1.1 Légitimité socio-économique de la protection

22. Même si l'on a tendance à considérer les professionnels comme égaux, il convient de prendre en compte le fait que l'égalité n'existe pas dans tous les domaines et dans tous les contrats. On constate dans certains contrats entre professionnels une inégalité parfois plus importante que celle qui peut exister entre un professionnel et un consommateur. Les professionnels ont donc eux aussi besoin d'une protection. Dans ce premier chapitre, nous analyserons la légitimité socio-économique de la protection, en évoquant les justifications (Section I) et la source de cette dernière (Section II).

#### Section I. – Les justifications de la protection

23. Chaque ordre juridique protège les professionnels contre les clauses abusives pour des raisons différentes, qui correspondent elles-mêmes à des nécessités et des fondements distincts. Nous évoquerons les démarches de chaque pays et la nécessité d'une protection spéciale. En outre il importe aussi de comprendre les principes qui régissent le contrat selon la perspective philosophique adoptée dans chaque pays, comme la liberté contractuelle et l'égalité

---

<sup>46</sup> M.-A. Frison-Roche, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », Colloque « Droit, économie, justice », 2004 ; disponible sur : [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/collques\\_4/2004\\_2034/anne\\_frison\\_8184.html](https://www.courdecassation.fr/venements_23/collques_4/2004_2034/anne_frison_8184.html)

ainsi que les théories qui en découlent : l'autonomie de la volonté, la force obligatoire du contrat, la justice. Et surtout, il faut distinguer la façon dont chaque principe est interprété ; selon la doctrine libérale (§1) ou sociale (§2).

### §1. La protection reniée par la justice libérale

24. Pour comprendre la place centrale occupée par chaque État dans la structure du lien contractuel, il est nécessaire de retracer la genèse du principe du respect de la parole donnée, principe sans lequel le contrat « n'aurait pu devenir cet universel abstrait qui fait la fierté des juristes de l'époque moderne »<sup>47</sup>. C'est son utilité sociale qui rend le contrat obligatoire ; il est l'instrument privilégié des opérations d'échanges de biens et de services permettant la satisfaction des besoins essentiels des individus en société : un climat d'ordre, de paix et de certitude est essentiel au développement des relations sociales et permet à chacun de prévoir les conséquences de ses actes<sup>48</sup>.

25. Cet effort de prévision permet, entre autres, d'assurer l'équilibre interne du contrat. Pour que la prévision soit sûre, la loi accorde au contrat valeur obligatoire. Cette philosophie part cependant du postulat, non justifié, de l'égalité des parties, lequel impose le respect d'un principe, la liberté contractuelle. Parce que les parties sont égales (A), c'est à elles d'user de leur liberté contractuelle (B) pour élaborer le contrat le plus équilibré. Si elles ne le font pas, c'est un tort qui leur revient et que le système juridique n'a pas à réparer.

#### A. L'égalité

26. Selon la doctrine libérale la plus orthodoxe, les hommes sont égaux et c'est en tant que tels qu'ils prennent la décision de s'engager dans un contrat. La protection des contractants n'a donc pas lieu d'être. Au fil du temps, certaines doctrines libérales ont cependant dévié de cette vision orthodoxe. Comment ces doctrines libérales ont-elles influencé d'un point de vue sociologique la France (1) et le Brésil (2) en matière contractuelle ?

#### 1. L'égalité en droit libéral français

<sup>47</sup> A. Supiot, *op. cit.*, p. 146. Pour utiliser l'adage connu : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les parole ». (Loysel – Institutes coutumières).

<sup>48</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (1949), Paris, LGDJ, coll. « [Anthologie du droit](#) » 2013, p. 130 : « contracter c'est prévoir » ; V. H. Lecuyer, « Le contrat : acte de prévision » in *L'avenir du droit : mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, 1999, pp. 643-660.

27. Selon la philosophie du Code Napoléon, le contrat est la chose des parties ; celles-ci étant considérées comme les meilleurs juges de leurs propres intérêts<sup>49</sup>. Dès lors, les individus étant égaux, s'ils décident de s'obliger par des liens contractuels, c'est qu'ils considèrent que le contrat permet la réalisation de leurs désirs dans des conditions équitables. Cette philosophie transparaît à l'article 1104 du Code civil (devenu l'article 1108 après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats). Selon l'ancien article 1104, le contrat est commutatif « lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ». L'expression « regardée comme l'équivalent » est intéressante : ces simples mots exprimaient, avec toute la concision chère aux rédacteurs du Code civil, la philosophie même du droit des contrats français. L'objectif est donc ici une équivalence non pas objective mais subjective. Si l'une des parties choisit de considérer une prestation comme équivalente, peu importe ce qu'il en est objectivement. Un éventuel déséquilibre est la rançon de la liberté contractuelle<sup>50</sup>. Autrement dit, les déséquilibres ayant pour source la liberté contractuelle ne permettent pas, en principe, de revenir sur un contrat, ce dernier demeurant dès lors intangible.

28. L'article 1104 (devenu l'article 1108<sup>51</sup>) du Code civil n'est pas que l'envers du contrat aléatoire ; il expose véritablement le modèle contractuel français : un modèle où les parties sont égales. Cette égalité est bien le postulat de départ de l'analyse libérale : l'égalité est la règle et l'inégalité l'exception, comme on peut le constater en matière de lésion. C'est cette analyse qu'expose Mme Rochfeld affirmant que « dans une approche classique, individualiste et libérale, plus ou moins issue de l'époque du Code civil, se prolongeant pendant le XIX<sup>e</sup> et toujours solide aujourd'hui, le contrat est conçu comme la rencontre de volontés de deux parties de forces présumées égales. Il est, en outre, l'instrument d'un échange économique. Le plus souvent, enfin, il se formerait et s'exécuterait dans l'instant de la vente prise comme modèle. C'est pourquoi, dans cette conception, le contrat s'impose comme un échange économique égalitaire de l'instant »<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Selon Kant, « quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même » *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit* (A. Philonenko Trad.), 4<sup>e</sup> éd. 1988, Paris, p. 768.

<sup>50</sup> V. D. Mazeaud, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 518.

<sup>51</sup> Selon le nouvel article 1108 : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ».

<sup>52</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*. Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 426-427.

29. Cette philosophie libérale a perduré en France jusque dans les années 1970, date à laquelle apparaît le mouvement consumériste. La réalité a alors rattrapé une conception devenue désuète du contrat : non, les parties ne sont pas toujours égales. Voilà un fait que le droit doit désormais prendre en compte pour tenter de restaurer un certain équilibre dans la relation contractuelle. Suivant une conception purement libérale du contrat et des parties, une telle mission était inconcevable.

## 2. L'égalité en droit brésilien

30. L'ancien Code civil brésilien (1916), bien que plus récent que son homologue français (1804), est né dans un contexte similaire, également inspiré par l'esprit libéral ayant présidé aux codifications du XIX<sup>e</sup> siècle. Le contrat était donc, de la même manière, perçu comme la loi des parties que nul ne pouvait en principe modifier sans leur accord. La liberté était là encore la *conditio sine qua non* de cette intangibilité.

31. Dans ce contexte libéral, sous l'égide du Code civil de 1916, la notion de « lésion » n'intégrait pas le système juridique et il n'existait pas de système pour la protection du contractant<sup>53</sup>. Le principe du *rebus sic stantibus*, encore moins la bonne foi, ne faisait pas partie du système brésilien. L'autonomie de la volonté régnait sur le droit des contrats brésilien. Le Code était donc critiqué pour sa codification conservatrice, individualiste, excessivement positiviste et insuffisamment sociale<sup>54</sup>.

32. Toutefois, avec les changements sociaux et l'influence des pays européens, les nouvelles théories plus proches de la réalité socio-économique brésilienne ont émergé et ont finalement eu raison de ce Code. La réforme du Code civil brésilien, entré en vigueur en 2002, instaure un Code plus social où l'égalité devient l'égalité de fait et non plus seulement de droit.

### B. La liberté contractuelle

33. La liberté implique l'autonomie et l'absence de contraintes externes ; les parties ont librement choisi leur partenaire contractuel, tout comme de se lier à lui par un contrat. La volonté, source de la liberté contractuelle, est donc la force fondamentale qui lie les individus (1) dans un nécessaire compromis du volontarisme (2).

<sup>53</sup> T. Negreiros, *Teoria do contrato : novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 178

<sup>54</sup> Pour les critiques du Code civil de 1916 V. F. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito privado brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

## 1. Le défi de l'individualisme

34. D'une façon générale, les théories économiques du XVII<sup>e</sup> siècle utilisent la liberté comme principe général pour répondre au corporatisme et aux limitations imposées par l'Église catholique. Selon ces théories, la libre circulation des richesses est nécessaire et le contrat est considéré comme l'instrument qui rend possible cette circulation.

35. La doctrine du libéralisme économique est donc une doctrine individualiste, conforme à l'esprit du siècle des Lumières, apparue en Europe dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>55</sup>. Les fondements des lois sociales de l'échange et de la production sont à rechercher dans la conscience individuelle d'agents supposés libres et rationnels. Le libre échange est la source de droit par excellence, car il permet d'assurer la justice, l'équilibre et la prospérité<sup>56</sup>. Ces valeurs gagnèrent le Brésil plus tardivement.

36. Le libéralisme est à l'origine un courant philosophique qui naît autour de la pensée des Lumières visant à mettre fin aux formes conservatrices, traditionnelles, religieuses, et inégalitaires du pouvoir. Le libéralisme promeut le progrès politique, social et culturel pour tous. Mais cette liberté est avant tout celle de l'individu<sup>57</sup> ; ainsi « cette liberté individuelle, spontanée, voire naturelle, est de fait égoцентриée, voire égoïste ; chacun est à lui-même sa propre fin et fait des autres, dans le meilleur des cas un moyen, et dans le pire un obstacle-concurrent à écarter, sinon à détruire. Elle implique la capacité reconnue d'entreprendre sans se soucier des intérêts des autres, à l'exception éventuelle de ses proches, sinon à ne les considérer que pour se satisfaire soi-même »<sup>58</sup>. L'individualisme pose ce paradoxe nommé par Kant « l'insociable sociabilité » : l'insociabilité pousse l'individu « à vouloir tout diriger dans son sens. Et, de ce

<sup>55</sup> Avec notamment John Locke, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Jean-Baptiste Say, Adam Smith...

<sup>56</sup> V. Y. Lequette, P. Simler, F. Terré, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 1993, p. 21 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, 1993, p. 35.

<sup>57</sup> Selon la philosophie individualiste, l'homme a été placé au centre de la réflexion. À la renaissance s'est posée la question de la spécificité de l'homme : la raison, l'intelligence, et la dimension sociale : la vie en société. Selon Rousseau, avec son *Discours sur l'origine de l'inégalité entre les hommes*, l'homme est caractérisé par la liberté alors que l'animal est guidé par l'instinct. Cette liberté est aussi ce qui rend possible ce que Rousseau nomme la *perfectibilité*, cette capacité qu'a l'homme de développer ses facultés et de toujours devenir autre qu'il n'est déjà. L'homme serait à l'origine et par nature innocent, ni bon ni mauvais puisqu'indépendant et indifférent à ses semblables. C'est le regroupement en société et la propriété privée qui le corrompent et en font cet être égoïste étouffé par son amour propre. V. X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, Dalloz, avril-juin, n° 2, 2003, p. 247.

<sup>58</sup> S. Reboul, « Prémisses et origines philosophiques du capitalisme », in *Le rasoir philosophique* [en ligne]. (Modifié le 12 octobre 2007) ; disponible sur : <http://sylvainreboul.free.fr/liberalisme3.htm>



fait, il s'attend à rencontrer des résistances de tous côtés, de même qu'il se sait par lui-même enclin à résister aux autres »<sup>59</sup>.

37. Dès lors, l'homme a besoin du contrat qui favorise la libre circulation des richesses dans la société et en même temps indique la valeur de chaque objet sur le marché d'échange. Dans ce sens, le contrat est moins un instrument d'échange d'objets qu'un outil d'échange de valeurs. Mais comment concilier la nécessité de l'échange avec le postulat de la liberté humaine ? Le volontarisme, source de la liberté contractuelle, serait-il un compromis envisageable ?

## 2. Le compromis du volontarisme

38. La théorie de l'autonomie de la volonté permet de concilier liberté et nécessité : parce que la volonté est la source du rapport contractuel, l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu. Être tenu parce qu'on l'a voulu et uniquement dans la mesure où on l'a voulu, c'est encore être libre<sup>60</sup>. L'homme est volonté et la volonté de l'homme est guidée par la raison. Les conséquences juridiques en sont que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter ; c'est *la liberté contractuelle*. Les parties sont tenues de respecter leurs engagements ; c'est *la force obligatoire du contrat*. Seules sont tenues les personnes qui ont voulu se lier (*l'effet relatif du contrat*). La liberté contractuelle exprime ainsi une triple faculté : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son cocontractant, déterminer librement le contenu du contrat. Sur la forme, la liberté contractuelle postule le consensualisme. L'échange des consentements, basé sur la souveraineté de la volonté, suffit à la conclusion du contrat, peu importe la forme. En ce sens, les seules interventions législatives légitimes seraient celles ayant pour objectif de garantir une volonté libre et éclairée<sup>61</sup>. D'où l'importance, en France comme au Brésil, de la théorie des vices du consentement<sup>62</sup>. Quant à la force obligatoire du contrat, l'accord de volonté est par lui-même créateur d'obligations et le

<sup>59</sup> E. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, (L. Ferry, trad.), 4<sup>e</sup> proposition, Paris, Gallimard, 1985, p. 192.

<sup>60</sup> V. E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, op. cit. ; M. Villey, « Kant dans l'histoire du droit », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, p. 251 : « seule la volonté a été perçue comme le fondement de la force obligatoire des contrats, la volonté humaine est placée à la racine de tous les actes de la vie du droit, elle est la source unique de toute obligation juridique. Au principe selon lequel la volonté est le fondement de la force obligatoire de l'acte se rattachent des corollaires comme : le principe du consensualisme, le respect à la force obligatoire par le juge et par le législateur, le principe de la liberté contractuel et le principe de l'effet relatif des contrats ».

<sup>61</sup> Selon Gounot, « la seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence ; tout contrat libre est un contrat juste quel que soit par ailleurs le contenu ». E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme*. Thèse, Université de Bourgogne. UFR de droit et science politique, Paris, A. Rousseau, 1912, p. 76.

<sup>62</sup> V. *infra* n° 163.

consentement mutuel peut seul dénouer ce qu'il a noué. Les parties ne peuvent modifier unilatéralement le contrat, le juge est soumis à la loi du contrat, il est le ministre de la volonté des parties et doit donc être guidé par leur volonté commune. Quant à l'effet relatif du contrat, il signifie que l'on ne peut pas créer d'obligation à la charge d'un tiers qui n'a pas fait part d'une volonté en ce sens. Parce que le contrat repose sur la volonté des parties, il n'a pas d'effet à l'égard des tiers. La source de la force obligatoire étant la volonté, le contrat n'affecte que ceux qui sont d'accord. Puisque seule la volonté oblige, les parties ne peuvent être que les individus dont la manifestation de la volonté a formé le contrat.

39. Face à la philosophie volontariste, le seul obstacle à la liberté contractuelle ne peut être que l'ordre public et les bonnes mœurs<sup>63</sup>, comme l'énonce l'article 6 du Code civil français : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Le libéralisme impose sous cet angle une vision pour le moins restrictive de ce qui constitue l'ordre public dont l'intervention est alors des plus restreintes. Cependant, le développement récent de cette notion, notamment le passage d'un ordre public de direction à un ordre public de protection<sup>64</sup>, montre un changement de philosophie, un glissement vers une justice sociale qui saura dépasser la protection minimale offerte par le libéralisme pur ; car la liberté n'est pas toujours synonyme d'équilibre et donc de justice sociale.

## §2. La protection justifiée par la justice sociale

40. Il est vrai que le libéralisme a depuis été amendé : aussi l'égalité ne constitue-t-elle plus sous cet angle un postulat de départ mais un impératif à respecter. Si l'on prend l'exemple de la libre concurrence, cette dernière n'est juste que « si est respectée l'égalité sur le marché au moins potentielle des situations, que si la compétition économique reste ouverte, que si les consommateurs ont également accès au marché ainsi qu'à l'information qui leur donne un réel pouvoir de décision et surtout que si les consommateurs sont rationnels dans l'expression de leur désir »<sup>65</sup>. Ce sont les prémices de la justice sociale.

---

<sup>63</sup> V. not. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, Paris, PUF, 1967, p. 146 ; A. Weil, F. Terré, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 1986, p. 53.

<sup>64</sup> V. *infra* n° 244.

<sup>65</sup> B. Allen, « Libre concurrence : ange ou démon », in *Agoravox* [en ligne]. (modifié le 2 mai 2006) ; Disponible sur : <http://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/libre-concurrence-ange-ou-demon-9329>

41. En 1937, Gaston Morin parlait déjà de « révolte des faits contre les codes »<sup>66</sup>, du déclin et de la fin de la conception classique du contrat. En effet, le déséquilibre au sein d'un contrat se vérifie souvent en pratique, alors même que la liberté et l'autonomie de la volonté des contractants restent à la base du contrat. Dans ce contexte, la justice sociale devient un principe politique et moral permettant de garantir l'équilibre et l'égalité. Elle a pour objectif une égalité des droits et une solidarité collective qui permettent une distribution juste et équitable des richesses, que celles-ci soient matérielles ou symboliques, entre les différents membres de la société. Nous allons voir ce qu'il en est de l'égalité (A) et de la liberté (B) sociales.

#### A. L'égalité

42. La justice sociale, notamment dans sa dimension d'égalité, est le produit d'une construction politique encore récente (1) qui s'est manifestée aussi bien en France qu'au Brésil (2).

##### 1. La construction de l'égalité sociale

43. Notion hautement subjective, la justice sociale présuppose une réflexion sur les inégalités, en particulier celles qui créent une injustice contractuelle et doivent donc être corrigées. Les professionnels doivent ainsi être protégés car la notion d'égalité n'est pas à l'origine attachée à la personne mais à la situation. On peut la définir de manière négative considérant comme injuste toute situation qui n'est pas acceptable socialement. La notion de justice est donc inhérente au droit qui, sans elle, ne serait qu'une pâle parodie animalesque. En effet, « une loi injuste n'est pas une loi »<sup>67</sup>.

44. D'un point de vue historique, le social est « une configuration spécifique de pratiques qui ne se retrouvent pas dans toutes les collectivités humaines »<sup>68</sup>. Cela signifie donc paradoxalement qu'une société peut exister sans social. Robert Castel envisage la question de la sociabilité primaire comme un « [...] système de règles liant directement les membres d'un groupe sur la base de leur appartenance familiale, de voisinage, de travail, et tissant des réseaux d'interdépendances sans la médiation d'institutions spécifiques ». Dans ces sociétés,

<sup>66</sup> G. Morin, *La Révolte des faits contre le Code : les atteintes à la souveraineté des individus, les formes actuelles de la vie économique : les groupements, esquisse d'une structure nouvelle des forces collectives*, Paris, B. Grasset, 4<sup>e</sup> éd., 1920.

<sup>67</sup> Saint Augustin, *Traité du libre arbitre*, Livre I, n<sup>o</sup>I, n<sup>o</sup> 11, in *Œuvres complètes de Saint Augustin*, (M. Raulx Trad.), Tome III, Bar-Le-Duc, Guérin, 1864, p. 325.

<sup>68</sup> R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Ed Fayard, 1995, p. 34.

« l'individu encastré dès sa naissance dans un réseau serré de contraintes, reproduit pour l'essentiel les injonctions de la coutume et de la tradition. Dans ces groupements, il n'y a pas davantage de "social" que d'"économique", de "politique" ou de "scientifique", au sens où ces mots qualifieraient des domaines identifiables de pratiques »<sup>69</sup>. Le social serait donc le résultat d'une construction et, pour reprendre les propos de M. Donzelot, une invention que l'on peut situer historiquement au cours du XIX<sup>e</sup> siècle pour les pays actuellement développés<sup>70</sup>. Les politiques sociales sont alors à comprendre en tant qu'interventions sociales de la collectivité qui ont pour objectif de « rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique, dans le cadre d'un système économique libéral »<sup>71</sup>. En d'autres termes, il s'agit de maintenir le lien social, entendu comme ce qui fait que les citoyens d'un même pays se sentent membres d'une même communauté bien que ne se connaissant pas.

45. Les changements provoqués par la Révolution industrielle, les crises économiques et financières des dernières décennies, ou encore l'évolution technologique et la mondialisation, qui ont provoqué des mutations de la culture et des valeurs de la société, ont exigé une adaptation du droit et de son application. La société industrielle naissante se caractérise par une densité démographique croissante, ainsi qu'un processus de plus en plus puissant de division sociale du travail qui change en profondeur la société. Sous l'effet de la division du travail social, de la spécialisation des tâches, les individus sont de plus en plus différenciés et par conséquent les formes de solidarité bouleversées<sup>72</sup>.

46. Le corollaire en est une explosion quantitative des rapports contractuels au fil de l'histoire récente ; l'individu est amené à contracter toujours plus afin de se procurer les biens et les services dont il a besoin. De nos jours, au Brésil comme en France, on assiste à des phénomènes comme la substitution de l'État par les entreprises privées, les privatisations, le « néolibéralisme » et le « néoconservatisme », le passage de l'ère artisanale à l'ère industrielle et le développement des contrats entre deux contractants de puissance économique inégale.

## 2. Les manifestations de l'égalité sociale

---

<sup>69</sup> *Ibidem.*

<sup>70</sup> J. Donzelot, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Ed Seuil, 1994.

<sup>71</sup> M.-TH. Join-Lambert, A. Bolot-Gittler, Ch. Daniel, D. Lenoir, D. Méda, *Politiques sociales*, Paris, Ed. Presses de la FNSP, 1997, p. 27.

<sup>72</sup> Sur les formes de solidarité sociale, V. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, coll. « Les grands textes », 2004. Selon le sociologue français, la solidarité mécanique est fondée sur les similitudes et la solidarité organique sur la division du travail. Les formes pathologiques de la division du travail, qui engendrent une rupture de la solidarité, sont également analysées.

47. La réalité contemporaine – faite d’accumulation de biens matériels, de chômage, de scepticisme généralisé, d’individualisme, de coexistence de plusieurs discours simultanés et contradictoires – est marquée par la perte des valeurs modernes héritées de la Révolution française. La production et la distribution de masse ont développé une nouvelle forme de contrat, qualifiée de « contrat d’adhésion »<sup>73</sup>, dont la structure même présuppose l’inégalité entre les contractants dans la mesure où l’une des parties accepte, sans possibilité de négociation, les clauses d’un contrat unilatéralement préétabli par l’autre.

48. Ces contrats d’adhésion sont aujourd’hui prévalents ; « l’utilisation de contrats types et l’absence de négociation sont sans doute les conséquences inévitables de la centralisation des pouvoirs de décision dans la production et la distribution et des relations contractuelles de masse »<sup>74</sup>. Ces contrats correspondent aux exigences de la vie économique contemporaine et constituent aujourd’hui la norme en matière de contractualisation entre particuliers. La classification des contrats avant et après la réforme du 10 février 2016 est sur ce point révélatrice : alors que le Code civil de 1804 ne distinguait pas entre contrats d’adhésion et contrats de gré à gré, cette différenciation est consacrée à l’article 1110 nouveau du Code civil : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d’adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l’avance par l’une des parties ». Le nouvel article 1110, alinéa 2 du Code civil a effectivement codifié la notion ancienne et déjà existante dans le droit français de contrat

---

<sup>73</sup> Cette qualification vient de Raymond Salleiles, *De la déclaration de volonté : contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901, pp. 89 *sq.* Sur les contrats d’adhésion V. également G. Ripert, qui affirme que « le seul acte de volonté de l’adhérent consiste à se placer dans une situation telle que la loi de l’autre partie s’appliquera. [...] C’est une mauvaise plaisanterie de lui dire : tu as voulu ». In *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1949, p. 99. Selon Georges Dereux, « ce qu’on appelle “contrats d’adhésion”, ce ne sont même pas des contrat », « De la nature juridique des contrats d’adhésion », *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1910, pp. 503-541 : p. 505. V. M. Hauriou, *Note du Recueil Sirey*. S. 1908, 3. 19 (col. 1 et 3). Selon lui, « les actes d’adhésion n’ont de contractuel que le nom. L’opération se décompose en l’émission d’une volonté réglementaire à laquelle une autre volonté vient adhérer. C’est la volonté réglementaire seule qui compte au point de vue de l’interprétation. C’est elle seule aussi qui compte au point de vue de la compétence du juge et au point de vue de la nature des recours qui peuvent être intentés ».

<sup>74</sup> On part de la conception selon laquelle « les contrats d’adhésion sont des contrats », J. Ghestin, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1998, p. 6.). Selon le même auteur l’existence ou non de négociation ne permet pas de qualifier un acte de contractuel ou non-contractuel, parce que l’important est la force obligatoire qui résulte de l’acte de volonté (« la négociation n’est pas le critère du contrat », *ibid.*, p. 6). La jurisprudence brésilienne considère la forme de négociation décisive pour qualifier le contrat comme un contrat d’adhésion. (En cas international : Les contrats modifiés par accord entre les parties ne sont pas un contrat d’adhésion). (STF, Sessão Plenária, SEC 5.847-1/Reino Unido da Gra-Bretanha e da Irlanda do Norte, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 1<sup>o</sup>. 12. 1999). L’article 54 du Code de la consommation brésilien définit comme contrats d’adhésion ceux dont les clauses sont établies unilatéralement par le fournisseur de service, sans que le consommateur puisse les discuter ou les modifier. L’article 423 du Code civil brésilien reconnaît l’expression « contrat d’adhésion » et sa nature de contrat.

d'adhésion<sup>75</sup>. A noter que sa définition n'a plus la même rédaction depuis l'entrée en vigueur de la loi de ratification du 20 avril 2018<sup>76</sup>. [La version prévue par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>77</sup> était bien plus large que celle adoptée par la loi de ratification du 20 avril 2018.] Ainsi, le contrat d'adhésion passe de « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » à « celui qui comporte un ensemble des clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». En d'autres termes, les clauses négociées ou les clauses négociables, mais non négociées, seront maintenues alors qu'elles peuvent parfaitement (ou on pourrait dire « imparfaitement » ?) être abusives. Les « conditions générales » antérieurement prévues par l'ordonnance de 2016 ont donc été remplacées par un « ensemble des clauses ». Cette rédaction sous-entend qu'un contrat, même partiellement négocié, pourra toujours être qualifié d'adhésion sachant que le critère choisi par le législateur est la négociabilité. En effet, selon le rapporteur du texte M. François Pillet, « le critère distinctif pertinent est celui de la négociabilité des stipulations contractuelles et non celui, trop ambigu, de leur libre négociation, de façon à assurer une cohérence avec le dispositif de l'article 1171 »<sup>78</sup>. Ces clauses doivent encore être déterminées à l'avance par l'une des parties et non négociables. Reste à savoir si les contrats types, déterminés à l'avance par le législateur pourront être qualifiés de contrats d'adhésion. De plus, on peut se demander si le seul fait d'être déterminé à l'avance empêcherait toute négociation ou si une clause, même déterminée à l'avance, pourra toujours être susceptible de négociation. Ou faudrait-il prouver que toute négociation était en espèce impossible ? Le champ d'application du contrat d'adhésion va au-delà des contrats de masse : « à une multitude de contrats ou de personnes (...) se justifie par le fait qu'il aurait eu pour conséquence de limiter les contrats d'adhésion aux seuls contrats de masse. La restriction était alors trop sévère »<sup>79</sup>. Il est manifeste que les situations d'inégalité contractuelle et les conséquences qui y sont attachées sont progressivement prises en compte<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Sur le thème, V. F. Chénéde, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ Contrat*, n° 5, 2018, p. 25.

<sup>76</sup> Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a apporté des changements dans la rédaction de l'article 1110 : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

<sup>77</sup> V. : T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016, P. 1771 ; « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217 ; « Une philosophie générale ? », *RDC*, 5, spéc. n° 14, hors-série, 2016, p. 10.

<sup>78</sup> F. Pillet, rapp. Sénat n° 22, p. 30-33.

<sup>79</sup> Rapp. AN, p. 7.

<sup>80</sup> On notera qu'au Brésil une telle définition n'a pas été insérée dans le nouveau Code civil de 2002.

49. Ce bouleversement quantitatif des rapports contractuels s'est accompagné d'un bouleversement qualitatif traduisant une inégalité économique de fait entre les contractants ; une inégalité économique qui se double souvent d'une inégalité de compétences conduisant à la nécessité d'un changement dans les rapports contractuels. Dans le cas brésilien, la crise de la conception classique du contrat a été résolue avec l'édition du Code de la consommation en 1990, qui a en effet mis en valeur l'équité dans les contrats où seule l'autonomie de la volonté prévalait auparavant <sup>81</sup>.

50. Malgré des contextes sociaux différents, le Brésil et la France sont marqués par le développement d'une société de consommation. Cette société est caractérisée par de nouveaux besoins qui appelle la mise en place de mesures préventives et collectives pour faire face à des phénomènes nouveaux. Parmi eux, citons la création de techniques de vente tendant à réduire le consommateur à l'état d'« aliéné », l'apparition de contractants économiquement puissants qui élaborent des contrats d'adhésion dans leur seul intérêt de sorte que « qui dit contractuel ne dit plus nécessairement juste »<sup>82</sup>, ou « qui dit contractuel ne dit nécessairement ni juste ni juridique »<sup>83</sup>.

51. En France, cette mutation des relations contractuelles a contraint le législateur à intervenir au nom d'un nouvel ordre public économique et social de direction d'une part, et de protection d'autre part<sup>84</sup>. Ce mouvement législatif a fait suite à un mouvement doctrinal qui a mis en lumière la nécessité de protéger le consommateur placé dans une situation d'infériorité

---

<sup>81</sup> Le défaut de coïncidence entre le droit positif et le système cohérent, rationnel et idéal, déduit de la philosophie volontariste, a entraîné ce qu'il est convenu d'appeler la « crise du contrat ». Cela peut permettre de constater que la théorie actuelle du contrat, telle qu'elle résulte du droit positif, est critiquable ; et/ou que les principes présentés jusqu'alors comme expliquant et fondant la théorie des contrats sont inadaptés. Sur ce sujet V. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », in *Archives de philosophie du droit*, 1986, *La notion de contrat*, p. 13 sq. ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 269 ; L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1973, p. 1 ; Ch. Jamin, D. Mazeaud, « La nouvelle crise du contrat », *Thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 2003.

<sup>82</sup> Adaptation de l'expression « Qui dit contractuel, dit juste », de Fouillée, à notre temps puisque nous retrouvons cette citation telle quelle dans la plupart, sinon dans tous les ouvrages contemporains de droit des obligations, dans tous les pays, y compris le Brésil. L'expression de Fouillée (A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 410) est devenue célèbre après son utilisation par Gounot dans sa thèse publiée en 1912 (E. Gounot, *op. cit.*). Désormais les deux thèses divergent sur des points fondamentaux : Fouillée et Gounot ne poursuivent pas les mêmes objectifs ni ne partagent le même objet de recherche. Alors que le premier s'interroge sur le fondement des organisations humaines et de la gouvernance à travers le prisme de la science sociale, le second s'intéresse uniquement aux fondements des rapports privés à travers le prisme de la science juridique. La pensée de Gounot gravite autour de l'autonomie de la volonté, concept nominalement absent de l'œuvre de Fouillée. Malgré cela c'est à Emmanuel Gounot que Fouillée doit d'être si populaire chez les juristes.

<sup>83</sup> F. Terré, « Sur la sociologie juridique du contrat », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, « Sur les notions du contrat », Paris, Sirey, 1968, p. 73.

<sup>84</sup> G. Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963.

face au professionnel<sup>85</sup>. De ce fait, le principe de solidarité va constituer peu à peu le fondement principal de l'action de l'État à partir des années 1970 en France en se révélant être la meilleure des réponses sur le terrain idéologique face aux libéraux des conservateurs et marxistes.

52. Au Brésil cependant, même après la Deuxième Guerre mondiale, la tendance mondiale de « socialisation du droit civil », spécifiquement du droit des contrats, a eu peu de répercussions législatives ; à l'exception des lois sur le logement et l'assurance. Comme le démontre M. Cerqueira, « c'est par un rapport direct avec la Constitution brésilienne de 1988 que le droit privé s'adapte aux exigences en matière de protection des droits fondamentaux et des principes de l'ordre économique, tels que la protection du consommateur »<sup>86</sup>.

53. On parle alors d'une « constitutionnalisation du droit civil »<sup>87</sup> brésilien rendue possible notamment grâce au système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé de manière diffuse par les juges du fond. Mais cette « constitutionnalisation » du droit privé peut également résulter du fait que le texte constitutionnel contient de véritables institutions juridiques et leur donne une valeur hautement significative et prééminente. Un mouvement comparable existe en droit français avec le contrôle *a priori* et *a posteriori* de constitutionnalité (QPC, Question Prioritaire de Constitutionnalité) exercé par le Conseil constitutionnel. Ainsi, le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle ont une valeur suprême qui s'impose au législateur<sup>88</sup>.

54. Le droit brésilien dispose cependant d'une Constitution plus riche en termes de principes fondamentaux : « la dignité de la personne humaine »<sup>89</sup> (art. 1, al. III) est un des fondements de la République, et « l'éradication de la pauvreté et la réduction des inégalités sociales et régionales » (art. 3, al. III) est l'un de ses objectifs. L'intention du législateur constitutionnel est clairement de rompre avec l'optique productiviste et mercantile, et d'adopter une optique plus sociale.

---

<sup>85</sup> J. Calais-Auloy, « La protection légale et réglementaire du consommateur », in *Nouvelles données pour un droit de la consommation*, Colloque Aix-en-Provence, 1972.

<sup>86</sup> M. Storck, G. Cerqueira et al, *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien : études de droit comparé*. Paris, L'Harmattan, 2010 (Avant-propos), p. 11.

<sup>87</sup> Expression d'origine doctrinale, Gustavo Tepedino étant l'un des fondateurs de cette théorie au Brésil. V. G. Tepedino, « Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil », in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 4<sup>e</sup> éd., 2008 ; G. Tepedino, « Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento », in C. Pereira de Souza Neto, D. Sarmento (coord.), *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

<sup>88</sup> G. Tepedino, *Direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 12.

<sup>89</sup> G. Tepedino, in *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*. (A. Wald et C. Jauffret-Spinozi, dir.), Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 442-443.



55. À cet égard, le droit brésilien de la consommation est très significatif, puisque la codification issue de la loi de 1990 découle d'un commandement constitutionnel (art. 48 des Actes et des dispositions constitutionnelles transitoires). Ainsi, la protection du consommateur au Brésil est-elle établie par les articles 5, alinéa XXXII et 170, alinéa V de la Constitution de 1988, et se présente avant tout comme un droit et une garantie fondamentale dont le but est d'« assurer à tous une existence digne, conformément aux commandements de la justice sociale ». Ce sont des principes constitutionnels qui orientent la protection des consommateurs. Dans cette optique, l'État intervient dans certaines relations juridiques pour empêcher l'exploitation du plus vulnérable par le plus fort. Il tend donc vers l'encadrement du contenu de certains contrats *via* des prescriptions générales et obligatoires. Celles-ci deviendront des normes d'ordre public et prendront par conséquent un caractère impératif. L'intervention étatique dans les contrats découlant généralement de la Constitution de 1988 est identifiée par la doctrine brésilienne sous l'expression « droit civil-constitutionnel »<sup>90</sup>. Il s'agit donc davantage de protéger la personne humaine<sup>91</sup> (considérée comme étant en situation d'infériorité face au professionnel) vulnérable dans la relation contractuelle, que de protéger le consommateur, comme catégorie ou classe privilégiée, au détriment des professionnels.

56. Le modèle capitaliste adopté par la société brésilienne n'est donc pas en opposition avec la protection du consommateur. On dira plutôt que les deux se complètent. L'État se charge de les rendre compatibles à travers son rôle d'agent normatif et régulateur, comme le prévoit l'article 174 de la Constitution brésilienne<sup>92</sup>. Jusqu'à 1960, le législateur brésilien a adopté une approche strictement pénale à l'égard des sujets attachant au droit de la protection du consommateur ; la perception du besoin de protéger le consommateur sur le marché étant alors restreinte et limitée à la sanction de quelques crimes ou délits clairement identifiés.

57. Entre les années soixante et quatre-vingt, l'État brésilien a commencé à intervenir directement dans l'économie et le législateur s'est tourné vers une approche plus ancrée dans le droit public de l'économie et le droit administratif : les consommateurs sont désormais perçus comme un groupe socio-économique distinct dont les intérêts méritent d'être protégés contre certaines pratiques du marché, mais aussi entendus et organisés au même titre que ceux des

---

<sup>90</sup> V. G. Tepedino, « Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil », *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n°5, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 25.

<sup>91</sup> V. G. Tepedino, « Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana », in *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

<sup>92</sup> Constitution de 1988, article 174 : « En tant qu'agent normatif et régulateur de l'activité économique, l'État exercera selon la loi les fonctions de fiscalisation, d'encouragement et de planification, cette dernière étant une fonction déterminante pour le secteur public et indicative pour le secteur privé ».

travailleurs. Ce mouvement existe également en France, où il est davantage à l'initiative du juge et de la doctrine, particulièrement la doctrine solidariste<sup>93</sup>.

58. Il importe de ne pas porter de regard dogmatique sur cette évolution : il peut en effet y avoir une supériorité économique ou technique de fait d'un contractant par rapport à l'autre. Cependant, si cette supériorité se manifeste de manière illégitime dans les stipulations contractuelles, il est alors nécessaire d'intervenir afin d'activer une protection du contractant faible<sup>94</sup>. C'est cet équilibre qui était en jeu lorsqu'il s'est agi de forger la protection du consommateur : « Le consommateur n'est pas vulnérable au point d'être un incapable. Mais toute la difficulté ne réside pas tant dans la définition de la notion de vulnérabilité que dans celle de consommateur »<sup>95</sup>.

59. Les modalités de l'intervention étatique pourront varier selon les inégalités redoutées et les raisons, en lien avec des aspects socio-culturels, pour lesquelles chaque pays prend la décision de protéger les parties faibles au contrat. Ainsi, dans le Code civil brésilien, la reconnaissance du contrat d'adhésion a donné naissance à la règle d'interprétation *contra proferentem* qui stipule que les clauses obscures doivent s'interpréter contre celui qui a rédigé le contrat. Précisément, son article 423 dispose : « Quand sont présents dans le contrat d'adhésion des clauses ambiguës ou contradictoires, l'interprétation la plus favorable à l'adhérent devra être adoptée ».

60. Bien sûr, l'existence d'un contrat d'adhésion est un indice parmi d'autres de la faiblesse ou de la vulnérabilité des contractants, professionnels ou consommateurs. Selon M. Fontaine, la faiblesse peut être inhérente aux personnes et elle peut être relative, quand l'autre est plus fort ou quand le bien ou le service souhaité est essentiel et urgent. Il peut y avoir des gradations subjectives, lorsque des consommateurs moins favorisés (personnes âgées, enfants, surendettés, malades) sont en rapport avec des professionnels<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> V. D. Mazeaud, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 57 sq ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, J.-CL., 1999, p. 603 sq ; D. Mazeaud, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D*, 2005, p. 1828 ; Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441 sq ; Ch. Jamin, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 159sq.

<sup>94</sup> J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 3<sup>e</sup> éd., 2015, p. 141.

<sup>95</sup> J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit* (F. Cohet-Cordey, Dir. et coord.), Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 243-264

<sup>96</sup> J. Ghestin, M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans le rapport contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 616 et 617.

## B. La liberté

61. D'un point de vue social, la liberté constitue un impératif qui doit être respecté. Il ne s'agit pas de la liberté ample et générale du libéralisme, mais d'une liberté limitée en fonction d'une conception sociale de justice et d'égalité. Dans ce contexte et pour préserver cette liberté, l'ordre juridique doit compter avec des principes quelques peu tempérés : il s'agit, en droit brésilien, la présence d'une fonction sociale du contrat (1) et, en droit français, l'intangibilité repoussée du contrat (2).

### 1. La fonction sociale du contrat en droit brésilien

62. Le nouveau Code civil brésilien dispose que la liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat. Cette nouvelle approche sociale permet de relativiser le principe de l'effet relatif des contrats en imposant des effets contractuels au-delà de ce qui est convenu entre les parties. Par la fonction sociale, le respect du contrat devient opposable aux tiers, en même temps que les contractants doivent respecter les titulaires d'intérêts socialement valorisés, éventuellement touchés par le rapport contractuel<sup>97</sup>. Au Brésil, avec le Code civil de 2002, la bonne foi, qui caractérisait le modèle contractuel du Code de la consommation, a commencé à envahir tous les domaines contractuels ; contrats de gré à gré, entre professionnels, d'adhésion ou de consommation.

63. Or, le Brésil est un pays marqué par d'énormes inégalités sociales et une grande partie de la population ne possède aucune possibilité de recours judiciaire pour faire respecter ses droits. Le défi à relever est donc de permettre l'accès de la plus grande partie de la population au juge, de façon à garantir l'exercice effectif des droits essentiels reconnus aux citoyens. De plus, le fonctionnement du système judiciaire exige des améliorations qui le rendraient apte à satisfaire aux besoins de la société.

64. Le droit civil comme outil pour combattre les problèmes sociaux d'aujourd'hui en imposant un plus haut niveau de respect et de loyauté dans les relations sociales a été rendu possible au Brésil après l'avènement du Code de la consommation. Le déclin du volontarisme dans le droit privé a conduit à une relativisation des concepts. Le droit des contrats a en effet dû s'adapter aux nouvelles réalités économiques, politiques et sociales, et acquérir une nouvelle fonction ; celle de la réalisation de la justice et de l'équilibre contractuel.

---

<sup>97</sup> V. G. Tepedino, « Novos princípios contratuais e teoria da confiança : a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers* », in *Temas de direito civil*. Tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 242.

65. Cette rénovation théorique du contrat à la recherche de l'équité, de la bonne-foi et de la sécurité dans les relations contractuelles, est qualifiée au Brésil de « socialisation de la théorie contractuelle »<sup>98</sup>. Du point de vue pratique, cette « socialisation » se caractérise par une intervention de l'État en matière contractuelle avec la modification de paradigmes, notamment l'imposition du principe de la bonne foi objective dans la formation et l'exécution du contrat.

66. La révision de l'analyse dogmatique opérée par les auteurs européens du début du XXI<sup>e</sup> siècle sur l'avenir du contrat, par opposition aux théories existantes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, nous amène à conclure à la nécessité d'anticiper également une réaction au Brésil face à cette « nouvelle crise du contrat ». Il s'agira non seulement de reconstruire le droit privé, mais aussi de repenser la protection du plus faible dans les contrats et dans les relations déséquilibrées, et enfin de renforcer les paradigmes sociaux déjà existants.

67. Le Brésil a donc adopté un modèle interventionniste, fondé sur la notion d'État social. Cette conception vient ajouter à la dimension politique de l'État libéral une dimension sociale et économique. Celle-ci se caractérise par la limitation et le contrôle des pouvoirs privés économiques et sociaux, ainsi qu'une protection de la partie la plus vulnérable sur le marché.

## 2. L'intangibilité du contrat repoussée en droit français

68. Le changement de paradigme initié dans les années 1970 n'a pas été sans conséquence sur le concept de contrat. Pour beaucoup, la « crise du contrat » fut en réalité la crise du dogme de l'autonomie de la volonté, conçue, selon Henri et Léon Mazeaud, comme la manifestation, lors de la formation du contrat, de la liberté des contractants à déterminer selon leur gré le contenu de l'accord<sup>99</sup>. Derrière cette théorie de l'autonomie de la volonté se cache l'idée de supériorité de la volonté sur la loi : le droit doit s'ajuster à la volonté ; la protéger, l'interpréter et reconnaître sa force créatrice. Le contrat, selon l'ancien article 1134 du Code civil Napoléon (devenu article 1104), « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi

<sup>98</sup> Sur la fonction sociale en droit brésilien, V. G. Tepedino, « Notas sobre a função social dos contratos », in G. Tepedino, L. E. Fachin, (org.) *O Direito e o Tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 395-405 ; P. Renteria, « Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato », in M. C. Bodin de Moraes (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 281-314 ; Gama, G. C. Nogueira da, « Direito contratual contemporâneo : A função social do contrato ». in G. Tepedino, L. E. Fachin (org.) *op. cit.*, p. 374 ; L. R. Ferreira da Silva, « A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social », in I. W. Sarlet, (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 168-169.

<sup>99</sup> H. et L. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 1, *Les obligations théorie générale*, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2000, n° 117 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 8<sup>e</sup> éd., 2002, n° 23.

à ceux qui les ont faites ». La volonté est donc la force fondamentale qui unit les individus, la source suprême du pouvoir contraignant des contrats.

69. Ce bouleversement s'illustre particulièrement lorsqu'il est question d'une révision du contrat par le juge. Si la révision pour imprévision a toujours été refusée par la Cour de cassation<sup>100</sup>, elle a pu, dans d'autres contextes, être admise par la jurisprudence ou forcée par le législateur. Tel fut le cas pour la nullité ou caducité d'un indice. En effet, la jurisprudence refusait traditionnellement la révision du contrat par le juge en matière d'indexation mais la Cour de cassation<sup>101</sup> admet désormais le « sauvetage » de la clause d'indexation : le juge a désormais le pouvoir d'insérer un indice remplaçant l'indice d'origine, devenu caduque ou nul au cours de l'exécution du contrat<sup>102</sup>. La clause pénale a suscité une résistance plus forte de la Cour de cassation : le juge s'interdisait en effet de modifier le montant d'une clause pénale<sup>103</sup>. Le dogme de l'autonomie de la volonté apparaissait alors dans toute sa force et puissance. La Cour se limitait uniquement aux cas de révision explicitement prévus par le législateur, en matière de libéralités – lorsque l'exécution des charges est devenue soit « extrêmement difficile soit sérieusement dommageable » (art. 900-2, C. civ) – ou en matière de contrat de cession du droit d'exploitation qui permet à l'auteur de l'œuvre d'obtenir une révision du prix s'il subit un préjudice de plus de 7/12<sup>e</sup> en raison d'une « prévision insuffisante des produits de l'œuvre » (art. L. 131-5, CPI). Il a fallu attendre la loi du 9 juillet 1975 pour que le législateur confère au juge le pouvoir de réviser les clauses pénales avec l'article 1152 alinéa 2 du Code civil - aujourd'hui article 1231-5, alinéa 2 - : « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ».

70. Ces bouleversements, français et brésilien, des paradigmes contractuels justifient la prise en compte de l'infériorité pouvant frapper certains professionnels, qui, même dotés de compétences et de connaissances, n'arrivent pas toujours à assurer la défense de leurs intérêts. Face à la volonté d'un partenaire qui dispose d'un pouvoir économique lui permettant d'imposer les conditions contractuelles, ils subissent une inégalité équivalente à celles que le législateur et le juge tentent de combattre depuis les années 1970. Comme le signale M. Denis Mazeaud, le contrat « ne peut être ni le siège d'un individualisme exacerbé, ni le terreau d'un altruisme

<sup>100</sup> V. *infra* n° 191.

<sup>101</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1981, n° 80-11060, *RTD civ.* 1982. 601, obs. Chabas.

<sup>102</sup> Confirmation : Cass., 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 2005, n° 03-17.260 : note, D. Mazeaud, *Revue des contrats*, oct. 2005, n° 4, p. 1018, B. Fages, *Revue Lamy Droit civil*, n° 25, 1<sup>er</sup> mars 2006.

<sup>103</sup> Cass., civ. 14 févr. 1866, DP 1866.1.84, s. 1866.1.194, GAJC t. 2 n° 168.

négateur des intérêts particuliers »<sup>104</sup>. C'est pourquoi il importe de parvenir à un point d'équilibre, à cet « équilibre contractuel minimum »<sup>105</sup>, et ce quel que soit le contrat considéré dès lors qu'il présente un rapport d'inégalité. Aussi est-il nécessaire de s'interroger sur la source même de l'inégalité, qu'elle provienne d'un état de domination de la partie la plus forte ou d'un état de dépendance de l'opérateur le plus faible.

## Section II. – La source de la protection

71. Définie comme un « ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., [...] considérations de base, causes historiques [...] »<sup>106</sup>, la source préside à l'élaboration et à l'adoption d'une règle de Droit. Qu'en est-il de la « source » de la protection des professionnels contre les clauses abusives ? Le déséquilibre économique entre professionnels, qui permet d'imposer ses exigences au cocontractant dans l'incapacité de résister, trouve son origine dans des inégalités de fait : de connaissance ou économique. Il convient donc ici de nous pencher sur la spécialisation économique (§1) et ses effets à l'égard de la protection contre les clauses abusives, ainsi que sur la dépendance économique entre les parties contractantes (§2).

### §1. La spécialisation économique

72. L'asymétrie de puissance constitue une réalité des échanges entre professionnels. La partie économiquement la plus puissante détient « un pouvoir déséquilibrant : le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale avec la tentation de faire prévaloir ses seuls intérêts »<sup>107</sup>. La puissance économique se manifeste en effet de domination et effet de dépendance. La présence de l'un ou de l'autre permet d'induire l'existence d'une inégalité.

73. On observe, dans les droits français et brésilien, un paradoxe du système actuel de protection de la partie faible. Par exemple, un épicier qui achète un ordinateur pour son commerce est considéré comme un professionnel égal au vendeur, tandis que ce même épicier faisant l'acquisition du même ordinateur pour son foyer devient un consommateur ignorant et

<sup>104</sup> D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1998, p. 34.

<sup>105</sup> *Ibidem*

<sup>106</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige-Dico Poche », 2009, p. 878.

<sup>107</sup> V. V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », tome I, 2000, n° 234.

vulnérable qu'il convient de protéger contre son cocontractant. Au nom de quoi décider qu'un consommateur qui achète un appareil électroménager doit être protégé alors qu'un épicier de quartier, qui acquiert un ordinateur pour son commerce auprès d'une entreprise multinationale, est apte à se défendre seul ?

74. En effet, chaque contrat spécial possède un régime juridique particulier. Face à une opération juridique et économiquement complexe, on peut créer un contrat nouveau qui prend en compte ses spécificités. Cette spécialisation économique rend l'accès à l'information plus difficile tandis qu'au même moment, la tendance à une hyper spécialisation du droit des contrats a pour conséquence la concentration des informations par une des parties.

75. La concentration d'informations augmente le pouvoir d'une des parties. Toute personne qui détient un pouvoir particulier se trouve en effet portée à en abuser. Soulignons, avec Ripert, que « ce n'est pas l'inégalité des cocontractants qui par elle seule rend le contrat suspect, c'est l'abus possible qui sortira de cette inégalité »<sup>108</sup>. Il faut donc se garder de l'erreur qui consiste à croire que l'abus découle systématiquement d'un déséquilibre de forces. Au contraire, l'inégalité ne produit d'effets que si elle devient effectivement la source d'un abus de la part de la partie dominante.

76. Le postulat de l'opportunisme des agents économiques rend nécessaire l'élaboration de solutions permettant d'harmoniser la répartition de l'information sur un marché<sup>109</sup>. Les inégalités informationnelles sont en effet « manipulables », en ce sens que chaque professionnel aura tendance à conserver les informations qu'il détient, si cela lui permet d'augmenter son profit personnel. En réponse à ce phénomène, qui conduit à proposer des contrats inefficaces, il convient de remodeler dans sa globalité l'approche juridique des asymétries informationnelles, en obligeant la partie informée à « supporter toutes les conséquences sociales de ses actes »<sup>110</sup>.

77. L'entreprise dominante est celle qui peut s'abstraire des contraintes du marché pour obliger ses concurrents moins puissants à s'aligner sur elle. Dans ce cadre, le professionnel fort dispose du pouvoir de fixer le prix du marché, ainsi que les quantités écoulées. Il devient l'élément déterminant du bon fonctionnement du jeu concurrentiel, dans la mesure où il détient

---

<sup>108</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1949, n° 59.

<sup>109</sup> M. Chagny, *Droit de la concurrence et droits communs des obligations*, vol. 32, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », 2004, n° 599.

<sup>110</sup> B. Salanié, « Incitation et théorie des contrats », in *Les nouvelles théories économiques*, Paris, La Documentation Française, coll. « Cahiers Français », 1995, n° 272, pp. 3 sq., spéc., p. 5.

le contrôle d'une ressource rare, d'un brevet de fabrication ou parce qu'il adopte un comportement délibéré de prédation destiné à éliminer ses concurrents.

78. Le dominé est contraint de s'adresser à l'entreprise dominante pour toutes les décisions importantes. Le professionnel, voire un groupe de professionnels, en situation de domination est ainsi investi d'un pouvoir particulier qui déséquilibre le marché et, par ricochet, le cadre du rapport contractuel. Il peut alors imposer sa volonté à ses partenaires sans que ces derniers ne bénéficient d'une quelconque capacité de discussion.

79. La principale source des rapports de force interentreprises résulte donc du problème des déséquilibres informationnels et la spécialisation économique ne fait qu'intensifier ce phénomène. La réaction contre l'abus doit principalement passer par une prévention générale des inégalités au moyen d'une meilleure répartition de l'information entre entreprises. Cette redistribution des connaissances assure un comportement éclairé des opérateurs les plus faibles. L'intervention judiciaire est ainsi admise dans la sphère contractuelle afin de garantir la réalisation de l'échange et la production des profits attendus de la convention.

80. Ainsi, « contre cette prédominance exclusive de la volonté, toujours considérée comme souveraine et toujours présumé libre, elle (l'utilité sociale) fait prévaloir des considérations plus sociales, tendant à assurer aux faibles et aux déshérités une protection énergique contre les habiletés et les roueries dont ils peuvent être victimes ou dupes et à les préserver des abus auxquels la liberté, comme le droit, peut donner lieu »<sup>111</sup>.

81. Le rééquilibrage des forces entre professionnels passe ici par une modification du milieu environnemental du contrat et de la sphère concurrentielle. Ainsi, le contrat, « au lieu d'être le fruit d'une communauté d'intérêts animée par un altruisme minimum, est encore trop souvent le produit de l'inégalité des cocontractants lors de sa négociation et la source d'une injustice contractuelle. Bien souvent, le contrat est miné à l'intérieur par des conflits de pouvoir qui perturbent son équilibre et compromis par des abus et des excès qui menacent à plus ou moins long terme, sa vitalité et sa pérennité »<sup>112</sup>.

82. Il existe donc aujourd'hui une dépendance économique entre les entreprises ; les relations contractuelles sont enchaînées et il est presque impossible d'imaginer un rapport contractuel où l'une des parties ne dépende pas de l'autre.

---

<sup>111</sup> M. Dijol, *La nullité des contrats lésionnaires*, Thèse, Paris, Recueil Sirey, 1918, p. 38.

<sup>112</sup> D. Mazeaud, « La réduction des obligations contractuelles », *Droit et patrimoine*, Dossier « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », n° 58, mars 1998, pp. 58 *sq.*, spéc., p. 59.



## §2. La dépendance économique

83. La dépendance économique est l'un de motifs qui fait obstacle à une « vraie » négociation au sein du contrat. Ainsi justifie-t-elle l'intervention du droit pour essayer de rétablir un éventuel déséquilibre entre les parties considérées comme égales dans un contrat. Que faut-il entendre exactement quand on parle de « dépendance » ? En droit français comme en droit brésilien, il ne s'agit pas d'un concept juridique très bien défini (A) malgré les efforts de la doctrine pour le préciser dans chacun des pays (B).

### A. Le concept inopérant de dépendance économique

84. Alors même que l'univers juridique reconnaît l'existence d'un état de domination entre professionnels, en droit français, le concept de « dépendance économique » n'a pas été opérationnel<sup>113</sup> dans la mesure où le législateur de 1804 ne l'avait pas prévue. Il a cependant été rattrapé par la réalité de la vie des affaires conduisant les contractants à invoquer une certaine violence économique dans des hypothèses qui n'avaient pu être envisagées par les rédacteurs du Code civil. Le droit de la concurrence et les articles 8-1 de l'ordonnance de 1986 et 86 du Traité de Rome, qui sanctionnent l'abus de position dominante, illustrent cette transformation de l'analyse économique. Par ailleurs, la notion de dépendance économique a été prise en compte avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français relatif aux comportements restrictifs de concurrence<sup>114</sup>, qui sanctionne 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 ».

85. La prohibition de l'abus de dépendance économique figure aujourd'hui à l'article L. 420-2 al. 2 C. com., qui interdit, « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur [...] ». Cette pratique, qui n'est pas prohibée en droit de l'Union européenne, est apparue en droit français avec la loi du 30 décembre 1985, suivie de

---

<sup>113</sup> V. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 1986.

<sup>114</sup> « 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 : de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ; son objectif était alors de lutter contre la puissance d'achat des centrales<sup>115</sup>.

86. À ce sujet, Georges Virassamy définit le contrat de dépendance comme celui qui régit « une activité professionnelle dans laquelle l'un des cocontractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive, qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination »<sup>116</sup>.

87. Mais dans la pratique du droit des affaires, la partie économiquement la plus puissante détient « un pouvoir déséquilibrant : le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale avec la tentation de faire prévaloir ses seuls intérêts »<sup>117</sup>. La position dominante donne à l'entreprise les moyens d'influencer le choix des politiques économiques de ses concurrents et de s'abstraire de la concurrence d'autres opérateurs agissant sur le marché. Aussi les auteurs envisagent-ils deux cas de dépendance économique : « un contractant peut être considéré en situation de dépendance lorsqu'il n'est pas libre de ne pas contracter avec un partenaire en raison des liens qui peuvent les unir ou de la position que ce dernier peut avoir sur le marché » ou lorsqu'il « n'est pas libre de contracter avec la personne de son choix en raison d'une situation monopolistique : c'est l'absence de concurrence dans un secteur d'activité qui place le contractant professionnel dans une situation de dépendance et donc de faiblesse »<sup>118</sup>.

88. Bien que le droit brésilien ne dispose pas encore d'une disposition analogue à l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du Code du commerce et laisse ainsi dans l'ombre la notion de dépendance économique, cette dernière constitue le fondement de la protection du professionnel en situation d'infériorité. Aussi est-il nécessaire de définir la dépendance économique vis-à-vis d'un contractant pour justifier la protection de ce dernier contre le déséquilibre significatif.

---

<sup>115</sup> Dans un avis du 14 mars 1985, la Commission de la concurrence avait appelé à l'instauration d'un mécanisme destiné « à contrôler les comportements d'entreprises ou de groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés » (Comm. conc., avis du 14 mars 1985 relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements, BOSP, 19 avril 1985).

<sup>116</sup> G. Virassamy, *op. cit.*, p. 10.

<sup>117</sup> V. V. Lasbordes, *op. cit.* V. aussi exemple dans la jurisprudence : Cons. Conc. 15 sep. 2004, n<sup>o</sup> 04-D-44, aff. « Ciné-Théâtre du Lamentin » : il s'agissait d'une affaire relative au secteur de distribution et exploitation de films dans les Antilles, « Le Conseil de la concurrence, se fondant sur une jurisprudence constante, tant au regard des dispositions internes que communautaires de concurrence (arrêt de la CJCE du 31 février 1979, Hoffmann Laroche), a rappelé que, pour une entreprise se trouvant en position dominante, le fait de lier, fût-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue un abus de position dominante ».

<sup>118</sup> C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, (Y. Lequette, Préface), Paris, Dalloz, 2002, p. 355.

## B. La recherche d'un concept opérant de dépendance économique

89. La dépendance économique doit impérativement devenir un critère juridique à part entière si l'on désire fonder une véritable protection du professionnel. Cependant, les auteurs ne s'accordent pas sur les conditions permettant de caractériser cet état de dépendance. Selon Ripert, deux conditions cumulatives sont nécessaires à la caractérisation de l'état de domination : une position de puissance sur un marché pertinent et la possibilité d'adopter des comportements autonomes, affranchis des contraintes provoquées par la présence de concurrents<sup>119</sup>. Mme Behar-Touchais dénombre quant à elle quatre conditions nécessaires : « l'importance dans le chiffre d'affaires du revendeur ; la notoriété de la marque du fournisseur ; l'importance de la part du fournisseur sur le marché ; l'absence, sur le marché pertinent, d'une solution de remplacement. À cela, s'ajoute la condition d'atteinte au fonctionnement ou à la structure du marché, condition extrêmement difficile à remplir »<sup>120</sup>. Pour Ghestin, « la concentration des capitaux et des moyens de production a entraîné des disparités de puissance économique très accentuées [...] entre les entreprises elles-mêmes. Outre ses effets sur la concurrence cette concentration a fait naître, pour sa réalisation même, des relations de dépendance entre entreprises distinctes »<sup>121</sup>. Pour révéler un état de domination, la possibilité pour une entreprise de disposer d'une certaine autonomie dans la fixation des prix ou d'influencer, d'une manière significative, la quantité offerte sur un marché est déterminante.

90. Cependant, la diversité des causes ne permet pas de traduire par un indicateur unique tous les aspects de cette domination. L'état de dépendance se manifeste par l'absence d'autonomie de comportement d'un contractant par rapport à un autre : l'un des agents est placé sous la domination de l'autre et se trouve privé de toute alternative. Le déséquilibre de puissance exacerbe ainsi la vulnérabilité de la partie la plus faible. En présence d'un contrat vital pour l'un des contractants, l'assujettissement et l'état de dépendance deviennent quasi absolus. La gravité du déséquilibre est proportionnelle à la durée, à la permanence et à la stabilité des liens. L'importance des répercussions dépend donc de la nature concrète de la relation.

91. Le Code de commerce français développe deux types de pratiques réprimées en raison de l'abus qu'un professionnel exerce sur un autre opérateur, économiquement dépendant.

---

<sup>119</sup> G. Ripert, R. Roblot, *et al.*, *Traité de droit commercial*, tome 1 : *Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales*, Paris, LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 2001.

<sup>120</sup> M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, (G. Lardeux, Dir.), Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 30.

<sup>121</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*

On parle ici de la dépendance des distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs et de la dépendance d'un fournisseur à l'égard de son distributeur, cette dernière situation étant beaucoup plus souvent invoquée, spécialement en matière de clauses abusives.

92. La conclusion de contrats types interdit les négociations individuelles de leurs stipulations. Il est en effet communément admis que « le contenu (de ce) contrat n'est pas le résultat de la libre discussion de deux parties placées sur un pied d'égalité ; il a été rédigé à l'avance par l'une des parties qui, plus puissante économiquement ou socialement, le propose à l'adhésion de ses multiples cocontractants »<sup>122</sup>. Ces conventions autorisent ainsi la partie la mieux informée à ne révéler aucun renseignement sur l'opération envisagée dans le cadre des rapports précontractuels qu'elle gère de façon discrétionnaire. Ce mécanisme accroît encore l'ignorance et l'incompétence de l'agent le plus faible et relance le cercle vicieux que l'économie moderne cherche à enrayer.

93. La doctrine contractualiste semble avoir eu à cœur de faire de l'incompétence un critère déterminant de la protection générale du cocontractant ignorant, contre la commission de comportements opportunistes. L'organisation sociale des rapports contractuels ainsi que l'étude des clauses abusives, de l'abus de position dominante, de l'abus de dépendance économique et des pratiques restrictives révèlent le souci du législateur contemporain de traiter la situation de faiblesse par un rééquilibrage du rapport contractuel.

94. Dans cette perspective, le Code civil français comprenait (après l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme au droit des obligations le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et avant la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant cette ordonnance)<sup>123</sup> l'article 1143 selon lequel : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». S'il ne mentionne pas une dépendance à proprement parler « économique », cet article vise manifestement ce contexte particulier de dépendance. La notion de dépendance peut paraître un peu trop large, cependant elle vise assurément la situation d'une personne qui a perdu son autonomie *par rapport à une autre*, la dépendance pouvant être, par exemple, de nature économique ou affective<sup>124</sup>. Il s'agit

---

<sup>122</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*

<sup>123</sup> L'apport de la loi de ratification du 20 avril 2018 sera développé en détail *infra* n° 174.

<sup>124</sup> V. O. Deshayes *et al.*, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 218 *sq.* V. aussi G. Chantepi, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz,

donc de la création d'un article spécifique pour le cas de l'abus de faiblesse rattaché à la notion de violence (« il y a également violence »). Pendant la préparation de la réforme, d'autres propositions avaient été faites. On compte ainsi avec l'avant-projet Catala, qui utilisait l'expression « situation de faiblesse » (art. 1114-3)<sup>125</sup>, l'avant-projet Terré, qui mentionnait l'état de dépendance, l'état de nécessité et, plus largement, la « situation de vulnérabilité caractérisée » de la victime (art. 66)<sup>126</sup>.

95. Notons que cet article 1143 ne sanctionne pas le simple fait d'avoir conclu un contrat sous l'emprise d'un état de dépendance ayant pu avoir une influence sur le consentement, il n'en sanctionne que l'exploitation abusive, tout comme l'exigeait auparavant la jurisprudence de la Cour de cassation (« seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique » peut être sanctionnée<sup>127</sup>). Il faut donc avoir tiré un profit ou, selon les termes de l'article 1143, « un avantage manifestement excessif ». Il est vrai que la seule dépendance ne justifie pas l'annulation d'un contrat, dans quel cas l'ensemble des contrats de travail serait en péril. Cependant, les vices du consentement doivent tous avoir été déterminants dans le consentement. En d'autres termes, ils doivent être « de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». En exigeant qu'existe « un avantage manifestement excessif » en plus de l'effet déterminant sur le consentement, la réforme interdit l'annulation des contrats objectivement équilibrés mais que la partie faible ne souhaitait pas véritablement souscrire, par exemple du fait de leur inutilité<sup>128</sup>. L'effort de protection de la partie faible semble donc encore marqué par l'ancien dogme libéral. Ainsi, il n'est pas interdit de « profiter » de la situation de son partenaire pour conclure avec lui un contrat dès lors que celui-ci reste équilibré ; seul est sanctionné le fait de tirer « un avantage manifestement excessif ». L'abus sera apprécié au cas par cas par le juge :

---

2016, p. 280 : « Autant dire que les personnes psychologiquement fragiles, les malades ou les personnes âgées, quoique vulnérables, ne sont pas nécessairement dans un état de dépendance au sens strict ! ».

<sup>125</sup> Avant-projet Catala, art. 1114-3 : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ».

<sup>126</sup> Avant-projet Terré, art. 66 : « Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat ».

<sup>127</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932, *Bull.* 2002 I n° 108, p. 84, *D.* 2002.1860, note J.-P. Gridel ; *RTD* civ. 2002, p. 502, note Mestre J. et Fages B.

<sup>128</sup> V. G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, p. 281. L'auteur cite l'exemple suivant : « La personne âgée ayant acheté une chaudière neuve dont elle n'avait nul besoin, au prix juste, quoiqu'exorbitant, n'est toutefois pas abandonnée à son sort ; ses conseils devront exploiter les ressources du droit de la consommation pour tenter de la délier de ce contrat inutile ».

il est difficile de savoir d'avance s'il y aura ou non abus, ce qui n'est pas sans effet sur la sécurité juridique. La nullité dépendra de l'appréciation du juge : soit il estime le contrat suffisamment déséquilibré pour considérer qu'il y a abus ; soit il pense que l'excès reste raisonnable<sup>129</sup>.

## Conclusion – Legitimité socio-économique de la protection

96. Le déséquilibre significatif étant une réalité commune au Brésil et à la France, les instruments de protection contre ce déséquilibre ne sont cependant toujours pas les mêmes, ni appliqués avec la même intensité. Pour comprendre cette différence, il a fallu analyser le fondement de la protection choisi par chaque ordre juridique. Ce fondement correspond à la société et à l'économie propres à chaque pays et à chaque ordre juridique interne, en fonction de leur contexte libéral ou social. Selon que l'on envisage le rapport contractuel du point de vue de la théorie libérale ou de la théorie sociale, l'interprétation de cette relation change. Pour cette raison il a été important de présenter la réalité socio-économique de chaque pays selon le point de vue de la doctrine libérale, présente dans l'ancien Code civil brésilien (1916) et dans le droit français avant le changement apporté par la doctrine et la jurisprudence. A cet égard, il est fondamental de déterminer la source de la protection des professionnels contre les clauses abusives dans chaque ordre juridique, dans un contexte de développement de la spécialisation économique qui fait chaque jour plus de victimes d'une inégalité flagrante et met en évidence la nécessité d'un concept opérant de dépendance économique.

97. La délimitation des frontières de la protection contre les clauses abusives est présentée par certains comme un « casse-tête insurmontable »<sup>130</sup>. Toutefois, force est de constater que la légitimité économique et sociale de la protection du consommateur est fermement établie tandis que la protection du professionnel n'en est qu'à ses balbutiements, ce que confirme l'étude de la légitimité juridique de cette protection.

### 1.1.2 La légitimité juridique de la protection

---

<sup>129</sup> V. *infra*, n° 351.

<sup>130</sup> R. Martin, « Le consommateur abusif », *D.*, 1987, chron., pp. 150 *sq.*

98. La protection du professionnel est un sujet beaucoup plus délicat que celui de la protection du consommateur (considéré comme la partie faible par nature). C'est pour cette raison que l'on parlera de légitimité juridique de cette protection, puisque une partie de la doctrine française préconise l'intervention judiciaire en présence d'un déséquilibre contractuel résultant d'une disparité de puissance entre partenaires. Ce déséquilibre provient d'attitudes issues d'un rapport de force entre contractants.

99. Dans un premier temps, nous aborderons la différenciation « manichéenne » des parties, consommateur et professionnel (Section I). Puis, il s'agira de dépasser cette distinction afin de souligner la persistance des inégalités entre cocontractants de toutes sortes (Section II). S'agissant d'une thèse en droit comparé, certains éléments du droit français et du droit brésilien doivent être abordés afin que le lecteur de chaque pays puisse comprendre les différents régimes et définitions adoptés par chaque pays.

### Section I – La différenciation manichéenne des parties

100. Pour des raisons méthodologiques, il est important de remonter aux délimitations des sujets originellement concernés par la protection contre les clauses abusives de chaque pays. Au Brésil comme en France, on trouve une définition du consommateur et du professionnel (§1). Par ailleurs, en France et malgré la réforme opérée en 2014, on distingue encore le professionnel du non professionnel (§2). Ces définitions sommaires sont importantes - bien qu'elles ne permettent pas de rendre compte de toute la diversité et complexité des situations concrètes - car elles servent de base à des réflexions plus poussées.

#### §1. La distinction classique professionnel / consommateur

101. Depuis le début des années 1970, de nombreux textes se sont efforcés d'organiser et de renforcer la protection de la catégorie « contractants » considérée comme la plus exposée aux risques d'abus ; soit le « consommateur ». En effet, selon les penseurs du XIX<sup>e</sup> siècle, ce dernier est considéré comme « le bénéficiaire et un opérateur capital de l'économie »<sup>131</sup>. L'adoption d'une protection législative pour les consommateurs en France a néanmoins été critiquée par

---

<sup>131</sup> H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in J. Calais-Auloy, *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 1068-1069.

plusieurs auteurs. Cependant, pour d'autres, le consommateur est défini « comme un incapable, tant au sens commun qu'au sens juridique, qui doit être protégé aussi bien contre sa propre faiblesse que contre la puissance des autres »<sup>132</sup>. Cette approche est adoptée par un grand nombre de pays mais continue de susciter certaines interrogations : « Magie des concepts nouveaux ou simple mode à laquelle il convient de se plier pour 'être dans le vent' ? Toujours est-il que l'on découvre un peu partout le consommateur, ce personnage tentaculaire et brusquement choyé qu'il convient absolument de protéger contre les dangers qui le guettent. Et les publics d'enfourcher aussitôt ce beau cheval de bataille ! »<sup>133</sup>. La prise en compte des situations d'inégalité a donc donné naissance à un vocabulaire nouveau – consommateur, professionnel, non-professionnel<sup>134</sup> – envahissant le système juridique.

102. Force est toutefois de constater que les auteurs se sont davantage axés sur la définition du consommateur, déduisant simplement de manière négative celle de professionnel. Aussi est-il impossible de faire l'économie de la notion de consommateur. Plus encore, la protection des professionnels est aujourd'hui considérée comme une extension de celle accordée aux consommateurs<sup>135</sup> : « certaines tendances techniques du droit de la consommation ont inspiré d'autres secteurs contractuels : ainsi de la « loi Doubin » qui protège les petits commerçants contre les « pots de fer » de la franchise »<sup>136</sup>. Dès lors, il est essentiel d'examiner l'histoire de l'élaboration et de la publication du Code de la consommation et son rapport avec le Code civil en droit brésilien (A) et en droit français (B).

#### A. Le Code de la consommation et la définition de consommateur au Brésil

103. L'adoption pour la première fois d'un Code de la consommation au Brésil fut une véritable révolution pour le système juridique dans son ensemble (1), obscurcie cependant par la définition ambiguë du consommateur consacrée en son sein (2).

<sup>132</sup> I. de Lamberterie, A. Rieg, D. Tallon, « Rapport général », in *Les clauses abusives et le consommateur*, RIDC, vol. 34, n° 3, juill-sept., 1982, p. 1058.

<sup>133</sup> A. Rieg, « La lutte contre les clauses abusives des contrats. (Esquisse comparative des solutions allemande et française) », in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 222.

<sup>134</sup> Certes, ce constat n'est pas nouveau. Jossierand en 1930 notait que « la personne humaine, sujets de droits et d'obligations n'est plus cet être abstrait que le Code civil, héritier de l'idéologie révolutionnaire, s'était efforcé de dégager, de réaliser sur un type unique, tiré en série, mais c'est l'individu qui exerce un métier, qui accomplit une fonction ; à l'homo juridicus, toujours identique à lui-même dans son unité indivisible, viennent se substituer, en nombre grandissant des homines juridici qui sont dotés de status différents, établis en considération de leurs diverses formes d'activités ». (L. Jossierand, « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession » *D.*, 1930, chron., p. 29 et s., p. 31.)

<sup>135</sup> V. *infra* n° 257.

<sup>136</sup> H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in J. Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation. Liber amicorum*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1086.



## 1. L'introduction d'un instrument nécessaire de défense des consommateurs

104. Le Brésil a publié un « Code de *Défense* du consommateur en 1990 (loi n° 8. 078, du 11 septembre 1990) »<sup>137</sup>. La raison pour laquelle le Brésil a choisi de réunir les règles de la protection du consommateur dans un Code, au lieu de le faire dans une loi – suivant l'exemple de nombreux pays d'Amérique Latine<sup>138</sup> – se justifie tout d'abord par le fait que le législateur constituant de 1988, à l'article 48 de l'Acte des dispositions transitoires de la Constitution (1988), a prévu que « le Congrès national, dans les cent vingt jours après la promulgation de la Constitution, doit élaborer le Code de protection du consommateur ».

105. De plus, le législateur a choisi la voie de la création d'un code parce que les lois déjà existantes pour la protection du consommateur n'ont pas établi l'objectif d'une véritable protection telle que décrite par la doctrine. Par ailleurs, comme les codes sont édifiés selon une notion d'égalité, les inégalités existantes dans les contrats de consommation persistaient au-delà de cette protection. Ainsi, selon le professeur Tepedino « il y a une inversion herméneutique où on observe la perte de centralité du Code civil dans le système de sources normatives (...) et plusieurs lois spéciales commencent à réglementer parties importantes de l'ordre juridique »<sup>139</sup>.

106. Assez récent et tourné vers des préoccupations d'ordre social, le Code de la consommation a transformé le droit des contrats au Brésil. Bien qu'il ne soit censé s'appliquer que pour protéger le consommateur<sup>140</sup>, en tant que destinataire final du produit ou du service<sup>141</sup>, ce Code a contribué au renouvellement du droit civil brésilien. En 1990, date de l'entrée en vigueur du Code de la défense du consommateur, l'ancien Code Civil datant de 1916 était toujours en vigueur. Or, ce dernier ne connaissait pas encore certains principes contractuels visés par le Code de la consommation tels que les principes de confiance ou de bonne foi au sens objectif<sup>142</sup>.

<sup>137</sup> La loi n° 8.078 du 11 septembre 1990 dispose sur la protection des consommateurs brésiliens. Au contraire du Code français « Code de la consommation », le Code brésilien fut, quant à lui, appelé Code de la « défense » des consommateurs. Cela montre une option du droit brésilien de montrer le but de ce Code, c'est-à-dire la défense des consommateurs et pas seulement de la consommation. V. *infra*.

<sup>138</sup> Par exemple : la Bolivie, la Colombie, l'Uruguay, le Mexique.

<sup>139</sup> G. Tepedino, « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 », in, *A parte geral do novo código civil : estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2<sup>e</sup> éd. revue et actualisée, 2003, p. XVII.

<sup>140</sup> Pour la définition de consommateur en droit brésilien et en droit comparé voir : A. Benjamin, « O conceito jurídico de consumidor », *Revista dos Tribunais*, vol. 628, fév. 1988, p. 69 sq. L'auteur adopte une conception restrictive de consommateur.

<sup>141</sup> Mais une partie de la doctrine et de la jurisprudence l'applique dans tous le cas où une des parties est plus vulnérable que l'autre, v. *infra* n° 257.

<sup>142</sup> Néanmoins, la doctrine et les tribunaux depuis longtemps, les reconnaissent comme faisant partie du système privatiste national.

107. Ce Code de la consommation représente donc une véritable innovation dans l'ordre juridique brésilien. Son article premier établit que toutes les normes qui le composent sont d'ordre public et d'intérêt social, c'est-à-dire que ce sont des normes dont les parties ne peuvent disposer, même par contrat<sup>143</sup>. D'une vision libérale et individualiste du droit civil (avant la réforme du Code civil en 2002), on passe donc à une vision sociale qui valorise l'équilibre, protège la confiance et les attentes légitimes des parties à la relation contractuelle.

108. Cependant, après l'adoption du nouveau Code civil, le juge brésilien s'est retrouvé face à deux textes qui viennent d'époques différentes et qui traitent tous les deux des clauses abusives : le Code de la consommation de 1990 et le Code civil de 2002. Chaque code adopte une vision différente, ce qui a entraîné une certaine confusion dans la doctrine et la jurisprudence brésiliennes<sup>144</sup>. Ce phénomène est encore renforcé par le fait que la protection du consommateur a été aussi incluse dans les droits fondamentaux de la Constitution brésilienne (selon l'article 5, alinéa XXXII CF). C'est là une différence majeure avec la France où la Constitution n'entre pas dans de telles spécificités. Cette constitutionnalisation de la protection des consommateurs au Brésil confère au cadre normatif adopté en faveur de ces derniers une grande autonomie par rapport au Code civil et reflète clairement la dimension collective de cette branche du droit en consacrant plusieurs modes de défense des intérêts collectifs des consommateurs<sup>145</sup>.

## 2. L'adoption d'une définition ambiguë de la notion de consommateur

---

<sup>143</sup> Le *STJ* (Supérieur Tribunal de Justice) a décidé que les dispositions du *CDC* peuvent et doivent être connues *ex officio* par le juge parce qu'elles sont d'ordre public. Ainsi, le *STJ* a déclaré que ce sont des normes qui dépassent et surpassent l'autonomie de la volonté des parties (*AgReg. REsp. 718.124/RS, 3a. T., rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005*, p. 289). Dans le même esprit, advenant la nullité des clauses abusives, la *Cour provinciale du District fédéral (TJDF)* détermine que le juge peut la déclarer *ex officio* (*TJDF, ap. Cível, 17538-2, rel. Des. Nívio Gonçalves, DJU 3.5.200*, p. 34). Quant à elle, le *STJ* a décidé que le pouvoir judiciaire ne dépend pas de la demande d'une partie pour l'application du *CDC* une fois que la relation de consommation est établie (*STJ, AgReg AI 385.045/SP, 3a. T, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 25.04.2005*, p. 33). Cette même Cour affirme ensuite que le jugement *extra petita* n'existe pas dans une déclaration de nullité de clauses contractuelles basée sur le *CDC* (*STJ, AgReg. AI 481.627/SP, 3a. T, rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05 2005*, p. 267). V. Patricia Galindo da Fonseca, « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, 2010, p. 130.

<sup>144</sup> Avec l'entrée en vigueur du Code civil brésilien de 2002 plusieurs auteurs ont voulu expliquer comment faire l'harmonisation entre le Code civil (2002) et le Code de la consommation (1990). Un auteur brésilien, Mme Lima Marques, en s'appuyant sur la thèse de son maître allemand, M. Jayme, utilise la théorie appelé « dialogue de sources ». Selon M. Jayme, l'auteur de cette théorie: « Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l'Homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles "parlent" l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent ». V. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit internationale privé postmoderne », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Doordrecht, Kluwer, 1995, vol. 2, p. 259.

<sup>145</sup> V. *infra* n° 411.

109. Le Code de la consommation au Brésil définit le consommateur dans son article 2 : le « *consommateur* » est toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final. On constate alors immédiatement que le champ d'application du Code de la consommation brésilien est défini à partir d'une perception large des rapports sociaux. Le Code brésilien ne vise pas seulement les relations contractuelles, car c'est la qualité intrinsèque du consommateur et sa vulnérabilité qui vont déterminer l'incidence de ce Code. Dès lors, il implique de reconnaître aussi le consommateur dans les moments qui précèdent et qui succèdent au contrat.

110. Le consommateur brésilien n'est pas seulement l'acquéreur. En effet, selon le Code de la consommation, le consommateur n'est pas uniquement la personne qui se procure un bien ou un produit. La définition est élargie dans un sens matériel et comprend aussi les victimes d'actes précontractuels et de pratiques commerciales abusives. En d'autres termes, le Code ne fournit pas une définition *contractuelle* du consommateur. Cependant, la définition donnée semble exclure le professionnel : si l'on considère la définition de la « relation de consommation », qui est définie dans le Code brésilien comme un lien établi entre le professionnel qui fournit un produit ou réalise un service et la personne qui acquiert le produit ou l'utilise comme destinataire final, en accord avec cette approche, les rapports entre professionnels devraient être exclus de ce champ et être régis par le Code civil.

111. Cependant, la définition donnée par le Code de la consommation brésilien comporte une grave indécision, source de nombreuses ambiguïtés et de diverses interprétations jurisprudentielles, quant à la notion de « destinataire final » du produit ou service. Sur ce thème on retrouve, en droit brésilien, trois théories qui essaient de cerner la définition du destinataire final et avec elle, celle de consommateur. La première théorie, dénommée théorie finaliste<sup>146</sup>, considère que le consommateur est celui qui acquiert ou utilise un produit ou un service pour ses besoins personnels. En cela, l'acquéreur est considéré comme le destinataire final de la chose ou du service. Cette théorie est assez restrictive, car seul le consommateur non professionnel mérite la protection du Code de la consommation brésilien. Il ne faut donc pas, pour être considéré comme consommateur, tirer un bénéfice de la chose ou du service consommé. Par exemple, dans une décision du 10 novembre 2009<sup>147</sup>, une juridiction brésilienne a considéré que le Code de la consommation ne s'appliquait pas à un contrat de transport maritime international parce

---

<sup>146</sup> Selon A. H. Benjamin, cette interprétation est en accord avec les buts du Code de la consommation, c'est à dire, la protection est due parce que le consommateur est un être vulnérable. V. A. H. Benjamin, « O conceito jurídico de consumidor », *op. cit.*, p. 69 *sq.*

<sup>147</sup> V. Apel. Civ. n° 2005.001.14869, du 30 août, 2005 du *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*.

que les marchandises transportées allaient être commercialisées et donc n'étaient pas destinées à la consommation finale. Toutefois, selon la doctrine brésilienne majoritaire, on applique le Code de la consommation dans une relation entre un consommateur « personne morale » et un professionnel si le contrat n'a pas de lien avec l'activité professionnelle de ce premier. Selon la théorie finaliste, pour l'application du Code de la consommation, ce qui compte est la vulnérabilité technique, juridique et économique entre un consommateur et un professionnel.

112. La deuxième théorie est dite « maximaliste »<sup>148</sup>. Suivant cette théorie, peu importe la destination du bien - besoins personnels ou professionnels - du moment qu'il est utilisé par une personne physique ou morale. Seule l'acquisition par une personne conditionne la qualité de consommateur. Ainsi, toute personne physique ou morale, professionnelle ou non professionnelle, dès lors qu'elle acquière un produit peut être protégée par le Code de la consommation brésilien. Cette théorie ne prend pas donc en considération le critère de la vulnérabilité comme fondement de protection, l'utilisation du produit n'influant pas sur la définition du destinataire final du service. Il s'agit d'une interprétation plus large et extensive du concept de consommateur, car elle implique que tout contrat de vente ou de prestation de service mettrait en relation un consommateur et un professionnel. Certains auteurs critiquent vivement cette théorie qui rendrait inutile, selon eux, l'existence même d'un Code civil, étant donné que le Code de la consommation serait alors d'application générale<sup>149</sup>. Les partisans de la vision maximaliste se défendent en arguant que si le législateur n'a pas volontairement restreint le domaine du Code de la consommation, l'interprétation la plus extensive doit être retenue<sup>150</sup>. Au contraire de la théorie finaliste, la vulnérabilité n'est ici pas prise en compte. Dès lors, même s'il s'agit d'une partie qui n'est pas faible économiquement, juridiquement ou techniquement, il y aura application du Code de la consommation.

113. La troisième et dernière théorie est qualifiée de « finaliste approfondie »<sup>151</sup> : elle constitue une voie intermédiaire entre les deux théories précédentes. Les consommateurs sont alors définis selon les fondements de la théorie finaliste mais cette théorie ouvre une exception autorisant l'application du Code de la consommation à ceux qui ne sont pas les destinataires

<sup>148</sup> En droit brésilien les auteurs qui défendent cette théorie : J.-M. Avim, T. Alvim et al., *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2<sup>e</sup> éd, 1995, pp. 18-31.

<sup>149</sup> V. C. L. Marques, « Campo de aplicação do CDC », in A. H. Benjamin, C. L. Marques, L. R. Bessa, *Manual de direito do consumidor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

<sup>150</sup> V. C. Zanetti, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Elsevier-Método, 2008, p. 213-214.

<sup>151</sup> V. F. Tartuce, *Função social dos contratos : do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo São Paulo, Elsevier-Método, 2<sup>e</sup> éd. 2007, pp. 309-310 : selon l'auteur, il est possible voire justifié, dans certaines situations, d'appliquer le Code de la consommation aux professionnels.

économiques du produit ou service acquis lorsqu'ils démontrent leur vulnérabilité dans la relation contractuelle. Ainsi, par exemple, un avocat souhaitant s'établir dans des locaux pourra être considéré comme consommateur dans le contrat qu'il conclut avec l'électricien chargé de l'installation : bien que la prestation ne corresponde pas à des besoins personnels, l'absence de compétence de l'avocat pourra justifier sa vulnérabilité et par la même sa qualité de consommateur. Dans ce cas, contracter en dehors de son domaine de spécialité caractérise un état de vulnérabilité.

114. On voit donc qu'en droit brésilien il n'existe pas d'unanimité doctrinale en ce qui concerne le concept de consommateur. Deux positions radicalement différentes peuvent être soutenues sur la base du même texte : si l'on adopte la théorie finaliste seul les consommateurs, dans le sens strict du terme, pourront être protégés par le droit de la consommation ; mais si l'on prend en considération la théorie maximaliste, même le professionnel dans le cadre d'un contrat avec un autre professionnel pourra être protégé par le Code de la consommation. Ce manque de cohérence est responsable d'une pluralité de décisions juridictionnelles, très différentes les unes des autres<sup>152</sup>.

#### B. Le Code de la consommation et la définition de consommateur en France

115. En France, il n'existait pas de définition de consommateur dans le Code de la consommation<sup>153</sup> jusqu'à la loi du 17 mars 2014. En 1990, une définition du consommateur avait été proposée par la Commission de codification du droit de la consommation : « les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel »<sup>154</sup>. Cette définition n'a cependant pas abouti alors qu'en 1993 le droit communautaire consacra des définitions précises du consommateur et du professionnel. En effet, la directive européenne du 5 avril 1993 retient, en son article 2, une définition étroite du consommateur : « toute personne physique qui, dans

<sup>152</sup> V. *infra* n° 257.

<sup>153</sup> Il faut remarquer que l'absence de définition du consommateur de la loi et la diversité des approches de cette notion favorisent le débat au point qu'on s'est interrogé sur l'existence même de ce consommateur. (Voir : J-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, chron., 1997, p. 260). Selon M. Dupichot : « Mais c'est l'absence de toute définition légale du consommateur au plan juridique qui fait cruellement défaut : son identification commande pourtant en partie le périmètre du Code de la consommation. Une telle absence de définition est d'autant plus surprenante que des propositions avaient été formulées par la seconde commission de refonte du droit de la consommation. Partisan d'une conception stricte, le Professeur Calais-Auloy proposait que le consommateur soit défini comme "une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel". Cette ambitieuse proposition de codification n'a pourtant pas eu le succès mérité ». P. Dupichot, « Rapport français, Les contrats du consommateur », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le consommateur, journées colombiennes*, Tome LVII, 2007, Ed. Bruylant et LB2V, 2010, p. 111.

<sup>154</sup> *Propositions pour un Code de la consommation*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1990, p. 39.

les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle », c'est-à-dire qui « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »<sup>155</sup>. C'est cette définition qui sera reprise par la suite, notamment dans la directive européenne du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. *A contrario*, le même article définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ». Les définitions de consommateurs et de professionnels devaient en principe être harmonisées dans les États membres pour une application effective des dispositions contenues dans la directive<sup>156</sup>.

116. Néanmoins, étrangement, le Code de la consommation français, adopté en 1993, ne comprenait pas, jusqu'à la réforme du 17 mars 2014, de définition du consommateur. Ce fut donc à la jurisprudence de définir cette notion pourtant fondamentale du droit de la consommation. La tâche n'a pas été simple et nécessita un long processus marqué par trois étapes essentielles. De 1978 à 1986, c'est tout d'abord une conception restrictive qui s'est imposée. Selon celle-ci, le consommateur ou non professionnel est un particulier qui conclue un contrat de fourniture, portant sur des biens ou des services, pour la satisfaction d'un besoin personnel ou familial. En somme, cette conception participe à l'idée que le droit de la consommation tente de rétablir un équilibre menacé par l'inégalité économique des parties à un acte de consommation ; mais elle ignore totalement l'inégalité des connaissances entre les parties, qui est au moins aussi importante : lorsqu'un commerçant, artisan ou professionnel libéral contracte en dehors de son domaine d'activité professionnelle, il n'est pas plus avisé que quiconque. Pourtant, cette première conception n'en tient pas compte et lui refuse la protection contre les clauses abusives. De 1987 à 1995, le consommateur est défini davantage comme le non spécialiste. Cette conception prend acte de l'inégalité des connaissances et des compétences concrètes, qui peuvent également se rencontrer lorsqu'une personne forme un acte juridique pour des besoins personnels ou familiaux ou lorsqu'elle forme un acte pour ses besoins professionnels mais étrangers à son domaine d'activité et de compétence professionnelle. Il a toutefois été objecté à cette conception que le droit de la consommation devait être cantonné à

---

<sup>155</sup> J. Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 », *JCP*, 1995, éd. G., I, 3854 et éd. E., I 481, p. 276.

<sup>156</sup> N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, p. 105.

un domaine restreint et ne saurait être appliqué à des contrats professionnels. Le Cour de cassation fixa sa position définitivement en 1995<sup>157</sup>. Le critère de la compétence est alors abandonné et lui est désormais substitué un critère objectif plus restrictif : est consommateur ou non professionnel la personne physique qui forme un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle.

117. Cette définition intégrera le Code de la consommation mais de manière limitée. En effet, en transposant la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 introduisit pour la première fois une définition *légale* du consommateur. Selon l'article L. 311-1, 2<sup>o</sup> du Code de la consommation, est « emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Cependant, selon Mme Sauphanor-Brouillaud, « plus qu'une définition réelle qui élaborerait "une notion générale identifiable par ses critères associés", il s'agit d'une définition sectorielle du consommateur dans la mesure où ce mot ne reçoit de sens que pour l'application de la loi que la définition accompagne »<sup>158</sup>. En d'autres termes, c'est le consommateur de crédit et non le consommateur en soi qui est défini. Le législateur français prend d'ailleurs soin de viser « l'emprunteur », terme absent de la directive européenne<sup>159</sup>. En dehors de ce texte, le consommateur, le non-professionnel et le professionnel demeuraient des catégories non définies légalement, ce qui constituait une particularité française en comparaison de certains États membres de l'Union européenne. A titre d'exemple, les droits allemand et anglais n'ont pas codifié leur droit de la consommation<sup>160</sup> tandis que l'Italie<sup>161</sup> et le Luxembourg<sup>162</sup> ont adopté des codes de la consommation avec des catégories légales définies.

<sup>157</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 2005, n° 92-18227, *Bull.* 1995 I N° 54 p. 38 ; G., Paisant, *D.*, 1995, p. 327 ; Contrats, conc. consom. 1995, comm. 84, obs. L. Leveneur ; JCP G 1995 I, 3893, spéc., n° 28, obs. G. Viney ; D. 1995, J., p. 327, note G. Paisant et Som. com., p. 229, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1995, n° 6, p. 360, obs. J. Mestre.

<sup>158</sup> N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes, op. cit.*, p. 108.

<sup>159</sup> On trouve cependant dans l'art. L. 311-1, 2 du Code de la consommation les éléments qui, issus du droit européen, caractérisent une conception stricte du consommateur : une personne physique agissant dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle.

<sup>160</sup> Les droits allemand et anglais définissent tous deux la notion de professionnel. Le droit allemand le fait dans la partie générale du BGB qui définit le professionnel « der Unternehmer » dans son § 14 al. 1 comme « une personne physique ou morale ou bien une société personne morale dotée de la capacité juridique de conclure des actes juridiques dans le cadre de son activité commerciale ou bien professionnelle indépendante ». Le droit anglais le définit régulièrement de façon sectorielle, par exemple dans la Section 3 du texte relatif aux contrats à distance, les *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* où il est défini comme « la personne agissant dans un cadre entrepreneurial ou professionnel » ou encore la section 3 de la législation relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, les *Unfair Terms in Consumers Contract Regulations 1999*, où il correspond à la personne physique ou morale publique ou privée « qui agit à des fins en lien avec son activité entrepreneuriale, commerciale ou professionnelle ».

118. La définition jurisprudentielle du consommateur se trouve finalement aujourd'hui consacrée dans le Code de la consommation par la loi Hamon du 17 mars 2014 (assurant la transposition d'une directive européenne du 25 octobre 2011) : le consommateur est défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Cette définition se trouve depuis l'ordonnance du 14 mars 2016<sup>163</sup>, modifié par la loi n° 2017-2003 du 21 février 2017, en tête du Code de la consommation à titre de disposition liminaire. A cette occasion, fut également introduite une définition du non professionnel – « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles » – et du professionnel – « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

119. Ces définitions appellent plusieurs observations. D'une part, la distinction entre le professionnel et le consommateur s'opère suivant un critère personnel : le consommateur est toujours une personne physique, mais le professionnel peut être indifféremment une personne physique ou morale. La distinction professionnel/consommateur s'opère également suivant un critère « matériel, finaliste »<sup>164</sup>. D'autre part, pour ce qui concerne le professionnel, le législateur utilise les termes « profession » ou « professionnel » à l'occasion de l'application de dispositions particulières pour définir une activité – comme celle de commerçant<sup>165</sup>, de journaliste ou pour préciser le domaine de validité d'une disposition –, par exemple d'une clause compromissoire sans toutefois préciser ce qu'est « en soi » un professionnel<sup>166</sup>. Comme le note M. Calais-Auloy, « dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les commerçants commencent à se diluer dans un catégorie plus vaste, celle des professionnels, composée de toutes les personnes qui exercent, dans un but lucratif, une activité indépendante, habituelle et

<sup>161</sup> Le Code italien de la consommation définit le professionnel de façon générale, selon l'article 3 §1 c) est professionnel « la personne physique ou morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, ou professionnelle ».

<sup>162</sup> Le Code luxembourgeois de la consommation définit, quant à lui, dans son article 2 (1) le professionnel comme : « toute personne qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom et pour le compte d'un professionnel ».

<sup>163</sup> V. N. Sauphanor-Brouillaud, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *Revue des contrats*, n° 3, 01/09/2016, p. 492 : « Suggérée avant son 10e anniversaire et ardemment souhaitée lors de son 20e, la réforme du droit de la consommation n'a finalement pas eu lieu. C'est en effet à une recodification à droit constant que le législateur a procédé, conformément à l'habilitation qui lui avait été conférée par l'article 161 de la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 ».

<sup>164</sup> V. N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes*, op. cit., pp. 103-104.

<sup>165</sup> Selon de Code de commerce français, dans son article L. 121-1 : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

<sup>166</sup> N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes*, op. cit., pp. 108-109.



organisée »<sup>167</sup>. Dans ce sens, « le professionnel est celui qui « agit dans le cadre de son activité professionnelle »<sup>168</sup>. Le consommateur est celui qui contracte avec le professionnel « à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »<sup>169</sup>. Ainsi, dans le droit de la majorité des pays, même si la terminologie n'est pas exacte, les parties dans les relations de consommation sont : a) le consommateur ; b) le professionnel (fournisseur, fabricant, vendeur, commerçant, entrepreneur).

120. Au Brésil et en France, depuis la réforme de leurs Code de la consommation, le consommateur et le professionnel y sont définis. Cette définition est similaire dans les deux pays<sup>170</sup> mais la doctrine l'interprète de façon différente. Par exemple, comme nous l'avons déjà indiqué, le Brésil oscille entre la doctrine maximaliste et la doctrine finaliste ; comme la Cour de cassation a pu hésiter entre une conception restrictive et extensive. Cependant, cette

<sup>167</sup>J. Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Mélanges Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 82.

<sup>168</sup> Dir. 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, art. 2 « «consommateur», toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle,-«commerçant», toute personne physique ou morale qui, en concluant la transaction en question, agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, ainsi que toute personne qui agit au nom ou pour le compte d'un commerçant » ; Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 2 : c) « professionnel » : « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée » ; Dir. 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, art. 2 : « fournisseur » : « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle ». Dir. 1999/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et de garanties des biens de consommation, art. 1. : « vendeur » : « toute personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat, vend des biens de consommation dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

<sup>169</sup> Dir. 85/577/CCE du Conseil du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, art. 2 : « consommateur », « toute personne physique qui, pour les transactions couverts par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » ; Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 2, b) « consommateur » : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » ; Dir. 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, art. 2 : « consommateur » : « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » ; Dir. 1999/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 1 : « consommateur » : « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale » ; Dir. 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), art. 2 : « consommateur » : « toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

<sup>170</sup> Il faut bien remarquer qu'au Brésil, selon la définition donnée par le Code de la consommation depuis 1990, le consommateur est toute personne physique ou morale (art. 2) ... tandis qu'en France, après la définition entrée en vigueur par la Loi Hamon, le consommateur est seulement la personne physique (depuis février 2017 prévue dans l'article liminaire).

distinction classique et répandue entre professionnel et consommateur s'ajoute en France à une distinction plus ancienne entre professionnel et non-professionnel.

## §2. La distinction délicate professionnel / non-professionnel

121. Le rapport classique en droit de la consommation demeure la relation consommateur / professionnel : dans cette optique on constate une définition relativement extensive du professionnel (A), qui doit encore être mise en parallèle avec la particularité française qu'est la notion de non professionnel (B).

### A. La conception extensive de la notion de professionnel

122. Selon M. Calais-Auloy, « dès le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, des auteurs comme Ripert, Tunc, Savatier percevaient qu'une nouvelle notion juridique était en voie de formation : celle de professionnel »<sup>171</sup>. Avant la réforme du 17 mars 2014 « dépourvue de critère matériel, la définition du professionnel dans le Code de la consommation est également dépourvue de critère personnel. Il n'est pas précisé s'il s'agit d'une personne physique ou morale, publique ou privée. Ce constat vaut d'ailleurs à l'égard de la désignation des créanciers des obligations communes aux contrats de consommation »<sup>172</sup>. Faute d'une absence de définition légale du professionnel, la doctrine le définit comme celui qui exerce une activité indépendante, habituelle et organisée. Encore selon elle, il pourrait être une personne physique ou une personne morale. Faut-il que l'activité soit exercée dans un but lucratif ? Sur ce point le doute est permis. Le professionnel était donc défini comme « la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service. C'est le caractère habituel et organisé de l'activité qui fait la force du professionnel : il est, dans sa spécialité, plus compétent que le consommateur »<sup>173</sup>.

123. Selon M. Calais-Auloy, il semble qu'en droit de la consommation le but lucratif ne devrait pas être un élément de la définition du professionnel. Celle-ci devrait englober les activités qui, tout en ayant un caractère habituel et organisé, n'ont pas pour but de réaliser un bénéfice ; en ce sens, les coopératives, les mutuelles, les services publics seraient inclus. Vis-à-

<sup>171</sup> J. Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Mélanges Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 86. Ainsi, « la notion de professionnel, comme je l'ai dit, est plus vaste que celle de commerçant: il faut y ranger, à côté de commerçants, les artisans, les agriculteurs, les membres des professions libérales, les promoteurs immobiliers, les sociétés civiles, bref toutes les personnes physiques ou morales qui exercent une activité indépendante, habituelle et organisée. C'est d'abord la jurisprudence civile qui a fait apparaître la notion de professionnel ».

<sup>172</sup> V. N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes*, op.cit., p. 111.

<sup>173</sup> J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*. Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006, p. 4.

vis de leurs clients consommateurs, ces organismes sont dans une position de force qui justifie l'application du droit de la consommation<sup>174</sup>.

124. Les directives européennes emploient généralement un double qualificatif, « activité professionnelle ou commerciale », mais en droit français l'expression « activité professionnelle » recouvrait le tout. Le droit de la consommation avait donc vocation à s'appliquer à toutes sortes d'activités professionnelles. Il convient de remarquer que « le but lucratif » n'était et n'est toujours pas intégré dans la notion de professionnel. Par rapport aux services publics, il y avait déjà en droit français et en droit communautaire une tendance à l'extension des règles de droit de la consommation vers les services publics, sauf si le service est collectif et gratuit (la justice, la police)<sup>175</sup>. Dès lors, selon la définition de l'article liminaire du Code de la consommation français depuis le 21 février 2017, le professionnel est « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». On observe donc que les propositions faites par la doctrine, avec quelques nuances, font désormais partie du Code de la consommation.

125. D'un autre côté, selon l'article 3 du Code de la consommation brésilien, le *fournisseur* est toute personne physique ou morale, publique ou privée, nationale ou étrangère, ainsi que des entités dépersonnalisées, qui développent des activités de production, assemblage, création, construction, transformation, importation, exportation ou commercialisation de produits ou prestations de services. Le fournisseur est donc pour la loi brésilienne celui offrant des biens et des services sur le marché habituellement avec un but lucratif. Il est celui qui participe à un maillon de la chaîne de production, soit à travers la production ou la distribution, soit comme intermédiaire de l'approvisionnement de biens ou des services. Le concept légal de fournisseur est composé par les éléments requis suivants : la professionnalité (le but du profit) et le caractère habituel (la régularité).

126. Cette définition du professionnel peut sembler plus restrictive que celle adoptée par le droit français mais elle est très largement interprétée par les juges brésiliens de sorte que les champs d'application se révèlent être de fait similaires.

## B. La particularité française du non-professionnel

---

<sup>174</sup> J. Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Mélanges Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, pp. 87-88.

<sup>175</sup> J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *op. cit.*, pp. 4-6.

127. Le terme « non-professionnel » a été ajouté au cours de la discussion parlementaire, sans que l'on en connaisse la raison précise. Il est vrai que la Cour de cassation l'avait déjà utilisé auparavant : dans un arrêt du 28 avril 1987<sup>176</sup>, elle s'était fondée sur le fait que l'objet du contrat entrait dans le cadre des compétences nécessaires à la conduite de son commerce.

128. La Cour estimait qu'en dehors de ce domaine, le professionnel était dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur, ce qui justifiait qu'il ait droit à une protection équivalente. Intégrée au Code de la consommation quelques années plus tard, la notion de non professionnel appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, cette notion est une particularité du droit français ; elle est absente des autres systèmes juridiques. De plus, cette notion a un domaine d'application plus étroit que celle de consommateur : comme le souligne un auteur, « ce ne sont pas toutes les règles communes aux contrats de consommation qui bénéficient aux non-professionnels mais les dispositions sur les clauses abusives, sur la présentation des écrits, sur la rédaction et l'interprétation des clauses et sur la reconduction des contrats » ; ce même auteur regrettant que « le législateur n'ait pas uniformisé les textes de telle façon que cette catégorie de créanciers figure dans toutes les règles communes, d'autant que, comme il le sera constaté cette disparité est de nature à susciter des difficultés sur un plan processuel lorsqu'il s'agira de déterminer la juridiction compétente »<sup>177</sup>.

129. Ces éléments rendent d'autant plus délicate l'interprétation devant être retenue du non professionnel. Plusieurs interprétations furent proposées : pour les uns, il convenait d'entendre par non-professionnel celui qui, tout en agissant dans le cadre de sa profession, conclut un contrat sortant de sa spécialité [...] ; d'autres voyaient dans le non-professionnel « une simple façon différente de désigner le consommateur » ; d'autres, enfin, estimaient que le non-professionnel pouvait « être aussi dans certains cas celui qui offre de façon non habituelle un produit ou un service »<sup>178</sup>. Selon M. Calais-Auloy<sup>179</sup>, une conception stricte est préférable. L'auteur donna plusieurs raisons pour justifier l'adoption de cette conception : il n'est pas sûr que le professionnel qui agit en dehors de sa spécialité soit aussi désarmé que le simple consommateur, cela dépend des cas ; une conception large rendant imprécise les frontières du droit de la consommation. Pour savoir si un professionnel agit ou non dans sa sphère de compétence, pour savoir si son acte est en rapport direct ou indirect avec son activité

<sup>176</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1987, n° 85-13.674, JurisData n° 1987-00971 ; Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1988, p. 1, note P. Delebecque ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre.

<sup>177</sup> N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes*, op. cit., pp. 112-113.

<sup>178</sup> A. Rieg, « La lutte contre les clauses abusives des contrats. (Esquisse comparative des solutions allemande et française) », in *Études offertes à René Rodière*. Paris, Dalloz, 1981, p. 239.

<sup>179</sup> J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, op.cit., p. 6.

professionnelle, il faut procéder cas par cas à une recherche dont le résultat est toujours aléatoire. Or, les contractants ont besoin de connaître par avance le droit qui sera applicable à leur relation. La conception stricte du non professionnel relativement précise, apporte une sécurité juridique ce que ne fournit pas une conception large et trop floue. Enfin si l'on considère comme des consommateurs les professionnels qui agissent en dehors de leur spécialité, il conviendrait en retour et de manière symétrique d'assimiler à des professionnels les consommateurs qui agissent dans leur sphère de compétence. Un avocat pourrait par exemple être jugé assez compétent pour déjouer, sans le secours de la loi, les pièges juridiques des contrats qu'il signe pour un usage non-professionnel. Au binôme professionnel-consommateur serait alors substitué, comme critère d'application des règles protectrices, le binôme compétent-profane. Le critère serait théoriquement satisfaisant mais il perdrait toute précision.

130. Devant tant de propositions, il revenait à la jurisprudence de trancher et de définir ce qu'elle entendait par non professionnel : la Cour de Cassation a opéré un revirement jurisprudentiel partiel dans deux arrêts de principe du 3<sup>180</sup> et 30 janvier 1996. La Cour a affirmé que l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'appliquait aux non professionnels, mais que le critère retenu n'était plus l'absence de « compétence professionnelle » mais l'existence ou non d'un « rapport direct entre le contrat et l'activité professionnelle ». Cette jurisprudence a été confirmée par la suite dans de nombreuses décisions.

131. On constate ainsi une restriction du champ d'application de la notion. Certes, cette notion est étendue pour protéger les personnes morales, exclues par le droit européen de la définition de consommateur<sup>181</sup>. Cependant, les personnes morales sont gouvernées notamment par le principe de spécialité, selon lequel la capacité de jouissance, (aptitude à être titulaire de droits) est nécessairement restreinte, (au rebours de celle des personnes physiques). En effet, une personne morale ne jouit de l'aptitude à être titulaire de droit que dans le cadre de la réalisation de son objet social. Ainsi, si une personne morale devait former un acte extérieur à son objet social, cet acte serait annulable car il serait formé par une personne qui n'en avait pas la capacité de jouissance. Dès lors, un contrat formé par une personne morale a nécessairement un rapport direct avec son objet social et donc avec son activité. La confirmation fut très tôt

---

<sup>180</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1996, n° 93-19.322 ; V. J. Mestre, « Clauses abusives et professionnels », *RTD civ.*, 1996, p. 609.

<sup>181</sup> CJCE, 22 novembre 2001 : la directive de 1993 sur les clauses abusives doit être interprétée comme visant « exclusivement les personnes physiques ».

donnée par la Cour de cassation elle-même<sup>182</sup>. En l'espèce, la Fédération française d'Athlétisme avait contracté un emprunt pour financer l'acquisition de son siège social. Selon la Cour de cassation, cette dernière ne pouvait bénéficier de la législation contre les clauses abusives en raison du rapport direct de cet emprunt avec son activité professionnelle.

132. L'utilité toute relative de la notion de non professionnel explique son absence dans le projet de loi Hamon<sup>183</sup>. Sur la critique de l'existence en droit français de la consommation de la catégorie « non-professionnel », M. Paisant, déjà en 1998, soulignait l'importance de sa suppression dans l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, « compte tenu des effets perturbateurs qu'elle engendre »<sup>184</sup>. Pourtant, la loi du 17 mars 2014 maintient cette notion qui se trouve aujourd'hui définie dans la disposition liminaire du Code de la consommation comme « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

133. Opposer systématiquement le professionnel au consommateur ou au non professionnel est certes utile d'un point de vue pédagogique, mais manque de subtilité. Le professionnel peut se retrouver dans une situation d'inégalité même lorsqu'il contracte avec un autre professionnel. Cette inégalité, moins évidente, doit être reconnue si l'on souhaite légitimer une protection contre les clauses abusives dont il pourrait souffrir.

## Section II. – L'inégalité persistante entre les parties

134. Comme l'affirme Ripert « tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter »<sup>185</sup> et en même temps l'inégalité économique est consubstantielle au marché. La négociation du contrat est bien souvent dirigée par la partie dominante. Par exemple, le contrat d'adhésion dans lequel un ensemble de clauses non négociables est déterminé à l'avance par l'une des parties et la volonté est exprimée par un seul contractant, n'offre effectivement d'autres choix à l'autre cocontractant

<sup>182</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2005, n° 02-13.935, Bull. civ. 2005, IV, n° 347 ; *D.* 2006, p. 238, note Y. Picod, « Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », et p. 2670, obs. X. Delpech ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 4097, concl. J. Sainte-Rose ; *JCP G* 2006, I, 123, n° 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

<sup>183</sup> V. notamment : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285, *D.* 2005. 1948, note A. Boujeka ; *ibid.* 887, obs. C. Rondey ; *ibid.* 2836, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2005. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005. 401, obs. D. Legeais ; *ibid.* 2006. 182, obs. B. Bouloc ; *Rev. UE* 2015. 434, étude P. Bourdon ; *ibid.* 473, étude B. Vincendeau.

<sup>184</sup> G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 30.

<sup>185</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, p. 85.

que l'adhésion ou non au modèle proposé. En ce sens, on parle de multiplication de contrats inégaux (§1) et les manifestations de cette inégalité contractuelle sont diverses (§2).

### §1. La multiplication des contrats inégaux

135. Les mutations affectant le contrat ne sont pas un phénomène nouveau. Comme le constatait déjà Josserand en 1935, « non seulement les variétés de contrats se multiplient, mais aussi leur technique se modifie »<sup>186</sup>. Cependant, à cette époque, le contrat était encore marqué par une vision égalitaire des contractants et la devise « qui dit contractuel dit juste ». Dès lors, et comme l'exprime M. Rieg, « le contrat étant le fruit de la libre discussion entre personnes égales, les résultats pratiques auxquels aboutissait l'action conjuguée de leur volonté ne pouvaient être que justes. Dans un tel contexte, l'idée même de "clause abusive" était difficilement concevable ». Il fallait pour cela prendre conscience « du clivage qui existait entre la réalité économique et sociale et le mythe juridique du contrat égalitaire »<sup>187</sup>. En d'autres termes, le droit devait s'adapter aux faits sans qu'il ne porte préjudice aux intérêts d'une catégorie de contractants. En effet, selon M. Virassamy, « il s'agit donc de mettre en conformité le droit et le fait, en un mot, de moraliser les pratiques contractuelles dans la vie professionnelle en prenant en considération un fait essentiel : l'inégalité des parties et les conséquences qui en découlent »<sup>188</sup>. Au Brésil, on peut affirmer que ce clivage a été appréhendé et précisé par les études réalisées dans le cadre de la préparation du Code de la consommation adopté en 1990. En France, « à l'époque du Code civil, le contrat fut conçu (si l'on veut bien admettre l'exercice d'isoler schématiquement une conception dominante à une période donnée) comme la rencontre de volontés de deux ou plusieurs parties, en situation d'égalité juridique mais également d'égalité de fait, à même d'exercer leur rationalité et de poursuivre leur intérêt »<sup>189</sup>.

136. Effectivement, dans le monde actuel, on peut vérifier que le champ d'application et d'utilisation des contrats s'étend. Non seulement la quantité de contrats célébrés est plus grande avec le développement de la société de consommation, mais aussi de nouveaux contrats se développent, par exemple le *leasing*, *franchising*, *know-how*, *holdgng*, *shopping center*, etc.

<sup>186</sup> L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes actuels*, Paris, Sirey, 1935, p. 336.

<sup>187</sup> A. Rieg, *La lutte contre les clauses abusives des contrats*. (Esquisse comparative des solutions allemande et française), in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 221-222.

<sup>188</sup> G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986, p. 11.

<sup>189</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 427.

Cette évolution démontre la malléabilité et la puissance de cet instrument juridique qu'est le contrat. On peut même appréhender le contrat comme un instrument social (le contrat comme fondateur de la société – cf. les contractualistes Hobbes, Locke et Rousseau) qui devient légitime par la voie juridique.

137. Il est donc permis de penser que « la crise du contrat a été souvent exagérée et qu'en particulier le recul du contrat sur certains terrains est compensé sur d'autres par la naissance et le développement de types nouveaux de contrat [...]. Il est donc probable que quel que soit l'avenir de nos institutions politiques et sociales, le contrat survivra, quitte à se transformer pour s'adapter »<sup>190</sup>. En d'autres termes, le contrat survivra en s'adaptant aux faits, à la réalité du contexte social et économique, aux besoins toujours renouvelés de la pratique de nouvelles figures contractuelles.

138. Le contrat est donc un important instrument et celui qui détient le plus d'informations sur celui-ci se trouvera nécessairement dans une position avantageuse. Le problème réside dans le fait que ces nouveaux contrats sont de plus en plus complexes, parfois trop spéciaux et comportent des qualifications que ne sont pas toujours connues par toutes les parties. Selon des auteurs, « les entreprises commerciales ont, avec tout autant d'imagination, développé des pratiques qui se sont traduites par des transactions limitant la capacité concurrentielle des commerçants. Les formes juridiques les plus connues en sont la *concession*, la *franchise* et la *distribution sélective* »<sup>191</sup>. Ces contrats sont donc flexibles, dans leur majorité non réglementés<sup>192</sup>. Ainsi, il est difficile de bien les cerner, de leur donner une qualification exacte, ou de les enfermer dans une catégorie juridique préexistante. De plus, dans ce genre de contrat, les parties sont normalement considérées comme se trouvant dans une situation d'égalité.

139. Cependant, ces nouvelles figures contribuent parfois à créer ou à renforcer une relation contractuelle inégalitaire. Ainsi, le développement des contrats-types a conduit à une multiplication des clauses abusives : dès qu'une clause abusive existe dans un contrat-type, elle existera dans chaque utilisation de ce support affectant alors non pas un mais des dizaines voire des centaines de contrats. Aussi certains auteurs se sont-ils interrogés sur l'organisation des

<sup>190</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. I et t. II, vol. I : « Les obligations », n° 53, p. 235.

<sup>191</sup> F. C.-Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> ed., 2015, p. 894.

<sup>192</sup> Dans le cas, par exemple de la franchise, « la pratique et la jurisprudence se sont efforcées d'équilibrer les relations existant entre les parties. L'association française de normalisation (AFNOR) a même publié une norme destinée à fixer quelques règles élémentaires, définissant avec précision le rôle des contractants et répertoriant les informations que chacun se doit de communiquer à son partenaire ». V. F. C.-Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, *ibidem*, pp. 984 et 985.



relations entre professionnels subissant des situations de déséquilibre. Selon M. Ghestin, « les aspects contemporains de l'inégalité des parties se combinent avec la standardisation des contrats pour faire naître un type nouveau de relations contractuelles »<sup>193</sup>. Il est alors essentiel de comprendre comment l'inégalité contractuelle a pu profiter de cette multiplication de ce type de contrat.

## §2. Les manifestations de l'inégalité contractuelle

140. Il importe d'admettre qu'il existe des consommateurs savants et capables d'abuser leur cocontractant professionnel, tout en ayant conscience de la protection dont ils bénéficient. Au contraire, certaines entreprises se trouvent dans l'ignorance la plus totale des rouages du domaine économique dans lequel elles envisagent de contracter et peuvent donc se retrouver piégées par leurs partenaires. Les inégalités sont ainsi susceptibles d'avoir deux origines : une inégalité de connaissances entre les parties au contrat (A) ou une inégalité de puissance économique entre les cocontractants (B).

### A. L'inégalité de connaissances entre les parties au contrat

141. Paradoxalement, le domaine juridique manifeste une tendance générale à admettre que les professionnels se battent à armes égales dans leurs rapports contractuels, alors même que l'expérience juridique enseigne une réalité inverse. En ce sens, « l'opposition entre contrat de consommation – conclu entre professionnel et consommateur – et contrat "égalitaire" – conclu entre professionnels ou entre particuliers – est elle-même trop schématique. Il existe, en effet, au sein des contrats conclus entre professionnels, des situations structurelles d'inégalité »<sup>194</sup>. En effet, la reconnaissance de l'inégalité est opposée à l'idéologie égalitaire marquant la période d'élaboration du Code civil qui instaura un principe d'indifférenciation des personnes, c'est-à-dire ne fit pas de distinction entre égalité de droit (la façade) et égalité de fait (la réalité). En conséquence, le recours au droit de la consommation et à des règles spéciales est nécessaire afin de rééquilibrer les inégalités. Mais ce rééquilibrage doit également s'opérer au bénéfice des professionnels. La compétition est inhérente au monde économique ; la domination, la dépendance et les rapports d'inégalité sont caractéristiques du marché et de la modernité.

---

<sup>193</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil, op. cit.*

<sup>194</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 75, p. 98.

142. L'inégalité informationnelle entre professionnels ne fait plus aucun doute et l'obligation d'information permet de réduire l'incertitude ainsi que minimiser les risques de l'entreprise dans un contexte concurrentiel. De ce fait, l'accès à l'information reste indispensable dans l'élaboration des stratégies. Cet impératif pousse les opérateurs économiques à prendre des risques pour posséder de l'information et à gérer les incertitudes liées à sa défection. Tout ceci a évidemment un coût, comme le résume parfaitement M. Abraham-Frois : « l'information n'est dorénavant ni parfaite, ni instantanée, ni gratuite, les échangistes doivent au sens propre acquérir de l'information, ce qui entraîne des coûts et exige des délais qu'il convient de prendre en compte »<sup>195</sup>. Ces coûts n'auront pas le même impact selon la taille du professionnel considéré : il est courant qu'un grand groupe de distribution contracte avec de petits producteurs locaux. Si ce même distributeur dirige les négociations, par exemple, puis rédige intégralement le contrat, une vigilance accrue sera nécessaire. Par ailleurs, le fait que la société dominante impose à des agriculteurs de vendre leurs produits à des conditions tarifaires ne leur permettant même plus d'assurer la pérennité de leur exploitation révèle sans nul doute un comportement malhonnête. Ainsi l'accumulation d'informations utiles et recherchées constitue une source d'enrichissement pour leur détenteur et pourra se traduire par un phénomène de domination. L'agent disposant d'un avantage informationnel se trouvera alors en mesure de faire du chantage à ses concurrents ou à ses clients, sur les coûts d'accès à l'information. De même, il disposera d'une position privilégiée pour rédiger le contrat à son avantage et pour détourner de leur but les règles auxquelles seront soumis les partenaires à l'échange. Il est donc primordial de préserver l'égalité entre les cocontractants dans la formation ou dans l'exécution de la convention « afin que la partie en situation d'infériorité – technique et économique [...] – puisse contracter en connaissance de cause et que l'autre ne puisse pas abuser de sa position de force »<sup>196</sup>. La sanction exceptionnelle de clauses abusives entre professionnels peut se justifier dans des cas d'insertion de clauses qui peuvent se révéler destructrices du profit attendu de la transaction par l'une des parties.

143. Tout cela s'explique par le fait que la supériorité économique de l'un des professionnels peut réduire ou anéantir le pouvoir de négociation de son cocontractant et lui permettre d'imposer, pour partie ou dans son ensemble, les éléments du contenu de la convention. Cette inégalité contractuelle est souvent la conséquence indirecte de la maîtrise particulière du marché par la partie forte, découlant d'une situation de monopole ou d'une

---

<sup>195</sup> G. Abraham-Frois, *Dynamique économique*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2002, n°157.

<sup>196</sup> C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD Civ.*, n° 28, 1997.

position dominante sur ce dernier. Aussi les deux principales manifestations de l'inégalité contractuelle entre professionnels sont-elles bien souvent liées.

#### B. L'inégalité de puissance économique entre les cocontractants

144. Cette inégalité de puissance économique est susceptible de plusieurs degrés : elle peut être absolue (en cas de monopole, par exemple) ou relative (en cas d'abus de dépendance, ou de faiblesse, dans une relation contractuelle). L'inégalité crée dans les rapports nés du contrat une puissance contractuelle au bénéfice de l'une des parties<sup>197</sup>. Il s'agit de la possibilité pour un acteur économique d'imposer sa volonté à un autre, même contre la résistance de celui-ci<sup>198</sup>. D'une façon plus générale, comme cela est illustré par certaines fables de La Fontaine, même au sein d'une même espèce, le rapport de domination est partout et le faible est systématiquement asservi au fort<sup>199</sup>. N'est-ce pas l'essence même du droit de parer à cette inégalité ? Comme le souligne un auteur, la première fonction du droit de la concurrence est « de lutter contre la loi du plus fort, le titulaire d'un pouvoir de marché, force d'autant plus redoutable qu'elle permet la confiscation du surplus du consommateur »<sup>200</sup>.

145. Le droit de la consommation semble toujours plus aisé à manier sur cette question, car le consommateur apparaît clairement dans une position de vulnérabilité et le professionnel dans une position dominante. Néanmoins, il importe de dépasser ce schéma classique pour percevoir un rapport de forces potentiellement inégalitaire également entre professionnels. La tâche n'est pas simple : comme le souligne un auteur, « on ne peut en effet présumer entre professionnels que l'un ou l'autre, qu'il soit fournisseur ou distributeur, serait nécessairement la partie la plus faible »<sup>201</sup>. Pour une partie de la doctrine, le contrat conclu entre professionnels est

<sup>197</sup> V. exemple d'abus de dépendance économique par un franchiseur à l'égard de franchiseés : Cass., com., 16 déc. 1997, n° 95-21.555 : RJDA 1998, n° 521 ; LPA 6 juill. 1998, p. 25, obs. M. Malaurie-Vignal, pour un cas de location-gérance d'un supermarché doublé de franchise.

<sup>198</sup> J-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, 1996 ; cité par M. Chagny, thèse précitée, note 142, p. 786.

<sup>199</sup> On observe dans la fable de La Fontaine, *La génisse, la chèvre et la brebis, en société avec le lion*, quand le Lion prend la parole que la vie est marquée par la domination et le déséquilibre : « Nous sommes quatre à partager la proie. Puis, en autant de parts le cerf il dépeça ; Prit pour lui la première en qualité de Sire : Elle doit être à moi, dit-il, et la raison c'est que je m'appelle lion ; A cela l'on n'a rien à dire. La seconde, par droit, me doit échoir encore : Ce droit, vous le savez, c'est le droit du plus fort. Comme le plus vaillant, je prétends la troisième. Si quelqu'une de vous touche à la quatrième, Je l'étranglerai tout d'abord ». J. de La Fontaine, « La Génisse, la Chèvre et la Brebis, en société avec le Lion », *Fables*, I, 6, (1668), Paris, Larousse, coll. « Petits Classiques », p. 33.

<sup>200</sup> C. Lucas de Leyssac, M. Chagny, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, juillet 2009, p. 1270.

<sup>201</sup> Y. Utzschneider, A. Lamothe, « Que penser d'un règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, p. 1266 .

classé dans la catégorie nouvellement créée des contrats égalitaires, qui lient des partenaires entre lesquels il n'existe aucune cause structurelle d'inégalité<sup>202</sup>.

146. Pourtant, on peut facilement remarquer l'existence d'éventuels déséquilibres de puissance entre cocontractants professionnels, puisque certains ne disposent pas des moyens suffisants pour imposer à leurs pairs le respect de la protection de leurs intérêts ou pour apprécier la portée de leurs engagements. Dans ce contexte, la caractérisation de l'abus dans les contrats conclus entre professionnels prend une dimension nouvelle et résolument moderne au regard de la conception juridique traditionnelle. L'inégalité peut alors avoir différentes formes au sein d'un contrat entre professionnels. Il peut s'agir d'un déséquilibre économique au détriment d'un contractant, qui réside dans des prestations directement ou indirectement inégales. Le déséquilibre direct est formé par des prestations imposées à un cocontractant sans aucune contrepartie. Dans le déséquilibre indirect, les dispositions contractuelles sont destinées à restreindre, voire à supprimer, les droits d'un cocontractant relativement à une prestation. Il peut s'agir aussi d'une inégalité résultant du contrat, du fait qu'il est un instrument de puissance au profit d'un contractant. Dans les contrats « hiérarchiques », une partie se place dans l'aire d'exercice du pouvoir d'une autre. Ces contrats peuvent créer une dépendance (contrats de distribution intégrée) ou bien l'aggraver lorsqu'elle préexiste au contrat (contrats entre les fournisseurs et la grande distribution). Ils peuvent octroyer une puissance à une partie par le biais de clauses d'assujettissement. Ce sont, principalement, des clauses d'exclusivité, des clauses de détermination unilatérale d'un élément du contrat, des clauses de contrôle, des clauses aménageant la rupture du contrat. La faiblesse de l'un des agents est ainsi consécutive à la puissance économique ou technique de l'autre partenaire, susceptible de dicter les modalités de l'échange. Elle peut résulter du propre état de besoin du professionnel le moins puissant, qui se trouve contraint d'adopter consciemment des clauses ou des conditions contractuelles désavantageuses.

147. Le droit brésilien n'a pas hésité à développer la notion de vulnérabilité en ce sens<sup>203</sup>. La notion de vulnérabilité se présente, dans l'ordre juridique brésilien, de trois façons distinctes : technique, juridique et économique. La vulnérabilité technique est la moindre connaissance spécifique du produit ou du service objet du contrat. La vulnérabilité juridique est

---

<sup>202</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, p. 98.

<sup>203</sup> Sur la vulnérabilité en droit brésilien voir : P. Moraes, *O Código de Defesa do Consumidor: princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, Síntese, 1999 ; A.H-Benjamin, C.-L. Marques, L. R. Bessa, *Manual de direito do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 4<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 147-148.

le manque de connaissances par rapport aux droits pouvant être exercés dans la relation contractuelle. La vulnérabilité peut être aussi économique, lorsqu'elle découle du pouvoir économique exercé par le fournisseur qui, en situation de monopole ou en raison du caractère essentiel du produit, fait fi, de façon unilatérale, des règles du contrat. Ainsi, il suffit d'admettre que le professionnel peut à l'instar du consommateur souffrir d'une vulnérabilité technique, comme nous l'avons vu, mais surtout économique. Cette dernière n'est pas systématique : un travail de « filtre » devra être opéré par le juge dans l'analyse concrète de chaque relation inter-professionnels. L'élément décisif sera donc la faculté, le pouvoir d'imposer « les termes du contrat e/ou les faire exécuter dans son seul intérêt, par le biais de clauses déséquilibrées »<sup>204</sup>.

148. Dès lors, il appartiendra à l'État d'intervenir pour empêcher que, par le jeu du contrat, un des contractants ne se trouve lésé parce qu'il est le contractant le plus faible, et cela même quand il a accepté de l'être<sup>205</sup>. Le législateur et le juge ont entendu cet appel à un besoin nouveau de protection des professionnels. Malheureusement, ces acteurs souffrent encore largement d'une présomption d'égalité dans leur relation qui rend encore trop insuffisant le régime de protection qui leur est appliqué.

#### Conclusion – La légitimité juridique de la protection

149. La légitimité juridique de la protection des professionnels contre les clauses abusives apparaît donc moins évidente que celle du consommateur. Pour comprendre cette légitimité, il a été nécessaire de reprendre les concepts juridiques de consommateur et de professionnel en droit français et en droit brésilien. On observe qu'en droit brésilien les définitions juridiques de l'un et de l'autre étaient déjà présentes dans le Code de la consommation (1990) ; cela n'ayant pas été le cas du droit français qui a tout d'abord construit ces concepts dans la doctrine et la jurisprudence et seulement dans un second temps les a ajoutés dans le Code de la consommation, après la réforme du 17 mars 2014 et, plus récemment, la dernière modification législative en la matière créant un article liminaire en vigueur depuis le 21

<sup>204</sup> J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 440.

<sup>205</sup> G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1948, 2<sup>e</sup> éd., pp. 131 et 179. À l'inverse, certains auteurs sont farouchement opposés à ce type de législations. Ils les considèrent comme contreproductives et illégitimes, Notamment : F. Hayek, cité par J. Rochfeld, « Le statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” ! : entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, note 9, p. 837.

février 2017. La catégorie juridique du non-professionnel, critiquée par la doctrine française, est inexistante en droit brésilien. Mais surtout, on notera que dans les deux pays, il existe en pratique une inégalité persistante entre les parties, résultat d'une multiplication des contrats inégaux et surtout de la création de nouveaux concepts et contrats afin de combler les nécessités de la pratique juridique au regard de l'efficacité dans le marché. Face à cette recherche d'efficacité, les acteurs professionnels souffrent encore largement d'une présomption d'égalité dans leur relation qui laisse toujours trop insuffisant le régime de protection qui leur est appliqué.

#### Conclusion – LE FONDEMENT DE LA PROTECTION

150. Des développements qui précèdent, il ressort que les législateurs français et brésilien n'ont pas perçu de la même manière la protection contre les clauses abusives. En effet, cette protection est différente en raison des différents fondements et de la réalité socio-économique de chaque pays. En droit français, les rédacteurs du Code Napoléon, animés par la doctrine libérale, ont choisi de protéger la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Le droit brésilien, fortement influencé par cette doctrine libérale lors de la rédaction de son Code civil de 1916, a cependant connu un changement avec l'adoption de son nouveau Code civil en 2002. Il résulte d'une évolution idéologique, plus adaptée à une inégalité croissante de fait des relations contractuelles. La liberté et la force obligatoire du contrat perdent leur caractère dominant au nom de la protection d'une fonction sociale du contrat. Les divergences entre les deux pays dans la protection des professionnels contre les clauses abusives est aussi juridique. En droit français et en droit brésilien, si cette protection existait déjà dans le Code de la consommation, les deux systèmes ne possèdent pas les mêmes définitions quant à la catégorie juridique méritant une telle protection. Le droit français a choisi, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2017-2003 du 21 février 2017, d'ajouter en tête du Code de la consommation une disposition liminaire précisant les définitions de consommateur, professionnel et non-professionnel. Le droit brésilien ne connaît pas cette catégorie de non-professionnel et a opté par une définition très large du consommateur, entendu comme le « destinataire final du produit ou service ». Une telle définition permet une interprétation de la doctrine qui tente, à travers le prisme de trois théories différentes, de préciser la définition du destinataire final. Si la mise en lumière de la nature et des fondements de la protection contre le déséquilibre significatif nous révèle qu'il existe une légitimité économique et sociale de la protection du consommateur fermement établie, cela ne va pas de soi pour la protection du professionnel ; ce que confirme l'étude de la légitimité

juridique de cette protection. Si les points communs aux deux pays sont la présence d'un déséquilibre croissant dans les relations contractuelles, la multiplication des contrats inégaux et une manifestation diverse de l'inégalité contractuelle, il importe cependant de montrer que le régime de protection des professionnels adopté par chaque pays diffère.

## 1.2 Le régime de la protection

151. Les inégalités sociales ont toujours existé en France, au Brésil, et dans le reste du monde, avec des variations et des différences, comme nous l'avons déjà montré dans le premier titre. En revanche, évoquer des liens d'inégalité dans les relations d'affaires entre professionnels est assez inédit, tant en économie qu'en droit.

152. Les conséquences d'un abus sur un plan économique étant néfastes, aussi bien au niveau individuel que social, le droit ne peut laisser les professionnels user de leurs prérogatives comme ils le souhaitent dans l'espace de liberté contractuelle qu'ils se sont octroyés. Quels que soient les obstacles ou les résistances auxquels se heurte l'objectif de justice contractuelle, il nous paraît important de continuer à réfléchir aux moyens d'assurer l'équilibre du contrat et de protéger les contractants – quels qu'ils soient – contre une exploitation abusive de leur faiblesse économique.

153. À cet égard, il n'est pas inutile de garder en mémoire les propos de Portalis : « les idées du juste et de l'injuste ne sont pas l'unique résultat des conventions humaines ; elles ont précédé ces conventions et elles doivent en diriger les pactes »<sup>206</sup>. Le droit contemporain doit donc chercher la solution au problème du déséquilibre en cas de clauses abusives dans les contrats entre professionnels et fournir à la partie faible des instruments pour se défendre dans un nombre croissant de domaines. Ces instruments peuvent être d'origine jurisprudentielle ou législative.

154. Il existe une grande diversité de régimes concernant les clauses abusives, elle-même reflet de la très grande diversité des situations créées par la vie en société. Il nous faut donc composer avec elle et essayer de proposer des pistes constructives pour l'appivoiser, tant cette

---

<sup>206</sup> Portalis, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français*, tome septième, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tablier, 1836, p. 78.

diversité est inévitablement source d'insécurité juridique : quelle norme choisir pour résoudre le litige ? ; comment faire et justifier ce choix ? Le régime de protection des professionnels contre les clauses abusives est ainsi au cœur de ce deuxième titre, dans lequel nous nous proposons de définir et d'analyser les différents types d'« instruments juridiques »<sup>207</sup> proposés par les droits français et brésilien.

155. Nous y examinerons ainsi les instruments existants dans le droit commun (**chapitre I**) mais aussi ceux créés par le droit spécial (**chapitre II**).

### 1.2.1 Les instruments de protection existants dans le droit commun

156. De nombreux textes et décisions de justice utilisent la notion de « droit commun » malgré l'incertitude qui règne en doctrine quant à sa définition. L'opposition entre droit commun et droit spécial constitue la base de nombreuses réflexions doctrinales<sup>208</sup>. Le droit commun se définit par son contenu très vaste, c'est ainsi qu'il se confond avec le droit général, mais aussi par ses fonctions, à la fois théorique – comme référent – et pratique – pour pallier les carences du droit spécial –. Par opposition, le droit spécial est celui qui, attaché à une matière déterminée, s'appuie sur les notions générales contenues dans le droit commun pour pouvoir être appliqué plus particulièrement à certaines situations<sup>209</sup>.

157. Le droit commun comme le droit spécial ont pendant longtemps délaissé la protection du professionnel contre les clauses abusives. Cependant, s'il n'existait pas de protection spécifique, d'autres instruments ou notions préexistants ont pu être utilisés lorsque leur champ d'application n'était pas défini avec suffisamment de rigueur. Ainsi le droit de la concurrence, par le biais de dispositions relatives aux pratiques déloyales et à l'abus de position dominante, a été fort utile pour la protection de la partie faible. Le droit commun n'est pas

<sup>207</sup> Selon le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu : « les *instruments juridiques* sont les textes et actes juridiques ; termes génériques (en faveur dans les relations internationales) englobant l'ensemble des actes (*lato sensu*) dotés d'une valeur obligatoire (dispositions législatives, contrats, actes juridiques unilatéraux) ». G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (Association Henri Capitant), Paris, PUF, coll. « Quadrige », 11<sup>e</sup> éd. 2016, p. 559.

<sup>208</sup> V. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, chron., 1961, p. 91 ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation, Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 279 ; F. Pollaud-Dullian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Y. Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925 ; F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD. civ.*, 1993, p. 59.

<sup>209</sup> N. Balat, *Essai sur le droit commun*, Thèse, Paris, LGDJ, 2016, p. 13.



demeuré en reste : malgré son postulat d'égalité, le droit commun a été souvent utilisé pour lutter contre les déséquilibres. Il se fondait sur la recherche du rétablissement d'une commutativité subjective<sup>210</sup>. En d'autres termes, il existait une préoccupation du droit pour un contrat juste comme en témoigne notamment le mouvement du « solidarisme contractuel » imposant loyauté et solidarité entre les cocontractants<sup>211</sup>. Dès lors, on constate l'utilisation des notions de bonne foi ou encore de cause pour protéger l'ensemble des contractants, professionnels ou non. Mais ces solutions ne constituaient qu'un palliatif très insuffisant à l'inégalité pouvant exister entre professionnel.

158. Comme nous l'avons vu dans le titre I, la relation entre professionnel et consommateur est *naturellement* « structurellement déséquilibrée »<sup>212</sup> alors que la relation entre professionnels peut être *ponctuellement* déséquilibrée<sup>213</sup>. Qu'ils soient dissimulés, apparents ou involontaires, ces déséquilibres ne peuvent être ignorés, dans la mesure où leurs conséquences sont concrètes et significatives. Les réformes du Code civil brésilien en 2002 et du Code civil français en 2016 montrent une certaine prise de conscience de ce déséquilibre ponctuel. Cependant, la réforme française, survenue quatorze ans après la réforme brésilienne, contient des dispositions plus spécifiques sur cette question. Nous examinerons donc ici comment les droits communs brésilien et français non réformés palliaient l'absence de protection spécifique du professionnel contre les clauses abusives ; puis comment les deux réformes du droit commun ont permis d'introduire une protection particulière mais relative des professionnels contre les clauses abusives.

159. Aussi convient-il de mettre en rapport l'absence de protection avant les réformes (section I) avec l'émergence d'une protection après les réformes (section II).

## Section I. L'absence de protection avant les réformes

---

<sup>210</sup> F. Chénéde, *Les commutations en droit privé*, Paris, Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2008, p. 260.

<sup>211</sup> D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges F. Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603.

<sup>212</sup> V. T. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217 ; T. Revet, F. Zenati-Castaing, *Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1<sup>re</sup> éd, 2014.

<sup>213</sup> Selon Biolay, il existe une certaine forme de lutte des classes dans les rapports entre producteurs et commerçants. V. J.-J. Biolay, « Du principe de discrimination dans les relations commerciales en droit français et communautaire », *Gaz. Pal.*, 1982, 1 doct. p. 24 (cité par M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, p. 782.).

160. Le droit commun, au Brésil et en France, propose un certain nombre d'outils pour protéger les professionnels pendant la formation du contrat, moment où sont vérifiées les conditions formelles permettant d'analyser la validité des clauses contractuelles. Avant d'entrer dans les détails de ces instruments, il importe de préciser qu'au Brésil comme en France, les conditions contractuelles ne sont pas forcément discutées au moment de la signature du contrat. Les professionnels ont tendance à ne pas négocier les conditions qui leur sont présentées, voire à proposer des contrats comportant des clauses nombreuses et complexes dont le contractant professionnel moyen est incapable d'apprécier la portée.

161. Le Code civil français prévoit dans son ancien article 1134<sup>214</sup> (nouvel article 1103<sup>215</sup>) que les contrats doivent être *légalement formés* et donc respecter les conditions prévues à l'article 1108<sup>216</sup> (nouvel article 1128)<sup>217</sup>.

162. Au Brésil, l'ancien article 82 (nouvel article 104<sup>218</sup>) du Code civil de 1916 exigeait, pour que le contrat soit valide, que l'agent ait la capacité juridique, que l'objet soit licite et que la forme ne soit pas interdite par la loi. Le consentement ne fait donc pas partie des conditions de validité mais constitue cependant un défaut du contrat pouvant entraîner la nullité. Ainsi sommes-nous partis du principe que « contracter c'est vouloir »<sup>219</sup> et que l'accord des volontés était l'exigence ultime de la formation de n'importe quel genre de contrat. Mais que faire lorsque cet accord de volonté se trouve vicié dès la formation du contrat par un abus de l'une des parties ou atteint pendant son exécution par un changement de circonstances ? Le

<sup>214</sup> Selon l'ancien article 1134 du Code civil français : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

<sup>215</sup> Article 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>216</sup> L'ancien article 1108 du Code civil français prévoyait comme conditions essentielles pour la validité d'une convention « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». Sur la réforme du droit des contrats selon M. Denis Mazeaud : « On ne peut ainsi que se féliciter de ce que le projet prévoit d'intégrer dans le code un corps de dispositions relatives à la formation du contrat, dont il est aujourd'hui dépourvu. Pour l'essentiel, ce sont les règles que la Cour de cassation a créées depuis plusieurs décennies à propos de la négociation, de l'obligation d'information, de l'offre, de l'acceptation et de la date de formation du contrat, qui acquerront demain droit de cité dans le code civil. L'alchimie qui transforme une rencontre de volontés en un lien contractuel obligatoire sera donc désormais précisément décrite dans le code, de même que toutes les règles qui l'encadrent, ce dont on peut se réjouir quand on sait le contentieux que suscite cette phase du processus contractuel ». D. Mazeaud, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *Recueil Dalloz*, n° 5, 2014, p. 291. V. aussi sur la réforme : P. Dupichot, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Droit et patrimoine*, n° 247, 1<sup>er</sup> mai 2015.

<sup>217</sup> Article 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

<sup>218</sup> Selon l'article 104 du Code civil brésilien de 2002 : « la validité de l'acte juridique (*negocio juridico*) requiert : I- un agent ayant la capacité juridique ; II- un objet licite, possible et déterminé ou déterminable ; III- une forme prescrite ou non prohibée par la loi ».

<sup>219</sup> V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit, civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 13<sup>e</sup> éd., 2011, n° 196.

professionnel, comme tout contractant, pourra tenter de sortir du contrat (§1) ou de demander un rééquilibrage du contrat (§2).

### §1. Les palliatifs pour sortir du contrat

163. La notion même de vice du consentement nous met face à une difficulté. Le droit français reconnaît en effet trois vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence. Le droit brésilien envisage, quant à lui, cinq vices – aux articles 138 à 157 du Code civil de 2002 – : l'erreur, le dol, la contrainte, l'état de danger et la lésion. En réalité, l'acception française du vice de violence recouvre ce que le droit brésilien qualifie de contrainte et d'état de danger. Il est donc essentiel d'étudier la protection contre la violence, au sens large (A), et contre la lésion (B).

#### A. La violence contractuelle

164. Le consentement libre constitue en France comme au Brésil une exigence pour la validité des contrats (1). Cette exigence a dû cependant évoluer afin de prendre en compte une situation nouvelle : la contrainte économique (2).

##### 1. L'exigence du consentement libre

165. La formation du contrat présuppose une volonté libre et éclairée de s'engager<sup>220</sup>. L'homme est libre et autonome dans ces choix, cette « rencontre de volontés fait naître une volonté nouvelle ». L'individu libre peut donc, *a priori*, choisir son partenaire contractuel et le contenu de son contrat. Étudier le consentement est important dans la mesure où, dans un contrat entre professionnels, le consentement est aussi une condition de validité du contrat.

166. Le Code civil français de 1804 ne définissait pas le consentement et la réforme du droit des obligations n'a pas comblé cette lacune. C'est la doctrine qui le fait, en expliquant que le mot « consentement » peut être envisagé selon deux acceptions : il désigne d'abord la volonté individuelle, avec « l'échange de consentements », mais aussi « l'accord, le concours de deux volontés »<sup>221</sup>. La protection du consentement est traditionnellement assurée, en droit français comme en droit brésilien, par le jeu des vices du consentement.

<sup>220</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 97 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 1993, n° 476.

<sup>221</sup> V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 119 ; M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ*, 1995, p. 573 *sq.* ; P. Chauvel, *Consentement*, Rép. civ. juin 1995.

167. Lorsque le consentement est libre et éclairé, le contrat est valablement formé. Toutefois, il existe des situations où les contrats peuvent être imposés, par exemple les contrats entre l'administration et les consommateurs au Brésil (contrats de fourniture d'énergie) ou les contrats d'assurance en France. Dans d'autres cas, les contractants ne sont pas totalement libres de choisir leurs partenaires contractuels ou, même s'ils le sont, ils n'ont pas la possibilité de négocier les clauses contractuelles.

168. L'impossibilité de négocier les conditions contractuelles est conditionnée en première ligne par la « rationalité économique de l'agent ». Mais le contractant peut aussi adhérer aux conditions pré-rédigées, moins par infériorité économique ou psychologique que pour éviter les coûts de transaction qu'il devrait assumer s'il voulait s'assurer d'un exercice effectif et entier de la liberté de déterminer le contenu de la convention. L'absence de négociation profite au prestataire qui, connaissant cet état de fait, se décharge des risques du contrat sur l'adhérent. Cela lui permet d'offrir son produit à un meilleur prix que ses concurrents<sup>222</sup>.

169. Le droit commun, par le jeu des vices de consentement, donne donc des outils pour remédier à cette absence de négociation. Mais cela n'est pas toujours suffisant et c'est pour cela qu'il est nécessaire d'amplifier cette protection.

## 2. L'apparition de la contrainte économique

170. Si la contrainte économique s'est imposée dans le système juridique, force est de constater que ses ambiguïtés, en France (a), ou son objectivisation, au Brésil (b), ont fortement limité la protection des professionnels en la matière.

### a) Les ambiguïtés de la violence économique en France

171. Le vice de violence, classique, est fort heureusement le vice le moins répandu dans la pratique. Ses limites ont par ailleurs très vite été perçues à travers la prise en compte des situations délicates dans lesquelles une partie a pu sentir une pression à la source de son engagement. Tel fut le cas en matière de sauvetage maritime avec la loi de 1916, aujourd'hui codifiée à l'article L. 5132-6 du Code des transports : « Un contrat ou certaines de ses clauses peuvent être annulés ou modifiés, si le contrat a été conclu sous une pression abusive ou sous

---

<sup>222</sup> F.-X. Licari, « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses “déraisonnables” ou “abusives” dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes », *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 681.

l'influence du danger et que ses clauses ne sont pas équitables ». La violence apparaît ici sous les traits de l'état de nécessité ; elle est moins personnelle que contextuelle, dans le sens où des menaces concrètes sont moins importantes que la situation, presque de détresse, dans laquelle se trouve le contractant.

172. Après quelques arrêts isolés<sup>223</sup> et battus en brèche par des arrêts contradictoires<sup>224</sup>, la Cour de cassation française a admis une nouvelle acception du vice de violence. Tout d'abord, elle a considéré que « la contrainte économique se rattachait à la violence et non à la lésion »<sup>225</sup>. En ce sens, la seule contrainte économique est, en elle-même, insuffisante à justifier la nullité, la réduction ou l'allocation de dommages-intérêts. En l'espèce, un concédant et un concessionnaire renouvelaient un contrat à durée déterminée. Le concessionnaire a prétendu que ce contrat lui avait été imposé par abus de puissance économique contraignante. Dans cette affaire, un arrêt a finalement été cassé pour n'avoir pas précisé en quoi les agissements du concédant étaient illégitimes.

173. La contrainte économique qui résulte notamment d'une situation de dépendance ne peut être assimilée au vice de violence, du moins tant que l'on ne peut qualifier cette contrainte d'illégitime. L'illégitimité résulte précisément de l'abus de situation dominante, lequel se traduit par des conditions déséquilibrées, anormalement onéreuses. C'est la solution de principe qui fut posée par l'arrêt de la chambre commerciale du 3 avril 2002 : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence un consentement »<sup>226</sup>. Cette décision confirme la condition d'exploitation *abusive* de la situation.

174. Cette décision pourrait se comprendre comme l'admission d'un nouvel instrument de lutte contre les abus de puissance économique. Mais en exigeant une exploitation abusive en

<sup>223</sup> Cass., soc., 5 juill. 1965, Bull. civ. 1665, IV, n° 545 ; Cass., soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233 ; Bull. civ. 1973, V, n° 541, Contra CA Pau, 24 mai 1983 : RTD civ. 1984, p. 708, obs. J. Mestre.

<sup>224</sup> Cass., com., 20 mai 1980, n° 78-10.833, Bull. civ. 1980, IV, n° 212 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n° 66 ; M. Mignot, *Droit des sûretés*, Paris Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 200 : Cassation d'un arrêt qui avait annulé pour violence des engagements souscrits par un distributeur pour échapper au mal considérable que représentait le risque de fermeture de son établissement.

<sup>225</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169 ; D. 2000, p. 879, note Chazal ; D. 2001, p. 1140, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2001, II, 10461, note Loiseau ; JCP E 2001, p. 571, note Secnazi ; Defrénois 2000, p. 1124, obs. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. 142, obs. Leveneur ; LPA 22 nov. 2000, note Szames ; RTD civ. 2000, p. 827, obs. Mestre et Fages ; ibid. p. 863, obs. Gautier ; note J.-P. Chazal, *Dr. et patrimoine*, 2000, chron. n° 2652.

<sup>226</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, *Rec. D.* 2002. 1860, note J.-P. Gridel, D. 2002. 1862, note J.-P. Chazal, D. 2002, somm. 2844, obs. D. Mazeaud, *RTDciv.* 2002. 502, obs. J. Mestre, *Defr.* 2002, art. 37607, no 65, obs. E. Savaux ; G. Loiseau, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patr.*, 2002, p. 26, cassant CA Paris, 12 janv. 2000, *JCP* 2000, II. 10433, note Ph. Pierre, *D.* 2001. 2067, note Fadeuilhe.

plus d'une situation de dépendance économique, la Cour replace en réalité la violence dite « économique » dans le giron de la violence classique. En effet, dans l'arrêt de 2002 précité, la Cour refuse l'annulation du contrat de cession de droits d'auteur : elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir constaté que, lors de la cession, une salariée était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l'employeur avait utilisé cette situation pour la convaincre. En d'autres termes, le statut salarial est insuffisant. Il aurait fallu montrer que l'employeur avait exploité cette situation pour faire pression sur la salariée, autrement dit qu'elle était menacée. La Cour privilégie donc dans une conception classique de la violence : le vice doit provenir d'un fait personnel précis. Cela explique que la jurisprudence postérieure ne retient quasiment jamais l'existence d'un vice de violence économique<sup>227</sup>. On peut certes mentionner l'arrêt de la première chambre civile du 4 février 2015<sup>228</sup>, mais il existait en l'espèce une situation de chantage, et le vice classique de violence aurait à lui seul suffi à faire annuler le contrat sans avoir à passer par la violence économique.

Si l'article 1143 du Code civil consacre aujourd'hui la violence économique dans le droit français cela n'a pas été sans changements et hésitations. La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations donne une nouvelle rédaction à cet article : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Comme déjà souligné, l'état de dépendance n'est pas limité à une dépendance économique<sup>229</sup>. La dépendance peut aussi être affective, psychologique<sup>230</sup>, etc. La violence sera donc caractérisée en présence d'un état de dépendance, mais s'il y a un abus de cet état et un avantage manifestement excessif qui en découle<sup>231</sup>. Néanmoins, la loi de ratification l'a malheureusement restreinte à la seule dépendance envers le cocontractant et non vis-à-vis d'un tiers. Ainsi, l'innovation apportée par l'ordonnance de 2016 et quelque peu et « malheureusement » changée par la loi de ratification du 20 avril 2018 reste finalement dans

<sup>227</sup> Cass., com., 3 oct. 2006, n° 04-13987, Inédit. *Revue Lamy droit des affaires*, n° 11, 1<sup>er</sup> déc. 2006 ; Com., 9 oct. 2007, n° 06-16744, non publié, *RLDC*, juin. 2015, n° 132 ; Com., 16 oct 2007, n° 05-19069, *RJDA* 2008, n° 343 ; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 18 fév. 2015.

<sup>228</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 fév. 2015, n° 14-10.920, Inédit, E. Savaux, *Revue des contrats*, sept. 2015, n° 03, p. 445 ; note G. Loiseau ; D. 2016, p. 566, obs. M. Mekki.

<sup>229</sup> Selon le rapport au président de la République : « Toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles ». Voir *supra* n. 94.

<sup>230</sup> Cass., 3<sup>e</sup> civ., 4 mai 2016, n° 15-12.454, D. 2017. 375 obs. M. Mekki ; *AJDI* 2016. 539.

<sup>231</sup> Ces deux conditions étaient déjà présentes dans la jurisprudence française : note 202, Bertrand Fages.

les contours qui avaient déjà été tracés par la jurisprudence antérieure. Ainsi, le législateur a apporté une restriction à l'abus de dépendance que nous ne pouvons que regretter. Comme l'a justement signalé M. Denis Mazeaud, on constate « un peu plus de sécurité juridique et toujours moins de justice contractuelle »<sup>232</sup>. Ainsi, la dépendance à l'égard d'un tiers ne pourra, à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2018, donner lieu à la nullité du contrat. De sorte que la nullité ne sera pas encourue si, par exemple, la société mère dans un groupe de sociétés abuse de l'état de dépendance d'un cocontractant à l'égard d'une de ses filiales<sup>233</sup>.

#### b) L'objectivisation de la contrainte économique au Brésil

175. Au Brésil, la notion de violence correspondait avant la réforme de 2002 à l'hypothèse de la contrainte<sup>234</sup>. La contrainte morale et l'abus d'ignorance résultent du comportement d'une partie qui profite de l'infériorité de l'autre. La contrainte morale – ou « l'abus d'une situation », désignation que préfèrent certains auteurs –, est constituée quand l'un des contractants exerce une pression sur la volonté de l'autre contractant dans le but d'obtenir son consentement. La présence de cet élément dans un contrat permet son annulation parce que cela montre l'existence d'un vice du consentement.

176. La même logique est au fondement de la sanction infligée au contractant qui profite de l'ignorance de l'autre pour obtenir des avantages contractuels. Les contrats de consommation qui présentent ce type de vice sont légion : le consommateur, par ignorance de l'information, conclut un contrat clairement désavantageux pour lui. L'ignorance est naturellement une situation subjective, qui varie selon chaque individu et les connaissances dont il dispose. Cependant, la qualification de « consommateur » a entraîné une qualification objective : la jurisprudence ne cherche pas au cas par cas si le consommateur ignorait l'information mais le considère systématiquement comme ignorant du fait de son statut de consommateur. Cela revient à poser une présomption de faiblesse du consommateur dans les contrats de consommation. Le professionnel a souffert de cette objectivisation de la contrainte, puisque les juges le considèrent automatiquement, à de rares exceptions près, comme disposant des informations nécessaires et l'excluent dès lors de la protection garantie par ce vice du consentement. D'où la nécessité de créer une nouvelle solution, un nouveau concept, afin de

<sup>232</sup> D. Mazeaud, Quelques mots sur la réforme du droit des contrats, D. 2018. 912, n° 15.

<sup>233</sup> Pour une critique à cette restriction v. aussi : L. Andreu, N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 3<sup>e</sup> ed. 2018-2019, pp. 157-158, n° 381; M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D., 2018. 900, n° 29.

<sup>234</sup> Articles 98 à 101 de l'ancien Code civil brésilien.

protéger non seulement les contrats de consommation, mais également les contrats entre professionnels.

## B. La lésion qualifiée

177. Le mécanisme de la lésion suscitait, avant la réforme du Code civil brésilien<sup>235</sup>, une réaction identique en France et au Brésil : la méfiance. C'est pourquoi, les droits français (1) et brésilien (2) n'admettent la lésion qu'à titre d'exception.

### 1. La méfiance française à l'égard de la lésion

178. Malgré certaines propositions, notamment l'avant-projet Terré, la lésion qualifiée n'est pas retenue en principe par le droit français<sup>236</sup>. Pourtant, et afin de lutter contre les déséquilibres contractuels en France, J.-P. Chazal propose de recourir au concept de lésion qualifiée. La lésion, dont le Code civil français précise qu'elle « ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes » (ancien article 1118)<sup>237</sup>, n'a jamais été consacrée en tant que mécanisme général permettant d'assurer l'équilibre du contrat en raison, non seulement du caractère restrictif que le Code civil français confère à son champ d'application, mais également des risques que présenterait une telle reconnaissance au regard de la sécurité des transactions.

179. La jurisprudence française, qui s'est développée à propos de la réduction des honoraires des mandataires, agents d'affaires ou professions libérales – lorsque ceux-ci

<sup>235</sup> Le Code civil de 2002 finira par ériger la lésion en un véritable vice du consentement à l'article 157 : « il y a lésion lorsqu'une personne, en cas de besoin immédiat, ou par inexpérience, s'oblige à une prestation manifestement disproportionnée par rapport à la valeur de la contreprestation »

<sup>236</sup> Article 66, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'avant-projet Terré : « Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat ». Ainsi, selon M. D. Mazeaud, « en intégrant la lésion qualifiée dans le futur droit français des contrats, l'«Avant-projet Terré» fait sensation. D'une part, parce qu'il aligne ainsi notre droit national sur beaucoup de législations européennes et imite tous les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats [...] D'autre part, parce qu'en européenisant le droit français sur ce point précis, l'«Avant-projet Terré» renforce très sensiblement le poids de la justice contractuelle en protégeant les contractants faibles et dominés contre les déséquilibres économiques excessifs » (D. Mazeaud, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », *loc. cit.*)

<sup>237</sup> L'ancien article 1118 du Code civil français disposait : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ». Cet article a été remplacé par l'article 1168, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, qui énonce : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».



apparaissent disproportionnés par rapport aux prestations et services fournis<sup>238</sup> – montre cependant qu’il est concevable d’élargir, au moins implicitement, le domaine de la lésion. Un auteur<sup>239</sup> propose d’aller plus loin avec l’extension du champ d’application de la lésion aux contrats conclus entre « personnes présentant un déséquilibre manifeste et systématique de puissance économique ». Selon M. Chazal, la mise en œuvre de la sanction est subordonnée au constat d’un abus de puissance économique, c’est-à-dire à l’existence d’un déséquilibre économique entre les droits et obligations réciproques. Il voit donc dans le concept de « lésion qualifiée » le « fondement le plus satisfaisant pour sanctionner les abus de puissance économique lorsqu’ils sont la cause directe de déséquilibres contractuels significatifs ». L’imprévision ne serait qu’une application de l’idée de lésion au moment de l’exécution<sup>240</sup>.

180. Dans la même perspective, M. Cabrillac affirme que « l’un des enseignements de la pratique commerciale actuelle est sans doute de montrer que la justice contractuelle ne se satisfait pas tant qu’elle exige avec plus d’acuité un certain équilibre des risques assumés. L’exigence explique que, pour la justice contractuelle, l’heure de la vérité se situe moins lors de la formation du contrat que lors de son dénouement, normal ou accidentel, moment où les risques se réalisent »<sup>241</sup>.

## 2. La méfiance brésilienne à l’égard de la lésion

181. La lésion n’existait pas non plus dans le Code civil brésilien de 1916<sup>242</sup>, ce fut une innovation du Code civil de 2002. Le Code du commerce de 1850 avait déjà aboli dans ce pays l’application de l’institution de la lésion dans les contrats conclus entre professionnels, sous la justification que la recherche du gain, même exagérée, ainsi que la spéculation, font partie de la nature même de ces contrats. La lésion était cependant prévue dans d’autres lois spéciales telle la loi sur la protection de l’économie populaire<sup>243</sup>, mais aussi le Code de la consommation qui, en prévoyant la nullité des clauses abusives, a sans doute institué la répression de la lésion dans le contrat de consommation. Malheureusement, ces exceptions ne concernent pas le contrat

<sup>238</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 16 janvier 1980, *D.* 1980, inf. rap., 308 ; 21 décembre 1981, *Bull. civ.* I, no 450 ; 3 juin 1986, *JCP.* 1987. II. 20791, note Viandier ; 19 mai 1987, *D.* 1987, inf. rap., 135 ; Cass. com., 29 mars 1994, *D.* 1994, 611, note Gavalda ; 3 mars 1998, *Dalloz Affaires* 1998, p. 576.

<sup>239</sup> J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle (à propos de l’arrêt Chronopost) », *JCP.* 1998. I. 152, n° 12.

<sup>240</sup> J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle (à propos de l’arrêt Chronopost), *ibidem*

<sup>241</sup> M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 238.

<sup>242</sup> V. T. Negreiros, *Teoria do contrato : novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 178.

<sup>243</sup> Loi n° 1.521 du 26 septembre 1951.

conclu entre professionnels. Ces derniers se trouvaient donc privés de toute protection sur ce point<sup>244</sup>.

## §2. Les palliatifs pour rééquilibrer le contrat

182. Face à cette absence d'instruments spécifiques de protection des professionnels contre les clauses abusives, les jurisprudences française et brésilienne utilisent des instruments présents dans chaque ordre juridique et capables de promouvoir un moyen de protection des professionnels considérés comme égaux dans une relation contractuelle. Au Brésil, la définition même de clause abusive est directement liée à la notion de bonne foi. En droit français, la jurisprudence a déjà utilisé la notion de bonne foi dans les contrats de dépendance, par exemple, pour réputer non écrite une clause créant un déséquilibre entre professionnels. On analysera donc les instruments palliatifs du droit commun français et brésilien pour rééquilibrer le contrat.

183. Les deux pays ont recours à la bonne foi (A) et la France fait appel de surcroît à un concept phare de son droit : la cause (B).

### A. Le recours à la bonne foi

184. Le dogme de la liberté contractuelle et le principe du consensualisme supposent que les parties soient en position d'égalité. Le droit commun des contrats refuse donc en principe de sanctionner les déséquilibres économiques. Sur le terrain de l'exécution du contrat, les droits civils français (1) et brésilien (2) ont conféré, même avant leur réforme respective, un rôle prépondérant à la volonté des parties. Cependant une intervention peut être nécessaire pour régler certaines clauses insérées dans les contrats, afin d'empêcher une utilisation abusive par l'un des contractants au détriment de son partenaire (professionnel ou consommateur).

### 1. La bonne foi en droit français

---

<sup>244</sup> Aux termes de l'article 157 du nouveau Code civil de 2002, « il y a lésion lorsqu'une personne, en cas de besoin immédiat, ou par inexpérience, s'oblige à une prestation manifestement disproportionnée par rapport à la valeur de la contreprestation ». Ainsi la lésion est dite « qualifiée » : la disproportion est *manifeste* et résulte de l'*infériorité* d'une partie, liée soit à son état de nécessité soit à son état d'ignorance. Ce sont donc les notions issues à la fois du droit économique et du droit civil qui sont à l'origine de la notion de lésion. Ainsi la notion de dépendance économique a une grande influence dans les différentes relations contractuelles entre des parties inégales, et de puissance économique différente. Cela peut être la cause des exploitations opportunistes qui devront faire l'objet d'études et de censure, non seulement dans le contexte contractuel, mais aussi au niveau concurrentiel. V. A. Becker, *Teoria geral da lesão nos contratos*, São Paulo, Saraiva, 2000.

185. Le principe de bonne foi a progressivement gagné en visibilité formelle dans le Code civil français (a), ce dernier consacrant l'utilisation croissante de ce principe par la jurisprudence (b).

a) La montée en puissance de la bonne foi dans le Code civil français

186. Dans l'arsenal du droit commun français, l'exigence de loyauté contractuelle est la première arme potentielle de protection des professionnels contre les clauses abusives. La notion de bonne foi impose, selon M. Denis Mazeaud, « des devoirs de coopération et d'abnégation »<sup>245</sup>. Pour M. Picod, il est cependant préférable de « recourir au concept de *devoir de loyauté*, plus précis, que d'utiliser la notion polysémique de *bonne foi* »<sup>246</sup>.

187. En effet, la notion de bonne foi a parcouru en France un long chemin avant d'être « acceptée » dans la pratique ; certains des auteurs français restant d'ailleurs très réticents<sup>247</sup> à son adoption. C'est n'est qu'avec l'influence du solidarisme que la bonne foi jouera finalement un rôle très important. Voie de passage de la règle morale dans les obligations civiles<sup>248</sup>, la bonne foi est donc passée dans le système juridique français du statut de prévision accessoire à celui de notion prééminente et renaissante<sup>249</sup>.

188. La bonne foi antérieurement prévue à l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil français désignait seulement, dans le Code de 1804, « un système de conventions basé, non plus sur l'observance rigoureuse de formes déterminées, mais surtout sur le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance, en un mot, sur des éléments spirituels et moraux »<sup>250</sup>. Selon l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil français, les conventions légalement formées « doivent être exécutées de bonne foi ».

189. Après une résistance française contestable, l'époque contemporaine révèle un certain retour de la bonne foi telle qu'elle était auparavant définie par l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code Napoléon. Cette notion, longtemps délaissée par les tribunaux français,

<sup>245</sup> D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 603.

<sup>246</sup> Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse, Dijon, (Préface de G. Couturier), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 208, 1989, n° 6, p. 13.

<sup>247</sup> V. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé, Mélanges P. Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 247sq.

<sup>248</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 4<sup>e</sup> éd. (1949) 2000, n° 65.

<sup>249</sup> V. D. Cohen, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 517 sq.

<sup>250</sup> F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Thèse, Paris, Dalloz, 1910, p. 10.

suppose un comportement loyal dans l'exécution de ses obligations. Avec la réforme du droit des obligations, cette figure, oubliée dans le Code 1804 mais présente dans la vie quotidienne, a gagné encore plus de place<sup>251</sup>. Comme le soulignait jadis un auteur, « les juristes, à leur tour, redécouvrent aujourd'hui l'importance de ce principe de la confiance légitime, qui est le socle sur lequel prend appui la promesse, elle-même instrument normatif de maîtrise du futur »<sup>252</sup>. La bonne foi sort de l'oubli pour permettre d'accroître la protection des contractants.

b) L'utilisation grandissante de la bonne foi par la jurisprudence

190. La bonne foi est de plus en plus souvent requise dans la mise en œuvre des sanctions contractuelles ; la jurisprudence française en fait notamment application pour limiter le jeu des clauses résolutoires<sup>253</sup>. En recourant à la notion de bonne foi, les juges français procèdent souvent à une analyse utilitaire du contrat, décidant que celui-ci doit procurer aux cocontractants la contrepartie initialement prévue ; cela peut conduire, comme nous le verrons ultérieurement, à une obligation d'adaptation ou de renégociation du contrat à la charge du contractant dominant. Face au refus par le droit français de la révision pour imprévision, les contractants, connaissant ce refus, peuvent choisir d'intégrer des clauses encadrant le plus favorablement à leurs intérêts le risque d'imprévision.

191. La Cour de cassation avait cependant manifesté une certaine volonté de tempérer cette solution, notamment dans les relations de dépendance entre professionnels. Deux arrêts de la chambre commerciale, du 3 novembre 1992 (arrêt dit « Huard »)<sup>254</sup> et du 24 novembre 1998 (arrêt dit « Chevassus-Marche »)<sup>255</sup> montrent que la Cour de cassation avait dégagé sur le fondement de la bonne foi une obligation de renégociation de contrat en cas d'imprévision dont

<sup>251</sup> Présente désormais à l'article 1104 nouveau du Code civil français : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public », la bonne foi gagne en importance sur trois tableaux : tout d'abord elle sort du cadre de l'exécution des contrats pour atteindre le stade des négociations et de la formation. Ensuite, l'alinéa 2 précise qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public. Enfin, elle se situe désormais dans les dispositions liminaires, sortes de « principes généraux » inavoués de la réforme des contrats. Ce nouveau statut est confirmé par l'article premier du *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, qui énonce les visées de cette réforme, dont l'affirmation des « principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ». On notera que la bonne foi est nommée avant la liberté contractuelle. V. G. Chantepie, M. Latina, « La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », *D.*, 2016, p. 93 *sq.*

<sup>252</sup> F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 174.

<sup>253</sup> V. Y. Picod, « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP*, 1990. I. 3447.

<sup>254</sup> Cass., com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Arrêt *Huard*, *Bull. civ.* IV, n° 338. Note G. Virassamy, *RTD Civ.*, 1993, 124, obs. J. Mestre, « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *RTDCiv.*, 1993, p. 124.

<sup>255</sup> Arrêt Chevassus-Marche : Cass., com., 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n°277, *JCP*, 1999, I, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *Defrénois*, 36953, p. 371, obs. D. Mazeaud, *Contr. conc. consom.* 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD Civ.*, 1999, p. 98, obs. J. Mestre.

l'inexécution est de nature à entraîner une indemnisation. Par ailleurs, et en usant cette fois de la cause, la Cour de cassation a semblé admettre la caducité du contrat en cas de disparition de la cause suite à une situation d'imprévision<sup>256</sup>. Autrement dit, s'il existe un déséquilibre contractuel issu d'un changement de circonstances, alors le contractant peut se soustraire à ses obligations. Ces décisions sont à mettre en parallèle avec les règles non-contraignantes du droit européen des contrats, notamment la renégociation du contrat en cas d'imprévision<sup>257</sup>.

192. Les jurisprudences *Huard* et *Chevassus-Marche* ne s'appliquent que dans l'hypothèse d'un contrat de dépendance entre professionnels dont l'archétype est le contrat de distribution : c'est dans ce type de relation que l'on peut particulièrement voir un professionnel dominé par un autre.

193. Certains auteurs français prônent une utilisation plus large de la bonne foi et souhaitent en faire un instrument de lutte contre les situations d'injustice ou d'inégalité<sup>258</sup>. Le souci de protéger la partie la plus faible devrait conduire, selon eux, à ériger la bonne foi en condition de formation des contrats. À cet égard, il convient de rappeler qu'alors même que l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil français ne concernait que l'exécution des contrats, la jurisprudence affirmait déjà l'exigence de bonne foi précontractuelle et sanctionnait par ce moyen les abus liés à l'état d'infériorité économique du cocontractant<sup>259</sup>. F.- X. Testu se montre favorable à l'application de cette jurisprudence à des contrats conclus entre professionnels de même qualité, estimant que ce serait « un retour salutaire de l'idée que, de même que l'égalité doit être l'âme de tous les contrats, la bonne foi est l'âme du commerce »<sup>260</sup>.

194. À ce sujet, le nouvel article L. 441-8 du Code du commerce énonce que les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente de certains produits « dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la

<sup>256</sup> Cass., com, 29 juin 2010, n° 09-67.369, RDC 2011/1, obs. E. Savaux, p. 34 ; D. 2010. 2481, note Mazeaud ; 2485, note Th. Genicon ; JCP G 2010, n° 1056, note Favario ; ibid. 2011, n° 63, obs. Ghestin ; RTD civ. 2010, 782, obs. Fages ; LPA 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. Choné ; Dr. et patrimoine 2011, n° 200, 68, obs. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 2011, n° 12-13, p. 21, obs. Houtcieff ; Defrénois 2011, n° 8, p. 811, obs. Seube.

<sup>257</sup> D. Mazeaud, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in D. Mazeaud, G. Mash et al., *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, GPR, 2009, pp. 29-51.

<sup>258</sup> Par exemple F.-X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP*, 1993. I. 3673, n° 36 à 41.

<sup>259</sup> À titre d'exemple : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP*. 1989. II. 21363, note Legeais ; CA Versailles, 18 mai 1988, *Defrénois*, 1988, 1142, note Aubert ; 23 octobre 1992, *D.* 1993, inf. rap., 19.

<sup>260</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP*. 1989. II. 21363, note Legeais ; CA Versailles, 18 mai 1988, *Defrénois*, 1988, 1142, note Aubert ; 23 octobre 1992, *D.* 1993, inf. rap., 19.

baisse ». Cette renégociation doit, aux termes de l'alinéa 3, être « conduite de bonne foi dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires ». L'obligation de renégocier le contrat est donc rattachée à la bonne foi.

195. En France, au contraire du Brésil, la jurisprudence et la doctrine ont su consciemment éviter que la bonne foi n'exerce un rôle de « machines à faire sauter le droit »<sup>261</sup>. Ainsi, selon la jurisprudence française, le droit de réaliser une bonne affaire n'est pas interdit : le silence de l'acquéreur professionnel ne constituant pas un manque de loyauté<sup>262</sup>, le concédant n'est pas tenu à une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion<sup>263</sup>, etc.

196. Toutefois, il est nécessaire de trouver un équilibre et une cohérence dans l'utilisation de la bonne foi. La jurisprudence avait déjà reconnu que la bonne foi jouait un rôle important à toutes les étapes du contrat ; lors de sa négociation<sup>264</sup>, formation, exécution, extinction<sup>265</sup>.

## 2. La théorie de la bonne foi en droit brésilien

197. Au Brésil, la bonne foi est reine dans le système juridique<sup>266</sup>. Il importe néanmoins

<sup>261</sup> G. Ripert et M. Teisseire, « Essai d'une théorie française de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD. Civ.*, 1904, pp. 727 *sq.*

<sup>262</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 janv. 2007, 06-10.442, Bull. civ. 2007, III, n° 5 : la troisième chambre civile casse l'arrêt au motif qu'« en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». V. D. Mazeaud, « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1051. Cette jurisprudence étant la confirmation de la jurisprudence *Baldus*, voir : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2000, *D.* 2002. Somm. 928, obs. Tournafond ; *RTD Civ.*, 2000. 566, obs. Mestre et Fages ; CCC 2000, comm. n° 140, obs. Leveneur ; 2000. I. 272, obs. Loiseau et II. 10510, obs. Jamin ; *Defrénois*, 2000. 1110, obs. Delebecque et Mazeaud ; *LPA*, 5 déc. 2000, 14, note Fromion-Hébrard.

<sup>263</sup> Cass., com., 6 mai 2002, 99-14.093, V. D. Mazeaud, « Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat (Solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière !) » *D.*, 2002, p. 2842 ; *JCP G* 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; *JCP E* 2003, 66, p. 79, note A. Sonet ; *LPA* 7 mars 2003, n° 48, p. 20, note C. Diloy ; *LPA* 3 juill. 2003, n° 132, p. 29, note N. Matthey ; J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : *JCP E* 2002, *CDE* 2002, n° 5, p. 19 s.

<sup>264</sup> Cass., com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949, *JCP G* 2004, I, 163, n° 18 s., obs. G. Viney ; *JCP E* 2004, p. 738, note Ph. Stoffel-Munck ; Bull. civ. IV, n° 186 ; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; N. Matthey, « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers », *Revue des sociétés*, 2004, p. 325 ; *Droit et Patrimoine*, mars 2004, p. 103, obs. D. Poracchia ; *JCP, E* 2004, I, 601, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker ; *Revue Lamy Droit civil (RLDC)* 2004, n° 2, obs. S. Doireau.

<sup>265</sup> La réforme du droit des obligations vient confirmer cette extension conférée par la jurisprudence, désormais prévue dans le nouvel article 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». Il s'agit, comme l'énonce l'article, d'une disposition d'ordre public.

<sup>266</sup> La notion de bonne foi n'existait pas dans le Code de 1916, mais était déjà présente dans les décisions jurisprudentielles. Cette position est affirmée par la réforme du Code civil de 2002 dans plusieurs articles : l'article 113 du Code civil, selon lequel « les actes juridiques doivent être interprétés selon la bonne foi et les usages du lieu de leur réalisation » ; l'article 422, selon lequel « les contractants sont tenus d'agir en bonne foi tant dans la conclusion que lors de l'exécution du contrat » ; ou encore l'article 187, sur l'abus de droit, selon lequel « le titulaire d'un droit qui, en l'exerçant excède manifestement les limites imposées par sa fin économique ou sociale, par la bonne foi ou par les bonnes mœurs, commet ainsi un acte illicite ».

de ne pas oublier que les deux conceptions, objective et subjective, de la bonne foi au Brésil sont importées du droit allemand. Ainsi l'ordre juridique brésilien utilise-t-il la bonne foi « à toutes les sauces », n'hésitant pas à lui conférer nombre de fonctions et d'effets qui permettent de justifier des décisions et lui donne des effets divers. Comme l'explique M. Couto e Silva, « la bonne foi dans un sens subjectif ou psychologique est la conscience ou conviction justifiée d'adopter un comportement en conformité avec le droit », alors que « la *bonne foi objective* attribuée à la *bonne fides* une valeur autonome sans rapport avec la volonté des parties »<sup>267</sup>.

198. La bonne foi joue dans le droit brésilien des rôles dépassant la seule interprétation des contrats. Ainsi assure-t-elle une fonction « complétive », qui permet d'ajouter au contenu du contrat, mais aussi une fonction « restrictive »<sup>268</sup>, qui a pour effet « de refuser à une partie le droit d'exercer pleinement, dans certaines circonstances, les droits qu'elle tire de la loi ou du contrat ». Comme le souligne un auteur, la bonne foi « dépasse le dogme de l'autonomie de la volonté lorsqu'elle reconnaît des nouvelles obligations entre les contractants qui s'ajoutent implicitement au contrat (telles les obligations d'information, de transparence, de loyauté et de coopération). Il en va de même lorsque la bonne foi établit des limites à l'exercice des droits subjectifs, en interdisant, par exemple, l'abus de droit, dont la constatation est indépendante de la faute »<sup>269</sup>.

199. Malgré cela, la bonne foi n'est pas à l'abri de certains reproches, comme par exemple son manque de précision<sup>270</sup> ; les auteurs lui reprochant de procéder d'une théorie trop vague et potentiellement tentaculaire conférant un pouvoir démesuré au juge. Il est donc important que le juge ne fasse usage de ses pouvoirs en la matière qu'avec parcimonie. Plusieurs raisons expliquent cette nécessaire prudence : « en premier lieu, lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu avec un consommateur, le juge peut appliquer des dispositions plus précises, celle du Code de la consommation. En second lieu, le droit écrit brésilien est, depuis un siècle, en avance sur l'état réel de la société ; en conséquence, le juge hésite souvent à faire usage de toutes les

<sup>267</sup> C. Couto E Silva, « O principio da boa-fé no direito brasileiro e português », in *Estudos de direito civil brasileiro e português (I Jornada luso-brasileira de direito civil)*, Sao Paulo, RT, 1980, p. 41, p. 54.

<sup>268</sup> Dans ce sens, voir l'exploitation faite par le droit allemand du §242 BGB et aussi les développements récents de la jurisprudence belge qui rejoint le concept d'abus de droit, que la Cour de cassation belge rattache à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

<sup>269</sup> G. Cerqueira, « Données fondamentales pour la comparaison en droit privé français et brésilien », in *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien...*, op. cit., p. 120.

<sup>270</sup> V. G. Tepedino et A. Schreiber, « Os efeitos da constituição em relação à clausula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil », *Revista da EMERJ*, vol. 6, n° 23, 2003, pp. 221-222 (« Dans les relations paritaires l'insistance dans cette conception trop vague et purement éthique de la bonne foi objective porte le risque de son manque absolu d'efficacité dans la résolution de conflits d'intérêts »).

possibilités que lui donne le législateur »<sup>271</sup>. Le principe de bonne foi est donc bienvenu, tant qu'il reste utilisé avec parcimonie.

200. Si le Brésil connaît la bonne foi et la développe en dehors de textes, il ignore complètement la cause qui est pourtant un instrument utile dans la lutte contre les clauses de responsabilité, notamment dans les contrats conclus entre professionnels.

#### B. Le recours à la cause

201. L'utilisation et la mise en œuvre de la notion de cause est une théorie isolée en droit comparé et ne ressemble guère aux autres notions du droit brésilien. Toutefois, s'agissant d'une notion très importante dans le droit français, il est vrai que la cause constituait jusqu'à la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 un monument imposant du paysage juridique français qui n'était pas des plus aisés à manier.

202. Cet édifice fut construit par l'ensemble des sources juridiques et concerne principalement le droit des contrats. Cette notion étant utilisée à une époque pour la protection des professionnels en droit français, il convient de consacrer une première analyse aux fonctions traditionnelles de la cause en droit français (1), avant d'étudier les fonctions nouvelles de celle-ci (2).

##### 1. Les fonctions traditionnelles de la cause

203. La cause semble être *a priori* l'une de ces notions indispensables à tout juriste qui structurent dans son ensemble le système juridique, en un mot une notion fondamentale. La première pierre de la notion de cause fut posée en 1804 par le législateur qui la plaça au cœur des conditions de formation du contrat. La notion est définie à l'ancien article 1101 du Code

---

<sup>271</sup> M. Fromont, « L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil », *La lettre du CFD (Centre français de droit comparé)*, n° 58, oct. 2009.



civil<sup>272</sup>, complété par les anciens articles 1108<sup>273</sup>, 1131<sup>274</sup> et 1133<sup>275</sup>, lequel est adossé à l'ancien article 6<sup>276</sup> du Code civil.

204. La deuxième pierre fut d'origine doctrinale *via* la thèse d'Henri Capitant en 1923<sup>277</sup>. Cet auteur a à lui seul révolutionné la façon d'enseigner la cause en lui donnant une double dimension fonctionnelle. En effet, la définition de la cause va désormais varier selon l'objectif et la fonction qu'on lui assigne : l'auteur sépare la cause du contrat d'une part, qui permet de contrôler la licéité et la moralité de la cause, et la cause de l'obligation d'autre part, qui permet de contrôler l'existence même de la cause.

205. La troisième pierre fut jurisprudentielle : l'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 3 juillet 1996<sup>278</sup> bouleversa ces définitions classiques en incluant dans la cause de l'obligation la notion d'« économie voulue par les parties » et de ce fait subjectiva la cause de l'obligation. Cette dernière, abstraite et objective par nature, est alors devenue concrète et subjective. La cause ne peut dès lors être envisagée que de façon duale, c'est-à-dire en séparant ses deux composantes que sont la cause du contrat et la cause de l'obligation. Ces dernières correspondent en effet à des objectifs différents et ont subi des évolutions jurisprudentielles bien distinctes.

206. Il convient donc d'envisager successivement la cause du contrat (a) et la cause de l'obligation (b).

#### a) Le contrôle de la licéité du contrat

207. Revenons tout d'abord sur l'article du Code civil qui fonde cette fonction traditionnelle : l'article 1133. Selon cette disposition, « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Le lien est

<sup>272</sup> Ancien article 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

<sup>273</sup> Ancien article 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ».

<sup>274</sup> Ancien article 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

<sup>275</sup> Ancien article 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

<sup>276</sup> Article 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>277</sup> V. H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Editions La mémoire du droit, coll. « De la faculté J. Monet », reimp. 1927, 3<sup>e</sup> éd., 2012 (M. Denis Mazeaud, Avant-Propos).

<sup>278</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, arrêt *Point Club vidéo*, *Bull. civ.* 1996, I, n° 286 ; *Dalloz* 1997, p. 500, obs. P.-A. Reigné ; *JCP G* 1997, I, 4015, obs. F. Labarthe ; *Defrénois* 1996, p. 1015, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. Mestre.

très fort avec l'article 6 et les bonnes mœurs : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ce duo permet ainsi de sanctionner les atteintes à l'ordre public et à l'ordre moral. Dans cette optique, la cause est bien une notion cardinale. Cette application permet de comprendre le mécanisme de la cause du contrat qui envisage l'opération économique dans son ensemble. Ainsi, la définition de la cause du contrat est concrète puisque l'on recherche le « motif impulsif et déterminant ». Il suffit d'un seul motif illicite ou immoral pour qu'il soit qualifié de déterminant. L'application de la cause du contrat devient par conséquent plus facile et fréquente et là encore l'accent est mis sur son rôle cardinal. La sanction de la cause est donc la nullité absolue, puisque l'on protège l'intérêt général. Il a par ailleurs fallu attendre 1998 pour supprimer la condition de connaissance ou de partage du mobile illicite<sup>279</sup>. Cette évolution a représenté une ouverture ou, en d'autres termes, une facilité s'agissant de l'utilisation de la cause du contrat dont la fonction est clairement essentielle.

#### b) Le contrôle de l'existence de l'obligation

208. Selon l'article 1131 du Code civil, « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Cet article pose donc le contrôle de l'existence de la cause et non de l'équilibre. On recherche alors dans les contrats synallagmatiques « la considération de la contre-prestation », permettant ainsi d'expliquer les mécanismes de cette cause de l'obligation : elle est dite objective, abstraite, stéréotypée car elle sera la même par catégorie de contrats. Il existe dès lors une réelle facilité dans la mise en œuvre : aucune recherche psychologique n'est nécessaire puisque les motifs sont sans intérêt. En revanche, on n'obtiendra l'annulation qu'en cas d'absence de cause et non de simple ou même grave déséquilibre. Si l'on recherche l'existence de la cause et non l'équilibre, on comprend bien que les cas d'absence de cause seront extrêmement rares.

209. Cela résume la philosophie de 1804 : des contractants égaux devant défendre seuls leurs intérêts respectifs. La jurisprudence va cependant permettre une utilisation nouvelle de la cause de l'obligation<sup>280</sup> qui s'est transformée en une notion au potentiel d'application démultiplié puisque l'on recherche désormais « l'économie voulue par les parties ». Son champ d'application est ainsi devenu plus large. La métamorphose est telle que la sanction a changé :

<sup>279</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1998, n° 96-14.359 ; Bull. civ I, n° 285 ; JCP G 1999, I, 114, n° 1, obs. Jamin, et JCP G 1999, II, 10202, note Maleville ; D. 1998, p. 563, concl. Sainte-Rose ; Defrénois 1998, art. 36895, p. 1408, obs. Mazeaud.

<sup>280</sup> V. L'arrêt de 1996, *Point Club Vidéo*, cité *supra* : cette jurisprudence a bouleversé le système juridique, quant à la définition de la cause de l'obligation, car la cause de l'obligation se subjective, elle devient concrète.

est désormais envisagé l'intérêt particulier, ce qui justifie la consécration de la nullité relative en 1999<sup>281</sup>, confirmée en 2006<sup>282</sup>. Examinons ces nouvelles fonctions de la cause.

### 1. Les fonctions nouvelles de la cause

210. Pour évoquer les fonctions nouvelles de la cause, il convient sans doute de rappeler la jurisprudence dite « Chronopost »<sup>283</sup>. Dans cette affaire, la société Banchereau avait confié à la société Chronopost un pli contenant une soumission à une adjudication. Ce dernier n'ayant pas été livré dans les délais promis, la société Banchereau a exigé la réparation de son préjudice. La société Chronopost lui a opposé une clause limitative de responsabilité, l'indemnisation étant réduite aux frais d'expédition. Selon la décision de la Cour d'appel, il n'y avait pas de faute lourde de la part de la société Chronopost et ainsi la clause n'a-t-elle pas été écartée.

211. La question se posait de savoir si l'inexécution par le transporteur de l'obligation de livrer les plis dans les délais convenus permettait l'exclusion de la clause limitative de responsabilité. La Cour de cassation cassa et annula l'arrêt contesté au visa de l'ancien article 1131 du Code civil. Selon la Cour de cassation, « la livraison du pli dans le délai prévu constitue une obligation essentielle, le manquement à cette dernière ne peut faire l'objet d'une clause limitative de responsabilité au risque de contredire la portée de l'engagement. Donc clause réputée est non écrite ». Dans sa décision, la Cour de cassation a donc caractérisé un manquement à une obligation essentielle - la livraison dans les délais caractérise une clause limitative de responsabilité contredisant la portée de cet engagement - et conclut en réputant la clause litigieuse non écrite. La société Banchereau accepte de payer plus cher en considération de cette obligation essentielle de rapidité. L'idée qui se profile derrière cet arrêt est la cohérence : on ne peut pas se fonder sur l'intensité de l'engagement et neutraliser simultanément cette intensité *via* une clause limitative de responsabilité ; c'est incohérent.

212. Cette décision propose donc un détour par la cause : instrument de contrôle de l'existence du contrat, au stade de sa formation, sa sanction est normalement la nullité et pas le réputé non écrit. Ce détour était nécessaire pour protéger le professionnel face à l'impossibilité

<sup>281</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1999 ; Bull. civ. I, n° 293 ; D. 2000, Jur. p. 507, note A. Cristau ; RDI 2000, p. 206, obs. G. Leguay ; RTD civ. 2000, p. 568, obs. J. Mestre et B. Fages ; Defrénois 2000, art. 37107, n° 10, p. 250, obs. J.-L. Aubert ; JCP E 2000, p. 1186, note E. Roueil ; JCP 2000, I, 219.

<sup>282</sup> Cass., 3<sup>e</sup> civ., 29 mars 2006, Bull. civ. III, n° 88 ; D. 2006, Pan. p. 2642, obs. B. Fauvarque-Cosson et S. Amrani Mekki ; AJDI 2006, p. 491 ; JCP 2006, I, 153, obs. A. Constantin ; RDC 2006, p. 1074, obs. D. Mazeaud.

<sup>283</sup> Cass., com., 22 oct., 1996, n° 93-18.632 ; Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, obs. D. Mazeaud, RTD civ., 1997, p. 418 ; L. Leveneur, *Defrénois*, 1997, p. 333 ; M. Fabre-Magnan, 4025, n° 177 ; J. P-Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt *Chronopost* (Com. 22 oct. 1996) », JCP 1998, I, 152.

d'appliquer le droit de la consommation dans la mesure où le contrat concernait deux professionnels.

213. Ainsi la jurisprudence opère-t-elle un détour par le fondement de la cause (droit commun) mais « emprunte » au droit de la consommation (droit spécial) sa sanction : la clause réputée non écrite. Il s'agit d'éviter que le contrat ne tombe en même temps que la clause. Ce raisonnement démontre une grande cohérence et un juste équilibre entre les intérêts en présence.

214. L'hostilité du juge manifestée à l'encontre des clauses de responsabilité l'a conduit à modifier cette jurisprudence. Dans une décision du 22 avril 2005<sup>284</sup>, sur des faits identiques à ceux de l'arrêt *Chronopost* de 1996, la chambre mixte apporta un « aménagement » au regard de l'obligation essentielle, dans le cas où « une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat ». Des deux conditions présentes dans l'arrêt *Chronopost* (le manquement à une obligation essentielle et la contradiction entre la clause et la portée de l'obligation essentielle), il n'en reste plus qu'une : le manquement à une obligation essentielle. Qu'importe donc que la clause soit adaptée au reste du contrat, qu'elle ait été négociée ou que son plafond soit raisonnable... On retrouve l'intransigeance du droit de la consommation actuel et *in fine* une surprotection des professionnels contre ces clauses.

215. L'intérêt économique de la clause est neutralisé au nom d'une exigence d'éthique disproportionnée. C'est pourquoi les juges du fond ont fortement résisté à cette jurisprudence. En effet, dans une fameuse affaire du 29 juin 2010<sup>285</sup>, la société Faurecia avait conclu avec la société Oracle divers contrats dont l'objet était notamment la mise à disposition d'un logiciel informatique moyennant une redevance. Le produit en question – la version V12 du progiciel – n'étant pas immédiatement disponible, la société Oracle avait fourni à titre transitoire à la société Faurecia un autre logiciel. Ce dernier n'ayant pas satisfait le client et le premier n'ayant jamais été fourni, la société Faurecia cessa de verser le montant des redevances à la société Oracle. Cette dernière avait cependant cédé ses redevances à la société Franfinance qui assigna

<sup>284</sup> Cass., mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112 ; Bull. ch. mixte 2005, n° 4 ; JCP G 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; Dr. et patrimoine oct. 2005, p. 36, note G. Viney ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi ; D. 2005, p. 2845, obs. B. Fauvarque-Cosson ; Bull. inf. C. cass. 15 juill. 2005, n° 623, rapp. Garban, avis R. de Gouttes ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 175, note S. Hocquet-Berg ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2005, p. 779, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 753, obs. D. Mazeaud ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 150, note L. Leveneur.

<sup>285</sup> Cass., com., 29 juin 2010, arrêt dit *Faurecia II*, n° 09-11.841 ; Bull. civ. IV, n° 115 ; Contrats, conc. consom. 2010, n° 220, note L. Leveneur ; D. 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; JCP G 2010, 787, note D. Houtcieff ; JCP G 2011, chr. 63, n° 6, obs. J. Ghestin ; RDC 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier et p. 1253, obs. O. Deshayes ; RTDciv. 2010, p. 555, obs. B. Fages.

Faurecia en paiement des sommes dues. La société Faurecia a donc appelé en garantie la société Oracle, qui lui opposa une clause limitative de responsabilité. La Cour d'appel décida l'application de la clause. La Cour de cassation, dans une décision du 13 février 2007<sup>286</sup>, dite *Faurecia I*, cassa la décision estimant qu'il résultait des constatations de la Cour d'appel un manquement à une obligation essentielle « de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation ». Après renvoi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 novembre 2008, résista et décida d'appliquer la clause litigieuse, le plafond fixé par cette dernière n'étant pas dérisoire. Le pourvoi déduit systématiquement du manquement à une obligation essentielle l'inapplication de la clause limitative de responsabilité. Peu importe que la clause ne contredise pas l'obligation essentielle, la sanction est alors automatique : dès qu'une clause aménage la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle, elle est réputée non écrite. Cette position était celle de la Cour de cassation depuis 2005 et non celle du 1<sup>er</sup> arrêt de cette dernière, du 3 février 2007, s'agissant de la sage *Faurecia*.

216. La Cour de cassation, par son arrêt du 29 juin 2010, rejetta le pourvoi car pour être réputée non écrite, la clause limitative de réparation doit contredire la portée de l'obligation essentielle. Or, si le débiteur a bien manqué à une obligation essentielle du contrat, la clause négociée ne fixait pas un plafond dérisoire et, par conséquent, l'obligation essentielle n'était pas vidée de sa substance par la clause litigieuse.

217. La Cour revient donc ici à sa jurisprudence *Chronopost* et à une appréciation casuistique : seule la clause qui entraîne une contradiction avec la portée de l'obligation essentielle doit être écartée. Le simple manquement à l'obligation essentielle ne suffit plus. Dès lors, une clause limitative ne vide pas nécessairement de tout contenu une obligation essentielle. En l'espèce, l'élément principal qui permettait d'échapper à la contradiction donnant droit à sanction est le plafond de l'indemnisation : ce dernier n'était pas « dérisoire ». De même, le taux de remise important est également pris en compte. Enfin, une clause de responsabilité est bien souvent contrebalancée par d'autres clauses du contrat ; de fait la Cour prend bien soin de rappeler que le contrat en question bénéficiera d'un « statut préférentiel ».

218. Ainsi l'obligation essentielle conserve-t-elle du sens et de la substance avec une appréciation casuistique et macro contractuelle. Par exemple, le plafond d'indemnisation variera selon les espèces, et avec la solution elle-même, à savoir le maintien ou non de la clause. Ce

---

<sup>286</sup> Cass., com., 13 février 2007, dit arrêt *Faurecia I*, n° 05-17.407 ; *Bull. civ.* I, n° 43 ; *JCP* 2007, II, 10063, note Y.-M. Serinet ; *RDC* 2007. 707, obs. D. Mazeaud ; *ibid.* 746, obs. S. Carval ; *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. Fages.

revirement n'était pas prévisible. Le 18 décembre 2007, la Cour de cassation, chambre commerciale, opéra en effet un revirement de jurisprudence en plein milieu de l'affaire, après *Faurecia I* (13 février 2007) mais avant la résistance de la Cour d'appel de Paris le 26 novembre 2008. Cet arrêt vint clore définitivement l'affaire *Faurecia* et la question de l'obligation essentielle<sup>287</sup>.

219. Le terme « cause », et pas uniquement en droit des contrats<sup>288</sup>, a cependant été complètement abandonné avec la réforme du droit français des obligations. Le « but », présent dans le nouvel article 1162 du Code civil, remplace désormais la « cause ». On peut prévoir des difficultés d'interprétation ; le juriste français étant en effet par nature « conservateur » d'un point de vue linguistique. Si on change le mot « cause » pour « but », on perd l'avantage de toutes les références aux jurisprudences antérieures, pourtant patiemment élaborées. On peut déceler dans la réforme un redéploiement partiel des fonctions de la cause, donc partiellement maintenue<sup>289</sup>, sur d'autres notions : une partie peut être développée au regard de l'article 1128

<sup>287</sup> V. D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.*, p. 1776.

<sup>288</sup> Le mot « cause » a été remplacé par « injustifié » dans l'article 1303-1 du Code civil : « L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale ».

<sup>289</sup> V. Ph. Dupichot, « La cause et la réforme des contrats, entre immolation et transfiguration », in *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, (Martine Behar-Touchais Dir.), vol. 1., IRJS, 2016, n° 13, p. 117 : « La cause objective tendait à vérifier l'existence d'une commutativité des engagements réciproques. En dépit de son abandon formel, l'article 1169 nouveau ne fait aucun mystère de la subsistance, dans l'univers des contrats onéreux, d'une nécessaire justification à la parole donnée », et aussi n° 14, p. 118 : « C'est assez ostensiblement que l'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite *Chronopost* de 1996 [...] cette disposition est en effet très directement inspirée des arrêts *Chronopost* du 22 octobre 1996 et *Faurecia II* du 29 juin 2010 ». ; Ch. Lachièze, *Droit des contrats*, Paris, Ellipses, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 364, p. 128 : « L'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé la notion de cause en transférant les fonctions qui lui étaient dévolues à deux notions nouvelles : le but et la contrepartie. Ces notions sont censées être plus précises, mieux définies que celles de cause, et donc assurer une plus grande sécurité juridique » ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, Hors-Collection, n° 284, p. 233 : « Le mot cause a disparu, mais il n'est pas certain que notre droit des contrats ne soit plus causaliste. Le contrôle de la licéité de la cause du contrat, c'est-à-dire de son but, a été maintenu dans l'article 1162 du Code civil, comme celui de l'existence d'une "contrepartie convenue", définition moderne de la cause de l'obligation, dans les contrats à titre onéreux. De même, la caducité des contrats interdépendants en cas de disparition d'un des contrats du groupe, ainsi que l'interdiction des clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, fondées sous l'empire des anciens textes, sur une notion de cause modernisée, ont été consacrées par la réforme » ; D. Mazeaud, « La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et pat.*, oct. 2014, n° 240 : « Avouons-le, un tel parti pris, un pareil compromis, laisse vraiment perplexe, d'autant plus que, effectivement, l'examen des règles du projet révèle que le rôle joué par la cause en droit positif, que ce soit classiquement (protection de l'intérêt privé contre les déséquilibres structurels) ou récemment (protection contre les clauses de responsabilité abusives), est bel et bien maintenu, du moins pour l'essentiel. Mais le rôle de la cause perdue dans des règles dans lesquelles la notion dont elles sont l'expression, l'incarnation, n'apparaît pas... Tant et si bien qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet de réforme emporterait, que la suppression du mot "cause"... La réforme serait donc purement formelle... Des mots, des mots... » ; M. Poumarède, « Le contenu du contrat », *RDI*, 2016, p. 331 ; Y.-M. Laithier, « Dispositions relatives à la validité du contrat », *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Journée nationale*, t. XX, Nancy, Dalloz & Association Henri Capitant, 2016, p. 33 ; G. Wicker, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, 1557 ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de*

du Code civil sur le contenu, c'est-à-dire l'objet : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

220. L'abandon du terme *cause* ne signifie toutefois pas l'abandon de la jurisprudence *Chronopost*<sup>290</sup>, confirmée dans l'article 1170 du Code civil français : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

## Section II. L'émergence d'une protection après les réformes

221. Les réformes du droit commun français et brésilien ont ajouté une protection contre le déséquilibre. Tout d'abord, le droit brésilien compte depuis l'année 2002 un article qui protège les parties contre les clauses ambiguës (§1) ; le droit français s'est quant à lui doté depuis la réforme de 2016 d'une protection contre les clauses abusives (§2).

### §1. La protection contre les clauses ambiguës

222. La réforme du Code civil brésilien est entrée en vigueur le 12 janvier 2003<sup>291</sup>. Le projet de réforme date de 1973. Il aura donc fallu attendre 30 ans pour que cette réforme aboutisse<sup>292</sup>. Elle a remplacé l'ancien Code civil qui datait de 1916. La réforme a eu lieu parce qu'il était question de réformer non seulement le droit des contrats, mais aussi le droit civil dans son ensemble. S'il l'on peut s'interroger sur la nécessité d'un nouveau Code civil au moment où le projet a été présenté (1973), il est certain qu'après l'avènement de la Constitution Fédérale de

---

*la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, coll. « Essai », janv. 2017, p. 168 : « Plus qu'une suppression de la cause, c'est davantage une consécration des apports de cette notion que la réforme assure. C'est sans doute la raison pour laquelle la suppression de la notion de cause n'a suscité, hors une partie minoritaire du milieu universitaire, aucune réelle opposition ».

<sup>290</sup> V. sur la confirmation de la jurisprudence *Chronopost* par le nouvel article 1170 : G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, p. 359 : « nulle trace de la cause, donc, sinon dans la pérennité de la règle ». V. aussi la jurisprudence : dans deux arrêts de censure : Cass., 2<sup>e</sup> civ., 2 févr. 2017, n° 15-28.011 : *JurisData* n° 2017-001543 ; à paraître au *Bulletin*. - Cass., 2<sup>e</sup> civ., 2 févr. 2017, n° 16-10.165 : *JurisData* n° 2017-001544 ; à paraître au *Bulletin*, la Cour de cassation a prolongé « encore un peu la vie de la cause en se fondant sur l'article 1131 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, pour apprécier la validité des clauses figurant dans les conditions générales d'un contrat d'assurance « garantie des risques locatifs » couvrant le paiement des loyers, charges, taxes et indemnités d'occupation laissés impayés par des locataires » (Y.-M. Serinet, *La Semaine Juridique Edition Générale*, Droit des contrats, n° 12, 20 mars 2017, doct. 325).

<sup>291</sup> Loi n° 10.406 du 10 janvier 2002.

<sup>292</sup> Ce projet de réforme a été critiqué, car à la différence de la réforme du Code civil français, la réforme brésilienne a compté sur une faible participation des citoyens. Les critiques concernent le temps et la faible participation populaire dans le processus de réforme du Code civil. Le Projet est resté presque trente ans dans les archives du ministère de la Justice. Puisque le code est la loi qui vit proche du citoyen, alors il devrait être pleinement discuté, mais toutes les discussions n'étaient pas fondées dans la réalité actuelle, dans la nouvelle réalité d'un pays libre et démocratique. La non-participation de la population dans la construction de son contenu est donc regrettable. V. Miguel Reale, « Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente », in *O projeto do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2<sup>e</sup> ed., 1999, p. 28.

1988, le droit civil devait s'adapter aux nouvelles dispositions et principes que celle-ci avait consacrés. Ainsi ce choix ne peut-il être justifié « qu'après-coup »<sup>293</sup>. L'expérience récente du pays concernant l'adoption du nouveau Code civil montre que l'élaboration d'un avant-projet de Code complet peut ne pas être le meilleur chemin à suivre – dans le cas du Code civil, le projet a été discuté pendant plusieurs décennies devant les Assemblées législatives, et lorsqu'il a finalement été approuvé, plusieurs dispositions ont dû être actualisées –.

223. Les innovations du Code civil de 2002 consistent pourtant dans la réception des concepts introduits par la doctrine et la jurisprudence. Elles n'ont pas soulevé de très fortes réactions parce que les concepts avaient été incorporés au système de droit privé depuis longtemps. Cependant, quelques innovations dans la Partie générale du Code, également dans sa Partie spéciale, ont généré des discussions parmi les praticiens. En ce qui concerne la protection contre les clauses abusives, le Brésil compte dans son Code civil avec plusieurs articles et principes généraux. Nous soulignerons tout d'abord l'article 423 : « Quand sont présents dans le contrat d'adhésion des clauses ambiguës ou contradictoires, l'interprétation la plus favorable à l'adhérent devra être adoptée ». En conséquence, au Brésil, l'interprétation, surtout face à une clause ambiguë, doit toujours être faite contre la partie qui a rédigé le contrat<sup>294</sup>.

224. La philosophie de protection du contractant professionnel participe au Brésil du développement du formalisme et traduit un souci de transparence contractuelle. Les principes de bonne foi, de transparence et de confiance visent principalement à éclairer le consentement du profane. Le fondement de cette obligation réside dans les considérations morales d'équité et de justice contractuelle qui imprègnent le droit des contrats brésilien<sup>295</sup> et doivent être présentes dans n'importe quel genre de contrat, même entre professionnels.

<sup>293</sup> V. M. Reale, *ibidem*.

<sup>294</sup> On peut comparer cet article à la nouvelle rédaction de l'article 1190 du Code civil français : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé », qui a peu changé par rapport à sa rédaction ancienne : ancienne rédaction : article 1162 : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

<sup>295</sup> V. en droit brésilien : P. Neto Lobo, « A informação como direito fundamental do consumidor », *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 37, janv. 2001, pp. 59-73 ; I. Hartmann, « O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor : dever de informação », *Revista do Direito do Consumidor*, n° 70, avr-juin, São Paulo, RT, 2009 ; P. Siqueira junior, « Direito informacional : direito da sociedade da informação », *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, vol. 859, mai 2007, pp. 743-759. V. en droit français, d'une manière générale sur l'obligation d'information : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, n° 50 sq. L'auteur a fort bien montré que les exigences morales ont évolué en ce domaine dans le sens d'un renforcement des devoirs contractuels et spécialement du devoir d'information : à l'obligation négative de ne pas tromper autrui s'ajoute aujourd'hui une obligation positive d'aider autrui ; aux exigences traditionnelles de loyauté, d'honnêteté et de bonne foi – auxquelles se réfèrent la plupart des auteurs – s'ajoutent les devoirs de collaboration (V. J. Mestre, « Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat », *R.T.D.civ.*, 1996, p. 393.), de coopération (Y. Picod, « L'obligation de coopération dans



225. Ainsi, le Code civil brésilien contient-il des instruments généraux qui seront utilisés par les juges dans le souci de rétablir l'équilibre des relations contractuelles, surtout dans les contrats d'adhésion. Les clauses considérées comme « ambigües » ou « contradictoires » au moment de la formation et de l'exécution du contrat sont sanctionnées par la théorie de la bonne foi, qui contribue ce faisant considérablement à la lutte contre ces clauses en droit commun brésilien.

## §2. La protection contre les clauses abusives

226. Avant l'insertion d'une clause de protection contre le déséquilibre significatif dans le Code civil français, cette clause a parcouru un long chemin et a changé plusieurs fois de rédaction. Si l'on compare la première proposition et celle qui a été choisie et qui est aujourd'hui présente à l'article 1171 du Code civil, on pourrait dire qu'elle a bien mûri : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». On analysera donc spécialement l'article 1171 inséré par la réforme dans le Code civil français. Selon la doctrine française il s'agit de « l'une des dispositions les plus symboliques et les plus polémiques de l'ordonnance du 10 février 2016 »<sup>296</sup>.

227. En effet, depuis 2004 et après plusieurs années de débats, la réforme du droit des obligations français a enfin vu le jour le 1<sup>er</sup> octobre 2016 par le biais de l'ordonnance du 10 février 2016. Plusieurs avant-projets l'avaient toutefois précédée ; nous évoquerons ainsi les avant-projets « Catala », « Terré » et ceux préparés par le Gouvernement.

228. Le premier, l'« avant-projet Catala », était sensible à une idée de généralisation de la protection contre les clauses abusives. Le second, l'« avant-projet Terré », rédigé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques<sup>297</sup>, prévoyait d'intégrer non seulement un contrôle des clauses instaurant un déséquilibre significatif lorsque ces clauses n'ont pas fait l'objet d'une

---

l'exécution du contrat », *JCP* éd G, n° 3318, 1988), voire d'entraide et d'assistance entre contractants (M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 53). L'ensemble de l'évolution s'inscrit dans une tendance plus générale à la recherche d'un équilibre contractuel nouveau empreint d'une solidarité des solutions classiques (J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 41, cité par B. Petit, « Contrats et obligations - Obligation d'information », *J.Cl. civil*, Fasc 50, n° 8, 20 février 2003).

<sup>296</sup> M. Mekki, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, 10/05/2016, n° 17, p. 11.

<sup>297</sup> F. Terré (Dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, coll. « Actes. Thèmes et commentaires », 2009.

négociation (art. 67), mais aussi un contrôle de la lésion lorsqu'une partie « en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif » (art. 66). La sanction proposée, dans ce second cas, était le « rétablissement de l'équilibre contractuel » et, lorsque ce rétablissement était impossible, la nullité du contrat<sup>298</sup>. Dès lors, ces projets de réforme du droit français des obligations envisageaient la protection contre un déséquilibre significatif. L'avant-projet Catala stipulait dans son article 1122-2 : « Cependant, la clause qui crée dans un contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci [...] lorsqu'elle n'a pas été négociée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». L'avant-projet Terré proposait quant à lui, dans son article 67, que « la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties [puisse] être révisée ou supprimée à sa demande ». L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 proposait, dans ses articles 1122-1 et 1122-2, les dispositions suivantes : « Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion » (principe d'absence de contrôle général de la lésion) (article 1122-1) ; « Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée » (article 1122-2). Ces dispositifs étaient présentés comme inspirés des Principes du droit européen des contrats. Le projet gouvernemental de 2009 proposait quant à lui, dans son article 87 bis, « une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ».

229. Dans la première version diffusée du projet de la Chancellerie, datée de 2008, un dispositif comme celui-ci n'était pas présent. Mme Sauphanor-Brouillaud l'a fortement regretté. Selon elle, en effet, il aurait été plus convenable de prévoir une généralisation de la protection contre les clauses abusives. Comme elle l'explique, le critère utilisé pour le contrôle des clauses abusives devrait être soit la nature du contrat d'adhésion, soit le fait que la clause n'ait pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Elle suggérait cependant de ne pas reprendre la

---

<sup>298</sup> V. O. Deshayes, « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *Revue des contrats*, n° 4, oct. 2009, p. 1614.

possibilité pour le juge de réviser la clause abusive et de l'inciter à se concentrer sur son éradication<sup>299</sup>.

230. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats français énonçait dans son article 1169, alinéa 1<sup>er</sup> : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Cet article a été vivement critiqué par la doctrine française en raison de l'absence d'une condition explicite guidant la sélection des articles pouvant faire l'objet d'un tel contrôle. Aussi les auteurs de ces critiques ont-ils demandé une restriction de cette protection uniquement aux clauses non négociées<sup>300</sup>, sous la justification que cette protection n'était légitime que dans les contrats où les clauses n'avaient pas été négociées<sup>301</sup>. Le législateur a donc opté pour la sanction des clauses abusives présentes dans un contrat d'adhésion.

231. Durant ces longues années, la France a donc connu plusieurs débats et nombre de propositions de réforme du droit des contrats. Certains se positionnaient contre, d'autres en faveur de l'introduction d'une règle générale de protection contre les clauses abusives ; chacun considérant une spécificité différente. Selon l'analyse précise de M. Mazeaud, « l'insertion dans notre droit commun de la règle générale proposée provoquerait, dès lors, une “nouvelle donne” dans la protection des professionnels contre les clauses abusives. Ceux-ci pourraient en effet désormais, invoquer une règle générale dont le régime serait clair et précis. Leur protection ne serait plus suspendue aux seules audaces du juge dans l'exploitation du droit commun ou de l'intégration de la clause litigieuse dans le champ d'application, assez restrictif, du droit de la concurrence. Elle serait désormais subordonnée à la condition nécessaire, mais suffisante, que leur situation de dépendance les ait empêchés de négocier librement la clause litigieuse. Si notre règle générale renforcerait incontestablement la protection des professionnels, elle ne fragiliserait pas pour autant celle des consommateurs »<sup>302</sup>.

<sup>299</sup> V. les observations faites par le groupe formé autour du Professeur Jacques Ghestin, v. *LPA*, 12 févr. 2009, n° 31, p. 54 *sq.*

<sup>300</sup> V. P. Stoffel-Munck, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy ... », *Dr. et patr.*, n° 240, 2014, pp. 56 *sq.* ; E. Savaux, « Le contenu du contrat », *JCP*, 2015, supplément au n° 21, pp. 20 *sq.*, spéc. n° 14 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, pp. 335, n° 1 *sq.* ; F. Chénéde, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, n° 3, 2015, pp. 655 *sq.*

<sup>301</sup> V. T. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1217 ; N. Dissaux, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de lutte », *Droit et patrimoine* 2014, n° 240, p. 53.

<sup>302</sup> D. Mazeaud, « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Mélanges offertes à Paul Didier. Études de droit privé*, Paris, Economica, 2008, p. 350. (pp. 325-352).

232. Ce mouvement de la doctrine favorable à un changement dans la protection contre les clauses abusives existe bel et bien mais la tâche n'a pas toujours été facile ; on le remarque jusque dans le processus d'élaboration de ce nouvel article.

233. Dans le but d'éviter une confusion au regard de l'expression « clauses abusives » présente à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, le législateur n'a pas utilisé l'expression « clause abusive » et a opté pour la formulation « clause qui crée un déséquilibre significatif ». Le choix de l'expression « déséquilibre significatif » en lieu et place de « clause abusive » n'a pourtant pas séduit la doctrine, qui utilise l'expression « clause abusive » en se référant au nouvel article 1171 du Code civil<sup>303</sup>.

234. Ainsi, avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et de ce nouvel article 1171 du Code civil, la question de la protection des professionnels contre les clauses abusives a été chamboulée en droit français. L'entrée en vigueur de la loi de ratification n'a pas diminué les débats autour de l'article 1171 du Code civil. Ce texte continue à être l'un des plus débattus dans le contexte juridique français. Lutter contre les excès de la liberté contractuelle dans un pays de tradition civiliste libérale a été sans doute une dure tâche pour les rédacteurs du projet de réforme du droit des obligations français. Convaincre de la nécessité d'un changement de philosophie (libérale à solidaire) a inspiré des critiques de la part de certains commentateurs qui auraient préféré le maintien de la tradition française libérale<sup>304</sup>. Ce chemin, comme nous l'avons déjà souligné, a été parcouru avec des ajustements. Tout d'abord, le projet d'ordonnance soumis à la consultation publique en février 2015 disposait dans son article 1169 que la clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat pouvait être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. Cet article a donc été modifié et l'ordonnance portant réforme du droit des obligations du 16 février 2016 a prévu un changement dans la rédaction de l'article 1169 du Code civil, devenu l'article 1171. Cette fois-ci toute clause qui crée un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion devrait être réputée non écrite. Ainsi, la sanction du déséquilibre significatif ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion. La liberté des contractants français est donc respectée quand les parties ont négocié soigneusement

<sup>303</sup> V. Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* ; G. Chantepie, « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun », *AJCA*, n° 121, 2015 ; N. Dissaux, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Droit et patrimoine*, oct. 2014, p. 53 ; G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, spéc. n° 440 s ; F. Bicheron, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, n° 120, 2015, p. 24 ; M. Chagny, « La généralisation des clauses abusives », in Ph. Stoffel-Munck (Dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2015, p. 47.

<sup>304</sup> L'une des critiques est liée au fait d'une extension exagérée du pouvoir du juge, car il lui appartient de définir le déséquilibre significatif et d'apprécier *in concreto* la présence d'un tel vice de faiblesse.

la rédaction des clauses contractuelles. De plus, la loi de ratification du 20 avril 2018 a ajouté que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrats est réputée non écrite ». Ainsi, même dans un contrat d'adhésion, si une clause a été négociée celle-ci ne pourra pas être sanctionnée. La loi de ratification confirme l'idée selon laquelle une clause négociée ne peut être mise en danger et explique que dans un contrat d'adhésion il peut y avoir des clauses négociables. Et celles-ci ne seront pas victimes de la sanction prévue par le nouvel article 1171. Dès lors, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2018 dans un contrat d'adhésion, les clauses négociables comptent toujours avec la protection libérale française : la liberté contractuelle dans un contrat d'adhésion repousse la protection contre le déséquilibre significatif. Le législateur a ainsi trouvé un juste milieu, un équilibre dans l'application de la sanction du déséquilibre significatif. Néanmoins, les difficultés relatives à la définition d'un contrat d'adhésion et au domaine d'application de l'article 1171 du Code civil restent toujours sans réponse précise. Une délimitation du champ d'application de cet article et son articulation avec les droits spéciaux de protection contre les clauses abusives (Code de la consommation et Code de commerce) sont donc nécessaires. Aujourd'hui, le Code civil a retrouvé toute sa vigueur, car « en comparaison, le droit commun des contrats faisait figure de parent pauvre puisque, au mépris de tout réalisme, le Code civil ignorait jusqu'à la catégorie de contrat d'adhésion »<sup>305</sup>.

#### Conclusion – Les instruments de protection existants dans le droit commun

235. Nous avons tenté de montrer que divers mécanismes issus de la théorie générale des obligations peuvent contribuer à rétablir l'équilibre des relations contractuelles entre professionnels. On aurait pu penser que ces mécanismes allaient suffire, mais cela signifierait que le professionnel mérite aucune protection spécifique. Or, même doté de compétences et de connaissances suffisantes, un professionnel peut ne pas être en mesure d'assurer la défense de ses intérêts face à un cocontractant économiquement supérieur et dont il est dépendant. La partie la plus faible peut alors se trouver dans la nécessité de conclure le contrat proposé ou, à tout le moins, d'en garantir le maintien pour assurer la rentabilité de son exploitation.

---

<sup>305</sup> Sophie Le Gac-Pech, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *Petites affiches*, n° 162-163, 16 août 2016, p. 7.

236. Cette situation amoindrit considérablement le pouvoir de négociation de la partie en question. Les juges s'efforcent de rééquilibrer les contrats au profit des personnes en situation d'infériorité économique en imposant au contractant « dominant » une obligation non prévue par les parties – l'obligation de renégociation – ou en modifiant le contenu du contrat – disparition de certaines clauses de responsabilité. Il rétablit alors la justice commutative chère à Aristote. Cependant, les instruments du droit commun français n'offraient jusque là qu'une protection *a minima* et indirecte pour le professionnel confronté à une forme d'abus ; celle offerte à tout contractant. Cette insuffisance montre tout l'intérêt de la refonte des Codes civils français et brésilien.

237. La France a désormais une protection spécifique contre les clauses abusives qui transcende la qualification des parties. Le droit commun peut enfin retrouver sa place centrale dans le système juridique. Le Brésil, pour sa part, n'a pas encore intégré de véritable mécanisme de défense contre les déséquilibres significatifs mais laisse la porte ouverte à une introduction future.

### 1.2.2 Les instruments de protection créés dans le droit spécial

238. Comme nous l'avons déjà vu, le postulat d'égalité sur lequel était fondé le droit des contrats dans le Code civil originel est largement dépassé par la réalité, voire par la théorie pour certains auteurs<sup>306</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, les nouvelles relations employeurs et salariés ou professionnels et consommateurs ont plongé le système juridique dans un état d'insuffisance : une évolution est apparue nécessaire pour restaurer la protection des acteurs les plus faibles<sup>307</sup>. Il a donc fallu créer dans le droit spécial des instruments en vue de la protection du contractant faible, insuffisamment protégé par le droit commun. La pratique observée et théorisée par les économistes et les figures contemporaines du contrat ébranlent les conceptions juridiques classiques<sup>308</sup>.

<sup>306</sup> G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1948, p. 178 ; P. Catala, « Des contrats déséquilibrés : Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet », *LexisNexis*, 2010, p. 77 ; T. Revet, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, Paris, Dalloz, 2015, p. 1217.

<sup>307</sup> V. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Thèses », 2002, pt. 809.

<sup>308</sup> V. B. Barraud, *La recherche juridique, sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 141 *sq.*, spécialement chapitre 8 : « L'analyse économique du droit » ; G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, pt. 149, pp. 336-336 : « Le bon père de famille, dont il est souvent parlé,

239. Aussi le droit de la consommation a-t-il pris son essor pour venir corriger le fondement idéologique illusoire du droit des contrats. Le Code civil, pour sa part, adhère partiellement à la théorie de l'autonomie de la volonté. La prise en compte de la doctrine solidariste<sup>309</sup> permet alors de revisiter et moderniser le droit commun. Il existe donc un phénomène de renouvellement des sources de la protection du contractant faible dans le droit spécial.

240. En dépit des efforts déployés par la jurisprudence française pour combler les lacunes de la législation, le recours à la théorie générale des obligations ne permettait qu'imparfaitement d'assurer la protection du contractant professionnel. M. Denis Mazeaud relevait ainsi à l'époque l'inanité relative des instruments de protection offerts par le droit commun, observant les résistances opposées par la jurisprudence et la persistance de nombreuses clauses « abusives » dans les rapports entre professionnels, lesquels ne peuvent pas compter sur la protection préventive et collective qu'assurent le droit de la consommation et les associations de consommateurs<sup>310</sup>.

241. De nombreux contrats manifestement disproportionnés continuent légalement à régir les relations économiques. Cela tient en partie au fait que les notions ou les mécanismes évoqués précédemment sont utilisés afin de résoudre des problèmes pour lesquels ils n'ont pas été conçus<sup>311</sup>.

242. Devant l'inefficacité flagrante du droit commun en ce qui concerne la protection des professionnels, il est nécessaire de se pencher sur le droit spécial, c'est à dire sur un droit qui,

---

c'est le propriétaire qui attache une importance presque exclusive à sa terre et à sa maison, qui contracte lentement et attentivement. Mais nous l'avons dit, la création de richesses nouvelles change la composition des fortunes et la vie économique. Le droit commercial va dominer la vie civile. [...] Techniquement, le droit commercial se fait accepter en perdant son originalité et en se modelant sur le droit civil. Économiquement, il remplace le droit civil. Notre droit se commercialise au point que l'on se demande aujourd'hui s'il ne serait pas plus simple de faire l'unité par un code unique des obligations » ou « Ce ne sont pas seulement les formes qui changent, c'est l'esprit même du droit », p. 339, pt. 150.

<sup>309</sup> Voir *supra* n° 57.

<sup>310</sup> D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, pp. 33 *sq.*

<sup>311</sup> Selon M. J.-P. Chazal, les concepts juridiques auxquels ont recours les tribunaux font essentiellement appel à la psychologie des contractants ; il s'agit le plus souvent, remarque l'auteur, de « sonder la volonté ou l'intention des parties. Or, le phénomène des déséquilibres économiques est fondamentalement objectif [...] L'important est de vérifier si le déséquilibre de puissance économique existant entre les parties s'est ou non traduit par un abus, c'est-à-dire par un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations contractuels » : J.-P. Chazal, « Le consommateur » existe-t-il ? », *D, chron.*, n° 19, 1997, p. 264.

« attaché à une matière déterminée, s'appuie sur les notions contenues dans le droit commun pour être applicable »<sup>312</sup>. Parce que les clauses abusives entre professionnels peuvent exister dans tous les rapports contractuels et dégénérer en abus, l'émergence d'une protection spécifique contre les clauses abusives dans le droit spécial national (Section I) et dans le droit supranational (Section II) mérite d'être étudiée.

## Section I. La protection dans le droit national

243. Puisque les contractants professionnels méritent eux aussi une protection contre les clauses abusives, adaptée à la spécificité de leurs relations, l'on doit envisager l'élaboration d'un critère spécial de protection par les droits spéciaux et également examiner l'émergence des nouveaux modèles de protection en droit interne, notamment dans le droit de la consommation (§1) et le droit de la concurrence (§2). Ces droits remettent en cause le postulat d'égalité juridique du droit commun et partent du constat qu'il existe un déséquilibre dans les relations entre offreurs et demandeurs de produits et de services. Cependant, la ligne de partage entre les finalités respectives de ces droits n'est pas aussi nette qu'il n'y paraît.

### §1. L'application par analogie du droit de la consommation

244. Le droit de la consommation est un « droit militant »<sup>313</sup>, il est intégré au sein d'un ordre public de direction régi par le droit du marché<sup>314</sup>. Il protège, en France, les consommateurs et les non professionnels en tant que tels, dans leurs rapports avec les professionnels. Il existe donc une relation interactive entre le droit de la consommation (ordre public de protection) et le droit du marché (ordre public de direction), dans la mesure où la structure de l'un interfère dans la fonction de l'autre et *vice-versa*<sup>315</sup>. Par exemple, l'information des consommateurs, l'équilibre contractuel, la conformité et la sécurité des produits recherchés par le droit de la

<sup>312</sup> S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Université d'Orléans, éd. Institut Universitaire de Varenne, coll. des thèses, 2012, p. 18.

<sup>313</sup> J. Beauchard, « Remarques sur le code de la consommation », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à G. Cornu*, Paris, PUF, 1994, n° 12, p. 12 sq.

<sup>314</sup> C-L. De Leyssac, G. Parléani, *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002, p. 113.

<sup>315</sup> Sur la notion de structure et fonction voir : N. Bobbio, *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012, p. 142 : « il est possible d'affirmer que l'analyse structurelle, attentive aux modifications de la structure, et l'analyse fonctionnelle, attentive aux modifications de la fonction, doivent continuellement être alimentées et évoluer au même rythme, sans que la première, comme cela s'est produit, éclipse la seconde, ou que la seconde éclipse la première, comme cela pourrait advenir dans un renversement de perspective du aux vogues, aux modes, au plaisir du neuf pour le neuf ».



consommation contribuent à l'amélioration du marché concurrentiel<sup>316</sup>. Cette conciliation de la protection des consommateurs et du marché inspire les normes communautaires en droit de la consommation. En France, les règles protectrices des consommateurs ont été principalement édictées à partir des années 1970<sup>317</sup>, avec la « loi Scrivener » du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation<sup>318</sup> visant à éliminer les clauses abusives des contrats dans lesquels les consommateurs sont parties<sup>319</sup>, la loi du 13 juillet 1979 sur la protection de l'emprunteur en matière de crédit d'accèsion à la propriété immobilière<sup>320</sup>. Au Brésil, c'est l'édition du Code de la consommation qui marque une étape clé ; les relations de consommation y sont régies par la loi 8.078 du 11 septembre 1990 qui a créé le Code de défense du consommateur<sup>321</sup>.

245. Si le système juridique français a longtemps rejeté l'idée du besoin d'un Code de la consommation pour la protection de la partie faible<sup>322</sup>, la doctrine brésilienne<sup>323</sup> attendait avec impatience la promulgation d'un Code de protection des consommateurs. Cela explique aussi peut-être le lexique différent adopté par chaque pays pour ce Code : alors que l'un l'appelle « Code de la consommation », l'autre le nomme « Code de la protection des consommateurs » (ci-appelé « Code de la consommation » brésilien).

<sup>316</sup> V. F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* (R. Audouin Trad.), Paris, PUF, 2007, p. 549 : « La concurrence opère comme une procédure de découverte, non seulement en ce qu'elle procure à quiconque ayant l'occasion de mettre à profit une certaine circonstance la possibilité de l'exploiter avantageusement, mais encore en communiquant aux autres intéressés la nouvelle qu'il existe une telle opportunité. C'est par cette diffusion en forme codée que les efforts concurrentiels dans le jeu de marché assurent l'utilisation d'un ensemble de connaissances infiniment dispersées ».

<sup>317</sup> Il faut cependant remarquer, dans fin des années 60, la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative aux taux d'intérêt et à l'usure ; la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile ; la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs. Pour une vision détaillée des grands textes français du Droit de la consommation avant leur codification voir : G. Taormina, *Théorie et pratique du droit de la consommation, aspects généraux et contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, pp. 17 sq.

<sup>318</sup> Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978.

<sup>319</sup> *Ibidem*.

<sup>320</sup> Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979.

<sup>321</sup> Le Code de la consommation brésilien établit, dans son article premier, des normes d'ordre public de protection du consommateur.

<sup>322</sup> V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit, civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, col. « Précis », 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 47, p. 61 : « On a pu s'interroger, [...] sur le bien-fondé de la voie choisie par la France, celle de l'édition d'un code autonome de la consommation. Plutôt que de doubler le Code civil d'un tel code, n'aurait-il pas été préférable d'en combler les lacunes ? Et de fait, les dispositions de droit privé tendant à la protection des consommateurs paraissent avoir leur place naturelle dans le Code civil. [...] Le système de la codification-compilation favorise l'épanouissement d'une législation technocratique, dérogoire et tatillonne ». V. aussi : D. Fenouillet, F. Labarthe (Dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2002.

<sup>323</sup> C.-L. Marques, « Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços : o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos », *Revista de Direito do Consumidor*, n° 35, 2000, pp. 61-96 ; C.-L. Marques, « Qual o futuro do direito do consumidor ? União Europeia legisla em 1998 e projeta importantes mudanças para a proteção dos consumidores em 1999 », *Revista de Direito do consumidor*, jul-dez., 1997, pp. 79-103 ; *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.

246. Il existe donc des subtilités, des différences dans le régime de protection accordée aux professionnels par les deux pays contre le déséquilibre significatif. Tandis que la France refuse l'application par analogie du droit de la consommation, le Brésil insiste pour pouvoir offrir cet outil aux professionnels (A).

#### A. L'application par analogie du droit de la consommation revendiquée en droit brésilien

247. Au Brésil comme en France, la raison d'être de la protection contre les clauses abusives réside dans l'infériorité intellectuelle, technique et économique dont est censé souffrir tout consommateur, et dans son impossibilité corrélative de négocier le contrat. *A priori*, les dispositions du Code de la consommation ne sont pas destinées à protéger des professionnels mais, au contraire, à protéger les consommateurs contre les professionnels. Pourtant, la pratique brésilienne montre que la justice est souvent saisie par des professionnels demandant à bénéficier de la protection accordée aux consommateurs dans la relation contractuelle qu'ils ont eue avec d'autres professionnels.

248. Cela se justifie dans la mesure où le droit de la consommation brésilien, prévu dans la Constitution fédérale<sup>324</sup>, souffre d'un manque de définitions précises (1). Le juge devra l'interpréter pour combler l'absence de régime spécial de protection des professionnels (2).

##### 1. L'imprécision légale des définitions

249. Selon l'article 2 du Code de la consommation, celui-ci ne s'applique que pour protéger le consommateur, le « destinataire final » du produit ou du service. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, le problème du droit brésilien réside dans l'interprétation que font la doctrine et la jurisprudence de l'expression « destinataire final »<sup>325</sup>. Ainsi, pour une partie de la doctrine et de la jurisprudence, le droit de la consommation s'applique dans tous les cas où l'une des parties est le « destinataire final ». Ces divergences d'interprétation n'ont pas encore été résolues et sont en discussion devant la Cour Suprême<sup>326</sup>.

<sup>324</sup> En effet, les articles 5°, XXXII et 170, V de la Constitution fédérale brésilienne prévoient respectivement que « l'État doit, conformément à la loi, promouvoir la protection des consommateurs » et que « l'ordre économique, fondé sur la valeur du travail humain et sur la libre entreprise, vise à assurer à chacun une vie digne, selon les exigences de la justice sociale, sur les principes suivants : V – la protection des consommateurs ».

<sup>325</sup> Voir *supra* n° 111.

<sup>326</sup> Il convient d'expliquer ici le fonctionnement de la justice brésilienne, avec l'explication qu'en fait le grand comparatiste René David, fin connaisseur du droit brésilien : « L'organisation judiciaire du Brésil est différente de l'organisation judiciaire française, la principale différence tenant au caractère fédéral de l'organisation

250. Cette carence de définition précise souligne avec force l'inexistence d'une loi spécifique de protection des professionnels faibles, mais surtout ouvre la porte à une interprétation extensive des textes dédiés aux consommateurs. Il suffit de constater la similitude des situations : face aux clauses abusives, consommateurs et professionnels, bien souvent, sont tout autant démunis. Dès lors, le Code de la consommation au Brésil pourrait être un important instrument général de protection, au-delà même de son champ d'application spécifique, à savoir le consommateur. Si la « vulnérabilité » (prévue à l'article 4, I du Code de la consommation)<sup>327</sup> est la justification du régime de protection des consommateurs, alors quel sera le traitement juridique d'un individu qui n'est pas consommateur mais se trouve dans la même condition de « vulnérabilité » ? Comment cette personne pourra-t-elle invoquer la protection des consommateurs ?

251. En tenant compte de ces questions et des dispositions de l'article 29 du Code de la consommation brésilien<sup>328</sup>, on peut affirmer qu'il existe une protection pour ceux qui restent en dehors d'un contrat de consommation. Étant donné l'absence de système spécifique de protection des professionnels contre les clauses abusives, l'interprète brésilien pourra utiliser, afin de trouver la solution la plus appropriée et compatible avec le système juridique actuel, les mesures de protection prévues à l'article 29 du Code de la consommation, et ce, à chaque fois qu'il rencontrera des situations semblables à celles qui se produisent dans les relations de consommation.

---

politique brésilienne. Chaque État du Brésil est libre d'organiser à sa guise la justice sur son territoire, sous réserve d'observer certains principes fondamentaux qui sont posés par la Constitution fédérale dans son titre II. [...] Il n'existe pas de juge spécialisé dans les affaires commerciales, les tribunaux de commerce ont disparu au Brésil en 1875. [...] Au-dessus de ces juridictions de première instance, il existe, dans chaque État et dans le district fédéral, une juridiction dont le nom [est] *Tribunal de Justiça*. Le *Tribunal de Justiça* est en général issu d'une Cour d'appel, il est la juridiction suprême de chaque État. Il y a deux tribunaux supérieurs qui se divisent la tâche de juger les recours qui ne sont pas considérés ordinaires. Le Supérieur Tribunal de Justice (STJ), juge les recours spéciaux (dénommés *Recurso Especial*) quand il y a violation de la loi fédérale ou divergence jurisprudentielle entre les tribunaux locaux dans des questions infra-constitutionnelles. Au contraire, quand il y a violation, par une décision judiciaire, des dispositions constitutionnelles le recours est extraordinaire (*Recurso Extraordinario*), jugé par le Tribunal Suprême Fédéral (STF) ». R. David, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », in *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain* (A. Wald et C. Jauffret-Spinosi, dir.), Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 125-128.

<sup>327</sup> L'article 4, I du Code de la consommation brésilien dispose que « la politique nationale des relations de la consommation vise à répondre aux besoins des consommateurs, par rapport au respect de leur dignité, leur santé et sécurité, la protection de leurs intérêts économiques, d'améliorer leur qualité de vie, ainsi que la transparence et l'harmonie dans les relations de la consommation, selon les principes suivants : I - la reconnaissance de la vulnérabilité des consommateurs dans le marché de la consommation ».

<sup>328</sup> Selon l'article 29 du Code de la consommation : « Aux fins du présent chapitre et du suivant, sont assimilées au statut de consommateur tous les personnes, déterminables ou pas, identifiables ou non, exposées aux pratiques qui y sont prévues ». Il s'agit donc d'une extension de la définition de consommateur afin d'y intégrer aussi les personnes qui ne sont pas consommateurs *par principe*, mais le deviennent ainsi *par assimilation*.

252. En effet, le droit de la protection du consommateur a émergé au Brésil dans un contexte de constitutionnalisation des droits sociaux et des garanties fondamentales. Comme le souligne un auteur, la reconnaissance du droit de la protection du consommateur en tant que droit fondamental « signifie que l'ordre juridique brésilien interdit toute tentative d'amointrissement ou de recul de ce droit »<sup>329</sup>. L'article 60, §4, de la Constitution fédérale brésilienne prévoit une « *clausula petrea* »<sup>330</sup> : en d'autres termes, les garanties accordées par l'article 5 de la Constitution ne peuvent pas être amputées ; elles peuvent seulement être augmentées sans que jamais on ne puisse faire marche arrière sur ce qui aura ainsi été gagné. Cela correspond à la théorie de l'« effet-cliquet » prévue en droit constitutionnel français. Cette théorie, élaborée par le Conseil constitutionnel<sup>331</sup>, consiste « à déclarer inconstitutionnelle une disposition législative nouvelle au motif qu'elle ne maintient pas les garanties issues des règles constitutionnelles existant dans le texte ancien que la loi nouvelle est censée modifier ou remplacer »<sup>332</sup>. On comprend mieux, dès lors, l'importance du droit de la consommation et le désir de certains de l'étendre à toutes les injustices contractuelles.

253. L'État brésilien est fondé à intervenir de manière active en vue de promouvoir et de protéger les droits subjectifs nouvellement reconnus aux parties en situation de vulnérabilité. Si le consommateur est désormais détenteur d'un droit constitutionnel fondamental, ce statut est aujourd'hui revendiqué par les professionnels et force le système juridique à réagir. En effet, dans les relations civiles et ou commerciales, le droit ne pourra pas minimiser cette situation sociologique de faiblesse ou d'inégalité d'une partie devant l'autre, en la traitant comme une situation normale, à moins que le droit se comporte comme un art capable de nier avec sa méthode ce que nous montre la réalité sociale.

254. Le droit de la consommation brésilien est donc apparu comme une option pour le juge désireux de pallier l'inaction du législateur. La jurisprudence a ainsi trouvé par ce biais le moyen de restaurer l'équilibre entre les distributeurs et les fournisseurs dans le but d'atteindre une égalité réelle au nom de la justice contractuelle. Cependant, l'extension du droit de la consommation aux professionnels ne s'est pas faite de manière homogène.

<sup>329</sup> P. Galindo da Fonseca, « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, vol. 23.1, 2010, p. 123.

<sup>330</sup> Article 60 : « La Constitution peut être modifiée sur la proposition ... §4. Cependant il ne sera pas objet d'altération les propositions visant à abolir : I - la forme fédératif d'État ; II - le vote direct, secret, universel et périodique ; III - la séparation des pouvoirs ; IV - les droits et garanties individuels (prévus dans l'article 5° de la Constitution fédérale brésilienne).

<sup>331</sup> V. not. Cons. const., déc. 20 janv. 1984, n° 83-165 DC, *Loi relative à l'enseignement supérieur*.

<sup>332</sup> G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2011, n°425, p. 400.

## 2. L'extension jurisprudentielle des définitions

255. Cette question peu controversée en droit français est encore obscure en droit brésilien. Une protection des professionnels directement par le droit de la consommation a été refusée en France ; au Brésil les solutions jurisprudentielles proposées engendrent des incertitudes.

256. La Cour supérieure de justice (STJ) a pendant longtemps appliqué la théorie finaliste classique<sup>333</sup> pour définir les consommateurs, bloquant dès lors l'application du Code de la consommation aux relations entre professionnels. Entre 1990 et 2004, cette Cour a rendu des arrêts apparemment contradictoires, basés un temps sur la théorie finaliste classique puis sur le Code de la consommation.

257. Examinons tout d'abord deux décisions fondées sur la théorie finaliste classique alors que le Code de la consommation est exclu en cas de contrat entre professionnels. Dans la première affaire, un concessionnaire automobile a intenté une action en justice contre un organisme bancaire (assurance-banque) pour la réduction du montant de la clause pénale insérée dans un contrat de financement bancaire. Le juge de première instance a refusé la demande, arguant du fait qu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat entre professionnels. La concessionnaire a interjeté appel et le « *Tribunal de Justiça* » do Rio Grande do Sul, appliquant le Code de la consommation, a réformé cette décision sur le fondement que la clause pénale présente dans le contrat de financement était excessivement onéreuse. Le Supérieur Tribunal de Justice (STJ) a néanmoins cassé et annulé la décision du Tribunal de Justice en considérant que « le financement obtenu par le professionnel pour augmenter son activité de négociation exclut la qualité de consommateur ; il ne peut donc pas être qualifié de destinataire final, et le Code de la consommation ne s'applique pas en l'espèce »<sup>334</sup>. Dans une autre de ses décisions, le même Tribunal de Justice de l'État du Rio Grande do Sul a réformé le jugement de première instance. Ce dernier avait appliqué le Code de la consommation à une action d'injonction de perquisition et de saisie déposée par l'institution financière contre une société chimique, dans laquelle

---

<sup>333</sup> V. *supra* n° 111.

<sup>334</sup> « Réduction de clause pénale de 10% à 2%. Impossibilité. Absence de relation de consommation en s'agissant du financement obtenu par un professionnel. Non-application dans le cas du code de la consommation ». (STJ; RESP no. 218505/MG; 4a Turma; Relator: Min. Barros Monteiro; Julgado em 16.09.1999).

l'institution visait la possession d'une voiture et un camion en garantie pour le financement bancaire en vue du développement de l'activité commerciale de la société. Dans le cas de financement obtenu par le professionnel dans le but d'augmenter son activité de négociation, le STJ a considéré que le professionnel ne pouvait être qualifié de destinataire final du produit ou service. La relation de consommation n'existe alors pas et le Code de la consommation ne peut pas être appliqué en l'espèce<sup>335</sup>.

258. Durant la même période (1990-2004), le même Tribunal a toutefois aussi rendu des arrêts par application du Code de la consommation à des contrats entre professionnels. Ainsi, dans un arrêt de septembre 2003, la Cour brésilienne (Tribunal Supérieur de Justice) a appliqué le Code de la consommation à un contrat de prêt, avec émission de crédit commercial entre un professionnel et une institution financière. Selon cette jurisprudence brésilienne, le Code de la consommation est applicable car il s'agit de contrats d'adhésion typiques. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat entre un professionnel et un établissement de crédit ; ce dernier souhaitait saisir les biens du contractant professionnel et invoquait une clause d'élection de *for* prévue en faveur de l'établissement de crédit. La Cour a déclaré cette clause de *for* abusive, car ce type de clause est interdit dans le droit de la consommation : en d'autres termes, la Cour a appliqué le Code de la consommation à un contrat pourtant conclu entre professionnels<sup>336</sup>. Dans une autre affaire, un agriculteur avait obtenu un prêt auprès d'une banque en vue de l'achat à crédit d'une moissonneuse-batteuse (bien mobile) pour son exploitation agricole d'exportation de céréales. Selon la Cour de justice brésilienne (STJ), l'agriculteur (malgré son statut de professionnel) doit être considéré comme destinataire final du produit acheté selon l'article 2 du Code de la consommation. Le Code de la consommation s'applique donc à ce contrat de prêt et toute clause abusive doit être chassée *ex officio* par le juge<sup>337</sup>.

259. Selon la jurisprudence brésilienne, le Code de la consommation s'applique également au contrat de bail commercial. Les activités commerciales d'une bailleuse dans le bien loué n'empêchent pas l'application du Code de la consommation. Pour cette raison, « n'est pas permis le cumul d'une commission avec l'indexation monétaire, il s'agit d'une clause abusive et le Code de la consommation chasse ces pratiques abusives... »<sup>338</sup>. La jurisprudence brésilienne a aussi appliqué dans un contrat de transport de marchandises le délai de prescription

<sup>335</sup> STJ; RESP n.º 264126/RS ; 4ª Turma ; Relator : Min. Barros Monteiro ; Julgado em 08.05.2001.

<sup>336</sup> STJ; RESP n.º 468148/SP ; 3ª Turma; Relator : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 02.09.2003.

<sup>337</sup> STJ; RESP n.º 445854/MS ; 3ª Turma ; Relator : Min. Castro Filho ; Julgado em 02.12.2003.

<sup>338</sup> STJ ; RESP n.º 235200/RS ; 3ª Turma ; Relator : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 24.10.2000

pour l'action de réparation des dommages et intérêts prévu dans le Code de la consommation<sup>339</sup>. Un autre arrêt de la Cour, toujours dans un cas de dommages causés aux biens dans un transport de marchandises, va dans le même sens ; selon cette décision peu importe si la condition de destinataire final du bien était présente en l'espèce<sup>340</sup>.

260. Le Tribunal de justice de l'État de Minas Gerais a également déclaré la nullité de plein droit de la clause d'élection de *for* dans un contrat de franchise fixée par McDonald's dans deux contrats de franchise différents. Selon la décision, la vulnérabilité des franchisés par rapport au franchiseur était évidente en l'espèce et les contrats de franchise en question caractérisés comme de purs contrats d'adhésion<sup>341</sup>. En revanche, la Cour suprême brésilienne (Tribunal suprême fédéral) s'est également prononcée, dans un arrêt de décembre 1999<sup>342</sup>, en faveur de l'inapplicabilité du cadre légal de protection des consommateurs. Il s'agissait d'un contrat international (contrat d'importation de coton) entre deux professionnels, dans lequel des sommes considérables étaient en jeu. La Cour suprême a clairement indiqué à propos de la contestation d'un jugement étranger que le droit de la consommation n'était pas applicable en matière de consommateur intermédiaire. Selon la Cour brésilienne, il ne s'agissait pas d'un contrat d'adhésion, car les clauses avaient été négociées. Ainsi, l'arrêt précise que « seuls les biens et services destinés au consommateur final sont protégés par le Code de la consommation, et non ceux qui sont directement utilisés dans la production d'autres biens et services », par exemple le coton dans la fabrication des vêtements. Les arrêts susmentionnés, qui se multiplient depuis 2004, révèlent que la jurisprudence brésilienne a senti la nécessité d'adoucir la théorie finaliste classique pour pouvoir appliquer le Code de la consommation également aux relations contractuelles entre professionnels.

261. Il s'agissait toujours selon la jurisprudence d'une mesure d'exception ayant pour but de combler les lacunes du droit brésilien en la matière. Dans un arrêt très connu en droit brésilien, la Cour de Justice<sup>343</sup> a appliqué le droit de la consommation et le juge a expliqué dans sa décision que « la relation de consommation ne se caractéris[ait] pas par la présence ou absence d'un consommateur, mais par la présence d'un vulnérable, qu'il soit consommateur ou

<sup>339</sup> REsp n° 258.132/SP, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/03/01). Recurso especial conhecido e provido.” (STJ ; RESP n.o 329587/SP ; 3a Turma ; Relator : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 02.05.2002

<sup>340</sup> STJ ; RESP n.o 286441/RS ; 3a Turma; Relator para o Acórdão : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 07.11.2002). « Dommages et intérêts. Contrat de transport. Code de la consommation. Applicabilité en matière de prescription (art. 27), peu importe la présence d'un destinataire final ».

<sup>341</sup> Agravo n°. 1.0024.05.736814-4/001, TJMG, 13ª Cam. Cível, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 15.12.2005.

<sup>342</sup> SEC 5.847-1, *Teka v. Aiglou*, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999.

<sup>343</sup> Resp 476.428-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005.

professionnel ; que l'essence première du Code de la consommation [était] la protection du plus vulnérable ».

262. La jurisprudence brésilienne fait donc preuve d'incohérence, ce qui est source d'insécurité juridique. La protection des professionnels à travers l'application par analogie du Code de la consommation demeure une possibilité que tous les juges ne sont pas prêts à exploiter.

#### B. L'application par analogie du droit de la consommation refusée en droit français

263. Selon M. Calais-Auloy « le cœur du droit de la consommation est constitué par les règles qui répondent cumulativement à deux critères : a) leur application est réservée aux relations entre professionnels et consommateurs ; b) leur but est de protéger les consommateurs. Dans sa conception la plus étroite, le droit de la consommation se limite à ces règles-là. En France, c'est le cas, par exemple des dispositions concernant le démarchage, le crédit, [et aussi] les clauses abusives »<sup>344</sup>. Le Code de la consommation français est donc un système juridique autonome composé de normes et de principes propres compatibles avec le système de droit commun ; il met en valeur la réalité socio-économique des consommateurs.

264. Bien qu'il soit autonome, le droit de la consommation a une finalité plus large que la seule protection des consommateurs : il vise à protéger la partie faible. C'est pourquoi certains auteurs se demandent si cette protection ne profiterait pas aussi aux professionnels, accablés par les mêmes vices, lorsque ceux-ci ont contracté avec un autre professionnel qui en a profité pour leur imposer une clause déséquilibrant gravement le contrat à son avantage<sup>345</sup>. Il est bien évident, selon ces auteurs, que l'existence dans un contrat, fût-il conclu entre professionnels, d'une clause fruit d'une inégalité entre les contractants est source d'une injustice contractuelle inadmissible<sup>346</sup>. Le droit français ne pouvait pas, alors, compter sur une protection spécifique

<sup>344</sup> J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*. Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006, p. 18. V. H. Lecuyer, « Cession de fonds de commerce et applicabilité des dispositions consuméristes relatives au démarchage à domicile, *Deffrénois*, n° 2, 30 janv. 2016, p. 70.

<sup>345</sup> G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels* (C. Jamin, D. Mazeaud, dir.), Paris, Economica, 1998, p. 17, pt 13.

<sup>346</sup> D. Mazeaud, « *La protection par le droit commun* », *op. cit.* p. 33, pt 3. Quelques paragraphes plus loin, l'auteur affirme : « En vrac, il est d'abord affirmé par certains que l'exclusion des professionnels s'impose tout simplement parce que le dessein du code de la consommation est justement de protéger les consommateurs contre les professionnels. Le professionnel, voilà l'ennemi ! Pas question donc de le faire bénéficier d'un droit qui a été conçu contre lui... À dire vrai, on reste interdit face à une telle argumentation tant elle apparaît outrancière. À s'en tenir à la seule protection que le droit de la consommation confère contre les clauses abusives, il ne fait, en effet, guère de doute que sa légitimité repose, non pas sur le label abstrait de consommateur ou de professionnel qui peut être accordé à la victime de l'abus, mais sur la nécessité de restaurer l'équilibre contractuel lorsque celui-ci a été rompu de façon significative en raison de la profonde inégalité qui



des professionnels contre les clauses abusives, arrivée avec la loi de modernisation de l'économie en 2008. Le droit commun étant insuffisant, la doctrine a essayé d'utiliser la protection spéciale accordée aux consommateurs pour justifier le besoin de protection des professionnels.

265. Ainsi, une protection devenait ainsi également nécessaire « dans les rapports entre les entreprises lorsque l'une d'elles se trouve dans une position bien plus faible que l'autre et qu'elle est confrontée à des clauses abusives imposées par cette dernière, sans pouvoir réellement les négocier »<sup>347</sup>. Mais un professionnel pouvait-il prétendre à la protection du droit de la consommation dans ses relations contractuelles avec d'autres professionnels ?

266. La jurisprudence française a tout d'abord accepté l'application du Code de la consommation à un contrat entre professionnels. Ainsi, l'article L. 212-1 du Code de la consommation a pu être appliqué pour protéger le professionnel : dans un arrêt du 25 avril 2007, la Cour de cassation décida d'étendre le bénéfice de l'obligation de conformité des produits et services posée par ce texte à un professionnel<sup>348</sup>.

267. De plus, il ressortait en France, tant de la lettre que de l'esprit du texte sur les clauses abusives, que son application s'étendait aux professionnels qui contractent dans un domaine qui leur est étranger<sup>349</sup>. La Cour de cassation française a ainsi étendu, dans un premier temps, la réglementation sur les clauses abusives au professionnel agissant dans un état d'ignorance<sup>350</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un agent immobilier qui avait fait l'acquisition d'un système d'alarme pour son agence immobilière. La Cour de cassation a considéré que le système de protection des consommateurs était ici applicable, car il s'agissait d'un professionnel ayant agi hors de son domaine habituel de compétence, « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ».

268. La Cour a néanmoins refusé par la suite d'étendre ce système aux contrats en rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant, sous l'argument que cette protection offerte par le droit de la consommation n'était pas appropriée. Ainsi le critère de

---

régnait, lors de la négociation du contrat, entre le créancier et le débiteur de la clause litigieuse ». (D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, pt 15).

<sup>347</sup> B. Fauvarque-Cosson, M. Fontaine, R. Schulze, S. Witthaker, « Table ronde : le regard des juristes européens », *Revue des contrats*, 2009, p. 380.

<sup>348</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 avril 2007, n° 03-13873.

<sup>349</sup> G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », *op. cit.*, p. 17, pt 5 *sq.* Toutefois l'interprétation que l'auteur fait des textes peut être sujette à critiques.

<sup>350</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 1987, *Bull. civ.* I, n° 134 ; *D.* 1987. *Somm.* 455, obs. Aubert ; *D.* 1988.1, note Delebecque ; *JCP* 1987.II.20893, note Paisant ; *RTD civ.* 1987.537, obs. Mestre.G. Paisant, précité, pt. 17 ; D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTDCom*, 1998, p. 95, pt. 10.

la compétence a-t-il été abandonné par un arrêt de la Cour de cassation<sup>351</sup> et remplacé par un critère objectif plus restrictif : au sens de l'ancien article L. 132-1 (nouvel article L. 212-1) du Code de la consommation, est consommateur ou non professionnel la personne physique qui forme un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle<sup>352</sup>. Se trouvent ainsi exclus de la protection contre les clauses abusives les commerçant, artisans, et professionnels libéraux qui contractent pour un besoin professionnel, même s'il est hors du champ de leur connaissances et compétences professionnelles. Par exemple, selon la jurisprudence, un commerçant personne physique ne peut bénéficier de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation pour le contrat de fourniture d'eau conclu au service de son local d'exercice<sup>353</sup>.

269. Cette décision a été fortement critiquée : pour certains auteurs, accéder à de telles demandes reviendrait à méconnaître la finalité du droit de la consommation et à en étendre abusivement l'application au détriment du droit commun<sup>354</sup>. Pour d'autres, au contraire, le droit de la consommation est destiné à protéger le faible ou l'ignorant contre le fort et le sachant. Par conséquent, « il doit pouvoir également profiter au professionnel contractant en état de faiblesse avec un autre professionnel économiquement ou techniquement plus puissant »<sup>355</sup>.

270. Ces débats étaient justifiés en droit français avant la loi de modernisation de l'économie en 2008, qui a inséré dans le Code de commerce une protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives en matière de droit des pratiques restrictives de concurrence. Cette nouvelle protection était nécessaire depuis la jurisprudence de 1995<sup>356</sup> et sa vision restrictive de la notion de consommateur. Certes, l'extension du droit de la consommation aux professionnels en droit français était *a priori* en totale contradiction avec la

<sup>351</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 24 janvier 1995, n° 92-18227, *Bull. Civ., I*, n° 54, note G. Paisant, *D.* 1995, jur. p. 237 ; *RTDCiv.* 1995, p. 360. Voir aussi : 3 et 30 janv. 1996 (*supra*) ; 10 juill. 1996, n° 94-16.843 ; 18 mars 1997 n° 94-20.956 ; 23 févr. 1999, n° 96-21.744 ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 1999, *D.* 1999, I.R, p. 170 ; et même s'il s'agit d'une activité professionnelle future qui n'est pas encore exercé (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 juill. 2001, *D.* 2001. 2828, obs. Rondey, *RTDCiv.* 2001, p. 873, obs J. Mestre et B. Fages.

<sup>352</sup> V. article liminaire du Code de la consommation, qui éloigné ce doute en établissant une définition du consommateur et du professionnel. Voir *supra* sur la définition des consommateurs en droit français.

<sup>353</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 mars 2002, *Cont. conc. consom.*, août-sept. 2002, n°118 : « C'est essentiellement en réaction contre les excès de générosité manifestés par la Cour de cassation à partir de 1987 à l'égard du professionnel agissant hors de sa spécialité que la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 a introduit le critère du rapport direct en matière de démarchage à domicile, critère désormais inscrit dans l'article L. 121-22, 4 du Code de la consommation qui exclut du bénéfice des dispositions relatives au démarchage les « ventes, locations ou location-vente de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession ».

<sup>354</sup> J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1996, n° 10. ; G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », *loc. cit.*

<sup>355</sup> *Juris Compâct, Le consommateur & ses contrats*. Editions du Juris-classeur, 1999, p. 353 ; D. Mazeaud, note ss Cass. com., 14 mai 1994, *D.*, 1995, somm. p. 89.

<sup>356</sup> V. *infra* n° 364.

finalité de la législation, originellement destinée à la protection des profanes. Cependant, ignorer la faiblesse de certains professionnels était contraire à la réalité du monde des affaires et injustifié dans le cadre de l'orientation actuelle du droit, attachée à la sauvegarde des plus faibles – c'est pour cette raison qu'existent les exceptions sur l'exclusion –<sup>357</sup>. L'apparente spécificité du contrat de consommation devrait être dépassée : comme le souligne fort justement Mme Sauphanor-Brouillaud, ces contrats « ne présentent aucune spécificité quant à leur prestation caractéristique »<sup>358</sup>. Il faudrait même, pour certains auteurs, songer à abandonner la catégorie des contrats dits de « consommation »<sup>359</sup>. Dès lors, les règles applicables à la protection du consommateur seraient les règles générales applicables à la protection de la partie faible dans n'importe quel genre de contrat. Cela justifierait de ne pas exclure le professionnel de la protection contre les clauses abusives offerte par le droit de la consommation aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels.

271. L'idée d'une règle générale contre les clauses abusives a manifestement trouvé un écho favorable dans la réforme du droit des contrats introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 : le nouvel article 1171 du Code civil instaure en effet une protection générale contre les déséquilibres significatifs dans les contrats d'adhésion<sup>360</sup>. Par ce biais, on échappe à la prédiction de M. Denis Mazeaud selon laquelle le droit de la consommation deviendrait, au détriment du droit commun, la seule « matrice du droit vivant »<sup>361</sup>. En d'autres termes, le droit de la consommation n'est pas devenu le « nouveau droit des obligations »<sup>362</sup>.

## §2. La protection embryonnaire du droit de la concurrence

<sup>357</sup> Par exemple il convient de souligner ici qu'en matière de message publicitaire « peu importe le destinataire de la publicité, qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'un professionnel, la jurisprudence semble bien avoir opter pour une conception très extensive de la notion de consommateur, en y incluant le professionnel, même lorsqu'il est sollicité dans son domaine de compétence et d'activité. Mais il faut une annonce au public ». G. Taormina, *op. cit.* p. 461.

<sup>358</sup> N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, p. 17.

<sup>359</sup> Selon M. Beauchard, « on a avancé l'idée qu'il existerait une nouvelle catégorie de contrats, les contrats de consommation. Comme toute qualification, celle-ci ne peut avoir d'intérêt que pour déterminer le régime juridique applicable à ce contrat [...]. Mais cette qualification ne repose en réalité que sur la qualité des parties (professionnels d'un côté, consommateur de l'autre) qui constitue un facteur non essentiel de qualification [...]. Les obligations essentielles des parties et donc le contenu du contrat n'est pas caractéristique. Un contrat de vente, d'entreprise ou de prêt conclu entre un professionnel et un consommateur ne se distingue pas par son contenu et les obligations essentielles des parties du même contrat conclu entre deux professionnels ou deux particuliers. Ces contrats restent soumis au droit commun d'une part et droit spécial de la vente, du prêt ou de l'entreprise, sauf dérogation en vertu d'une règle spéciale propre au consommateur ». (J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, PUF, 1996, p. 38).

<sup>360</sup> V. *supra* 266.

<sup>361</sup> D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *loc. cit.*

<sup>362</sup> *Ibidem*

272. Le droit de la consommation a véritablement influencé le système de protection des professionnels, soit en démontrant un changement nécessaire du paradigme contractuel d'égalité, soit en protégeant directement les professionnels grâce à une application par analogie aux contrats entre professionnels. En d'autres termes, « (...) dans les rapports entre professionnels, la loi est intervenue de plus en plus souvent, régulant la sous-traitance ou la franchise, réprimant certains comportements commerciaux lorsque l'un des professionnels est en situation d'infériorité »<sup>363</sup>. Ces mesures s'inspirent en apparence du droit de la consommation, mais c'est en amont que se trouve l'authentique source d'inspiration ; dans les sources immuables du droit, à savoir les principes d'équilibre et d'équité.

273. Le droit de la concurrence vise d'une manière générale à réguler les marchés pour permettre une concurrence la plus efficace possible, car si la règle de la concurrence est la liberté et la licéité du dommage concurrentiel, les pratiques commerciales anormales ou déloyales sont quant à elles interdites. Ce droit ne cherche pas directement à protéger les concurrents, ou les consommateurs, mais il peut, de manière incidente et bien que là ne soit pas son objectif premier, permettre de défendre de certaines personnes en situation de dépendance. De même, la concurrence offrant une meilleure allocation des ressources et un prix plus faible, les consommateurs en bénéficient, alors que ce n'est pas non plus l'effet directement recherché.

274. Selon M. Calais-Auloy « il existe, à la frontière entre droit de la concurrence et droit de la consommation, un ensemble de règles qui sont classées tantôt d'un côté tantôt de l'autre, et qui appartiennent en vérité aux deux disciplines. De façon plus générale, on peut affirmer que les règles de droit de la concurrence ont presque toutes des conséquences pour les consommateurs, et réciproquement les règles de droit de la consommation exercent presque toujours une influence sur la concurrence »<sup>364</sup>. Il s'agit alors, selon l'auteur, d'un couple et comme dans n'importe quel genre de couple il y a des points de divergence et de convergence. Plus qu'à l'intérieur d'un couple, et parce que aucun couple ne se ressemble, on pourrait dire

---

<sup>363</sup> H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif » in Calais-Auloy, J., *Études de droit de la consommation, Liber amicorum*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1086.

<sup>364</sup> J. Calais-Auloy, « Rapport de synthèse », in *Concurrence et consommation*, (Y. Serra, J. Calais-Auloy, dir.), Paris, Dalloz, 1994, p. 121. Selon le rapport de synthèse de Calais-Auloy, « Yves Serra, au début de ce colloque, parlait d'un couple concurrence-consommation. C'est bien d'un couple qu'il s'agit, tous nos travaux nous l'ont montré. Mais quel genre de couple ? Certaines interventions suggéraient une idylle harmonieuse, d'autres un conflit permanent. La vérité, je pense, est plus nuancée : entre droit de la concurrence et droit de la consommation, il y a de nombreuses convergences (I), mais il existe aussi quelques divergences (II) ». V. aussi : M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse de doctorat, Paris-IX, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, n° 178 sq.

qu'il existe entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence une relation complémentaire et interdisciplinaire.

275. Dans le droit de la concurrence le marché et la concurrence inspirent les règles de protection de la faiblesse. Il s'agit alors moins de protéger les individus que de garantir le fonctionnement harmonieux des échanges sur des marchés de plus en plus vastes. En ce qui concerne la protection des professionnels contre les clauses abusives offerte par le droit de la concurrence, le droit français (B) est beaucoup plus en avance que le droit brésilien (A).

#### A. Le retard du droit brésilien

276. Comme nous l'avons déjà souligné, il n'existe pas en droit brésilien de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives, à l'inverse du droit français, qui a prévu une protection spécifique dans son Code de commerce. Le Code de commerce brésilien, datant de 1850, intègre depuis la réforme de 2002 le Code civil dans une partie spéciale (Livre II) dénommée « Droit de l'entreprise »<sup>365</sup>. On peut y voir l'influence de la doctrine italienne et du *Codice civile* de 1942, lui-même déjà produit de l'influence des droits français et allemand ; ainsi « le Code français et la doctrine allemande ont pu vivre ensemble sans inconvénients majeurs »<sup>366</sup>. Il existe cependant actuellement au Brésil un projet de réforme visant à séparer le Code de commerce du Code civil. Ce projet est toujours en débat à la chambre de députés et au Sénat<sup>367</sup>.

277. Actuellement, on ne trouve pas dans la partie commerciale du Code civil brésilien de règles spécifiques de droit de la concurrence. N'existent que certaines lois spéciales non codifiées : ainsi la loi de 1962, qui a créé l'autorité de la concurrence brésilienne, le Conseil Administratif de Défense Économique (CADE)<sup>368</sup>. Le CADE assure la protection de l'économie

<sup>365</sup> Grâce à cette unification par le Code civil de 2002, le droit brésilien compte avec une partie spéciale, dans son Livre II (articles 966 à 1195) : « le droit de l'entreprise », composé de trois titres : « titre I. De l'entrepreneur » ; « titre II. De la société » ; « titre III. De l'établissement » et « titre IV. Des institutions complémentaires ».

<sup>366</sup> A. Wald, « Le droit français et la législation brésilienne », *La Lettre du CFDC, Centre français de droit comparé*, Editorial, Année de la France au Brésil, n° 58, 2009, pt 14.

<sup>367</sup> Il existe en effet deux projets de loi en débat sur la création d'un Code de commerce brésilien. Le premier, datant de 2011, projet de loi n° 1572 du 14 juin 2011, présenté par le député M. Vicente Cândido, est en discussion à la chambre des députés. Le second, le projet de loi n° 487/2013 datant du mois de décembre 2013 est présenté par le Sénat. Tous les deux sont encore en cours d'examen. La doctrine brésilienne se partage entre les tenants d'une séparation entre le Code de commerce et le Code civil : V. F. Ulhoa Coelho, « O projeto do novo Código comercial », in *Revista do instituto dos advogados de Sao Paulo*, ano 15, vol. 29, jan-jun., 2002, p. 201-207 ; et ceux qui sont contre cette séparation : H. Verçosa et R. Sztajn, « O projeto de novo Código comercial e a (ir)responsabilidade do legislador », *Revista de direito empresarial*, nov. 2013, p. 13.

<sup>368</sup> Les origines du CADE remontent cependant aux années 1945, avec le décret-loi n° 7666 visant la création d'une Commission administrative de défense de l'économie. Il faut pourtant attendre 1962 pour que la loi n° 4.137, du 10 de septembre 1962 crée l'autorité qui fait partie intégrante de la structure administrative du

brésilienne contre les pratiques de concurrence déloyale, les opérations de concentration ou encore le *dumping*. C'est cependant la loi du 11 juin 1994 qui lui a donné le statut d'agence indépendante ainsi que les moyens d'assurer pleinement ses missions<sup>369</sup>, particulièrement dans le contexte du *Plan Real*. Adopté le 27 février 1994, ce plan a instauré une nouvelle monnaie et prévu une politique de grands travaux et de réformes importantes du marché. Il fallait donc auparavant stabiliser les règles en matière de concurrence<sup>370</sup>. Ce besoin en droit de la concurrence doit être néanmoins fortement relativisé : le marché brésilien a longtemps été marqué par de très nombreux monopoles, publics ou privés, laissant peu de place à une véritable concurrence entre les acteurs économiques. Un processus de libéralisation a certes été engagé à la fin des années 1980, mais le chemin a été long avant de parvenir à une réelle économie de marché.

278. La loi de 1994 a par la suite été abrogée le 30 novembre 2011 et remplacée par la loi 12.259/11<sup>371</sup>. Cette dernière a restructuré le droit brésilien de la concurrence en prévoyant notamment le Système Brésilien de Défense de la Concurrence (SBDC), c'est-à-dire une juridiction administrative chargée de l'enquête et de la poursuite des pratiques anticoncurrentielle sur l'ensemble du territoire. La Constitution fédérale<sup>372</sup>, à l'exemple du droit de la consommation lui aussi prévu au sein de la Constitution brésilienne<sup>373</sup>, offre une protection en droit de la concurrence. Il convient d'ailleurs de mentionner que la protection des consommateurs était parmi les objets du droit de la concurrence brésilien dès son origine.

---

ministère de la Justice. V. A. Flavio, « Defesa da concorrência e proteção do consumidor no Brasil », *Temas do direito do consumidor*, 2010, pp. 17-28, V. aussi : V. Marques de Carvalho, « Pouvoir économique et défense de la concurrence : réflexions sur la réalité brésilienne », in *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées* (M. Fromont, M.-A. Frison-Roche, dir.) Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 850-870. .

<sup>369</sup> « Le système brésilien se singularise toutefois en ce que la loi confère à deux autres organismes gouvernementaux, le SDE, du ministère de la Justice, et le SEAE, du ministère des Finances, un rôle majeur en matière de conseil et d'investigation dans l'application de la loi. Les affaires sont d'abord soumises au SDE qui, avec l'assistance et les conseils du SEAE, mène les enquêtes préliminaires et applique la procédure administrative avant de soumettre le dossier et ses recommandations au CADE, qui prend la décision finale » J. W. Clark, « Politique de la concurrence et réforme de la réglementation au Brésil : Situation actuelle », in *Rapport OCDE, DAF/CLP(2000)26*, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises comite du droit et de la politique de la concurrence, 18 Sept. 2000.

<sup>370</sup> V. sur ce point J. W. Clark, *ibidem*, pp. 2-5.

<sup>371</sup> Loi n° 12.529 du 30 novembre 2011 : cette loi structure le système brésilien de défense de la concurrence, prévoit la prévention et la répression des infractions contre l'ordre économique brésilien. Ainsi, selon explique M. Burnier : « la nouvelle législation brésilienne de 2011 modifie complètement la structure de contrôle des concentrations au Brésil, lequel devient préalable et non plus postérieur (article 88, §2 du projet de loi). L'autorité brésilienne de la concurrence dispose d'un délai maximum de 330 jours pour juger l'affaire de concentration ». P. Burnier da Silveira, *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 149.

<sup>372</sup> Art. 170 : l'ordre économique, fondé sur la valeur du travail humain et sur la libre entreprise, vise à assurer à chacun une vie digne, selon les exigences de la justice sociale, sur les principes suivants : VI – la libre concurrence.

<sup>373</sup> V. *supra* n° 248.

279. Dans le rapport de la Commission Constitution et Justice du 28 avril 1961, l'ancien député Ulysses Guimarães décrivait ainsi les finalités de la loi de protection contre l'abus du pouvoir économique : protection de l'économie populaire, de la concurrence et du consommateur<sup>374</sup>. Mais cette relation entre le consommateur et le droit de la concurrence ne va pas forcément de soi. Certains auteurs reconnaissent un intérêt secondaire du consommateur, indirect mais non sans importance<sup>375</sup> ; d'autres présentent la protection du consommateur comme l'un des objectifs du droit de la concurrence<sup>376</sup> ; d'autres encore affirment que l'intérêt du consommateur constitue le principe directeur du droit de la concurrence<sup>377</sup>. Ces affirmations plus ou moins contradictoires montrent qu'en droit brésilien, la limite reste floue entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence, quand bien même chacun est constitué en matière indépendante<sup>378</sup>. Ces oppositions confirment également le manque de protection spécifique des professionnels, ainsi qu'une incompréhension qui rend problématique la communication entre ces deux systèmes.

280. Certes, les lois non-codifiées de protection de la concurrence, ainsi que la Constitution fédérale brésilienne en tant que telle, ne représentent qu'une protection de l'économie brésilienne et non une protection spécifique des professionnels. Ne s'agit-il pas là cependant d'une protection indirecte des professionnels dans la mesure où les règles utilisées pour la protection de l'économie et de la concurrence finissent par protéger d'une manière indirecte les relations entre professionnels. Par ce biais, le droit de la concurrence brésilien protège l'ensemble du marché, sans délaisser aucun secteur d'activité ni aucune entreprise, quelle que soit sa taille. Le ministère public pourra en outre engager des poursuites judiciaires pour sanctionner les pratiques anti-concurrentielles<sup>379</sup>.

281. Bien que n'étant pas doté de structure organisée de protection, le droit de la concurrence brésilien commence à gagner en visibilité avec l'action du CADE dans la

---

<sup>374</sup> V. B.-M. Shieber, « Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA) », *Revista dos Tribunais*, 1966, p. 63.

<sup>375</sup> V. J.-R. Lima Lopes, « Direito da concorrência e direito do consumidor », *Revista de direito do consumidor*, vol. 34, avr.-juin, 2000, p. 79.

<sup>376</sup> S. Varela Bruna, « O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício », *Revista dos tribunais*, 1997, pp. 169, 177.

<sup>377</sup> F. Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Forense, 1978, pp. 481-482.

<sup>378</sup> V. A. Badin, « Venda casada : interface entre a defesa da concorrência e do consumidor », *Revista de direito da concorrência*, n° 5, jan.-mar., 2005, p. 53 : « Bien que constituant le retour et le revers de la même politique qui vise, en fin de compte, le bien-être des consommateurs, les deux micro-systèmes étaient, au Brésil, traditionnellement considérés comme sans communication possible incommunicables : le droit de la concurrence et le droit de la consommation possèdent chacun leur indépendance ». V. aussi : H. Carpena, *O consumidor no direito da concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 4-5.

<sup>379</sup> V. *infra* 398.

protection de l'économie, et surtout avec la nouvelle loi de 2011<sup>380</sup>. Même si l'autorité de la concurrence n'a pas pour fonction spécifique et dédiée la protection des professionnels contre les clauses abusives, cela se fait indirectement quand cette institution protège l'économie brésilienne. Par exemple, dans un contrat d'acquisition ou de fusion d'entreprises, le CADE est tenu de procéder à un contrôle préliminaire avant d'autoriser la transaction<sup>381</sup>. Dans le cas où il constate une clause abusive, il pourra agir pour la protection du marché brésilien. Prenons ainsi une clause d'exclusivité ou une clause périmètre d'exclusivité : s'il s'agit d'une clause abusive, l'autorité brésilienne de défense de la concurrence pourra la déclarer abusive<sup>382</sup>. Il convient de souligner que le CADE «jouit d'un pouvoir judiciaire et fonctionne comme un tribunal administratif en matière de protection de la concurrence, ce qui n'empêche pas toutefois que ses décisions soient contrôlées par le pouvoir judiciaire »<sup>383</sup>.

282. Le droit brésilien de la concurrence reste cependant en attente d'une protection spécifique contre les clauses abusives présentes dans un contrat conclu entre professionnels. Le contrôle réalisé par l'autorité de la concurrence reste indirect dans la mesure où il sanctionne un abus quant au marché brésilien et non pas seulement entre les parties au contrat. Les décisions de l'autorité de la concurrence peuvent en outre être révisées par le juge. Les règles sont donc encore trop générales pour pouvoir être appliquées sans difficulté à la diversité des activités commerciales. Il serait dès lors non seulement possible mais aussi souhaitable d'introduire une protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives. L'interdiction des pratiques anti-concurrentielles constitue davantage une protection *a posteriori* des professionnels, tandis qu'une législation interdisant les clauses abusives protège ces derniers *a priori*, en limitant la liberté contractuelle dans les négociations. C'est la voie choisie par le droit français avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui vise à sanctionner toute tentative ou

---

<sup>380</sup> En 2016, l'autorité brésilienne de la concurrence a reçu un prix pour son action. Voir : <http://www.cade.gov.br/noticias/em-davos-cade-e-reconhecido-como-uma-das-agencias-antitruste-mais-eficientes-do-mundo> ; <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>.

<sup>381</sup> V. articles 88 et 89 de la loi n° 12.529/2011.

<sup>382</sup> Selon M. Marques de Carvalho « le régime brésilien de la défense de la concurrence présente un espace limité pour le pouvoir discrétionnaire basé sur des critères d'adéquation et d'opportunité. La marge de l'autorité de défense de la concurrence est réduite quand il s'agit de choisir entre l'adoption ou non d'un acte ou entre des mesures alternatives en face d'un cas. Si à certains moments le professionnel du droit a la possibilité de choisir entre des alternatives, ces moments restent cependant assez rares ». L'auteur cite l'exemple du Procès administratif n° 08000.024581/94-77 où le juge a analysé les motifs mis en avant par le CADE dans sa décision, le juge les a validés mais en a nié la conséquence en alléguant que de ces faits ne découlait pas la conséquence affirmée par le CADE, le juge a donc annulé l'amende imposé par le CADE. V. Marques de Carvalho, « Pouvoir économique et défense de la concurrence : réflexions sur la réalité brésilienne », in *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, op. cit., p. 869.

<sup>383</sup> P. Burnier da Silveira, *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 146.



soumission d'un partenaire commercial « à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

## B. L'essor du droit français

283. À la différence du Brésil, le droit français compte avec un Code de commerce autonome et indépendant du Code civil. Il existe dans ce Code une partie spéciale sur la protection des professionnels contre les clauses abusives : le Livre IV, intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence », prévoit des règles de droit de la concurrence. En droit français, comme l'explique M. Calais-Auloy, le droit commercial et le droit de la concurrence pourraient être regroupés dans un ensemble qu'il propose de nommer « le droit du marché » ; sachant que l'intérêt – voire l'obsession – pour l'ordre semble animer le droit français : « Le désordre de la nature n'est-il pas plus beau que l'ordre des jardins à la française ? Pour la nature, je ne me prononcerai pas. Mais, pour le droit, j'ai la faiblesse de penser que les règles ne sont acceptées que si elles sont comprises et qu'elles ne sont comprises que si elles sont ordonnées »<sup>384</sup>. Il est donc essentiel de trouver une logique ordonnée dans la protection des professionnels.

284. Cette logique semble être aujourd'hui de plus en plus celle de la partie faible. Or, de prime abord, le droit commercial met en relation deux commerçants, soit deux parties a priori égales en force. Leurs connaissances, leurs expériences, leurs savoirs seraient identiques et ne justifieraient ainsi qu'une intervention minimale du droit. Le piège de cette lecture simpliste de la relation inter-professionnels a cependant été démonté, si bien que le droit de la concurrence est désormais « contaminé » par les préoccupations de protection de la partie faible<sup>385</sup>, voire par un souci de « moralisation des pratiques commerciales »<sup>386</sup>. Certaines branches du droit marquent un recul, si ce n'est un rejet, de la morale au moment où le droit des affaires est touché par l'éthique des affaires. L'objectif est alors de « bannir l'emploi de procédés ou de comportements incompatibles avec la morale commerciale ou financière et, ainsi, [de] fortifier la légitimité de l'économie de marché »<sup>387</sup>.

<sup>384</sup> J. Calais-Auloy, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 125.

<sup>385</sup> L. Vogel, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial, et le droit de la concurrence », in « Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence », *Concurrence et consommation*, mai-juin 2000, n° 115, p. 7.

<sup>386</sup> J. Rochfeld, « Le statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, pt. 1.

<sup>387</sup> J.-Fr. Daigne, *L'éthique financière*, Paris, PUF, 1991, p. 58.

285. Le résultat de ce changement de perspective se retrouve dans les réformes successives du droit de la concurrence de 1986<sup>388</sup>, 1996<sup>389</sup>, 2001<sup>390</sup> et 2008<sup>391</sup>. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 permettait en effet aux juges de protéger dans une certaine mesure les professionnels. Selon l'article 8.1, était interdit l'abus de position dominante et selon l'article 8.2, l'abus de dépendance économique. Mais c'est véritablement la loi de modernisation de l'économie de 2008 qui a généré une révolution quant au champ d'application de la protection des professionnels contre les clauses abusives. Cette loi a introduit en droit français la protection des professionnels contre les clauses qui créent un déséquilibre significatif.

286. C'est avec la loi de modernisation de l'économie que la protection des professionnels, intégrée dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, prend davantage d'importance comme en témoignent à la fois son vaste champ d'application (1) et la souplesse des conditions posées (2).

#### 1. L'étendue du champ d'application

287. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce énonce : « 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 : De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'étendue du champ d'application de cette disposition se révèle lorsque l'on envisage l'appréciation portée par la jurisprudence du professionnel victime – « le partenaire commercial » – (a) et l'objet du déséquilibre significatif – « les droits et obligations des parties » (b).

##### a) L'interprétation élargie de la victime du déséquilibre

288. S'agissant du partenaire commercial, l'article L. 442-6 du Code du commerce doit être mis en perspective avec l'article L. 410-1 du même code : « les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services... ». Ainsi, le domaine *ratione personae* de l'article L. 442-6, I, 2° est des plus larges, comme le confirme un

<sup>388</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

<sup>389</sup> Loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

<sup>390</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Ce texte est manifestement inspiré par le souci de protéger des contractants en situation de faiblesse. Il se prête mieux au contrôle de l'équilibre contractuel que le droit des pratiques anticoncurrentielles. M. Chagny, *op. cit.*, pt. 799.

<sup>391</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie.

arrêt de la Cour d'Appel de Lyon<sup>392</sup> selon lequel l'expression « partenaire commercial » employée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'empêchait pas l'application de cette disposition à un contrat ponctuel. Ce contrat doit toutefois perdurer dans le temps, ainsi que cela découle de l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar<sup>393</sup> qui a appliqué cet article dans un contrat de location et d'entretien de linge de table. Dans un contrat de location financière d'un photocopieur, la Cour d'appel de Paris<sup>394</sup> a également décidé, en appliquant l'article L. 442-6, I, 2° précité que la clause pénale prévue dans un contrat de location de longue durée relatif à un photocopieur octroyé à une société civile de moyens d'avocats causait un déséquilibre significatif. L'article L. 442-6, I, 2° a été aussi appliqué dans le cas d'un contrat de crédit-bail portant sur un matériel de télésurveillance<sup>395</sup> et un contrat de licence d'exploitation d'un site internet<sup>396</sup>.

289. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce s'applique donc aux relations entre un « partenaire commercial » et un « producteur, industriel, ou personne immatriculée au répertoire des métiers ». Ainsi a-t-il déjà été invoqué dans un contrat de sous-traitance<sup>397</sup>, dans un contrat de location mobilier urbain<sup>398</sup>, ou encore dans un contrat de crédit-bail<sup>399</sup>.

#### b) L'interprétation élargie de l'objet du déséquilibre

290. L'élargissement du champ d'application se vérifie également par rapport à l'objet du déséquilibre, c'est-à-dire les droits et obligations des parties. Tous les types de clauses peuvent en effet être visées par l'article L. 442-6, I, 2°. Ainsi, contrairement au droit de la consommation, même les clauses relatives au prix pourront être examinées sous l'égide de cette disposition. Selon la Cour d'appel de Paris : « si [...] il n'appartient pas aux juridictions de fixer

<sup>392</sup> CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, *Troisgros c/ SAS Locam* : RJDA 8-9, n° 730 : Contrat de crédit-bail portant sur un matériel de télésurveillance : l'absence d'une continuité dans la relation n'exclut pas la qualification de partenaire commerciale. Cela n'empêche donc pas l'application de l'article L. 442-6, I, 2°.

<sup>393</sup> CA Colmar, 13 mai 2013, n° 11/05476.

<sup>394</sup> CA Paris, 7 juin 2013, n° RG : 11/08674 : « dans le cas où le contrat est résilié consécutivement à la résolution ou l'annulation du contrat de vente, pour quelque cause que ce soit, le locataire ayant choisi le matériel et le fournisseur doit régler au bailleur une indemnité HT égale à 10% du montant total des loyers, majorée de tous frais engagés au titre de la location. En outre, le locataire est solidairement tenu avec le fournisseur du remboursement au bailleur du prix d'acquisition du matériel majoré des intérêts, sans préjudice de tous autres dommages-intérêts ».

<sup>395</sup> CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, v. *supra*, note 83.

<sup>396</sup> Avis CEPC n° 15-01 du 22 janvier 2015 : BRDA 5/15 inf. 27 : « relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité avec l'article L. 442-6-I, 1° et 2° du code de commerce ». La jurisprudence est encore instable quant à la question : V. CA Aix-en-Provence 10 mars 2016, CCC 2016, comm. 141.

<sup>397</sup> CA Paris, 12 déc., 2013, n° 11/18274.

<sup>398</sup> CA Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., 17 sept. 2013, n° 12/05690, *SARL Ares c/ SAS Naja Immobilier Urbain*.

<sup>399</sup> CA Lyon 24 mars 2014, n° 12-00427, RJDA 8-9/2014, *Troisgros c/ SAS Locam*.

les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif »<sup>400</sup>. Dans une récente affaire du 25 janvier 2017<sup>401</sup>, la Cour de cassation a confirmé cette analyse et précisé expressément les différences entre les régimes de protection contre le déséquilibre significatif prévus dans le nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation et l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015<sup>402</sup>), le ministre chargé de l'économie, reprochant à la société Galec - groupement d'achats des centres Leclerc (le Galec) d'avoir soumis des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif à raison de certaines clauses du contrat-cadre ayant régi leurs relations en 2009 et 2010 relatives au versement d'une ristourne de fin d'année (la RFA) au bénéfice du distributeur, l'a assignée en annulation de ces clauses, répétition de l'indu et paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° et III du Code de commerce ; la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, sur le fondement que les intérêts protégés par les textes (du droit de la consommation et du droit de la concurrence) sont différents : « les contrats concernés et les personnes protégées étant différents, il n'y a aucune nécessité à délimiter de la même manière le champ d'application des deux normes. Si, dans le Code de la consommation, l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, une telle exclusion ne se retrouve pas dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce »<sup>403</sup>. Ainsi,

---

<sup>400</sup> CA Paris, 23 mai 2013 n° 12/01166, *Sté Ikea*, « il convient d'examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif ». V. aussi CA Paris 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 13/19251 : *RJDA*, 11/15, n° 784, *Min. écon. c/ Galec*, CCC 2015, comm. 229, note N. Mathey : « Galec a été condamné à restituer 61,3 millions d'euros de ristournes de fin d'année perçues sans contrepartie ». *Contra* : CA Paris, 4 sept. 2015, n° 15/04137 : « rejet d'une demande invoquant un barème des prix totalement ruineux, car ces clauses litigieuses ont été librement négociées » ; et aussi : CA Paris, 26 mars 2015, n° 13/14590 : « les honoraires versés par [le client] à son prestataire n'excèdent pas les sommes complémentaires effectivement recouvrées, plafond nécessaire pour éviter l'engagement de missions déficitaires et donc dépourvues de tout intérêt ». Et plus récemment voir : Cass., com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *D.* 2017 : « Dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite [...]. Ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2°, du même code. Cet article autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

<sup>401</sup> Cass., com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *D.* 2017 ; S. Le Gac-Pec *Sem Jur.* EA 2017, 1135 ; M. Behar Touchais la prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales à propos de l'arrêt Galec *Sem. Jur.* 2017, *Doct.* 255 ; F. Buy *D.* 2017 p. 481.

<sup>402</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 13/19251, *RJDA* 11/15, n° 784.

<sup>403</sup> Une comparaison serait possible avec l'article 1171 nouveau du Code civil, qui comporte la même exclusion et l'article 1143 nouveau qui ne la reprend pas en matière de violence, mais utilise la notion d'avantage manifestement excessif.

selon M. Mathey, par cet arrêt en date du 25 janvier 2017, « la Cour de cassation donne raison à ceux qui doutaient du rétablissement véritable et sincère de la liberté de négocier en droit de la distribution »<sup>404</sup>.

291. Cette différence n'est pas la seule existante entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et le droit de la consommation : en effet, cet article ne prévoit pas de listes de clauses considérées comme abusives<sup>405</sup>, il revient donc au juge de se prononcer *systématiquement* pour déterminer au cas par cas la présence ou non d'un déséquilibre significatif<sup>406</sup>. Dans cette recherche de déséquilibre significatif, le juge s'éloigne de la *ratio legis* de l'article L. 442-6, I, 2°, à savoir la protection du *marché*. En effet, cette disposition est utilisée davantage pour protéger le *contractant* en situation de faiblesse malgré son statut de professionnel. Ainsi, il n'est « pas nécessaire de rechercher l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques sur le marché »<sup>407</sup>. Le critère est donc bien celui de la vulnérabilité « concrète », « réelle », peu importe la qualification des parties. C'est pourquoi un auteur a pu regretter que cette disposition siège dans le droit spécial : « Dans la mesure où le but poursuivi par ces dispositions, en sanctionnant l'abus d'une situation de dépendance, est une protection des professionnels de même nature que pour n'importe quel contractant, les dispositions protectrices devraient plutôt s'insérer dans le droit commun des contrats que dans le droit de la concurrence dont la finalité est spécifique »<sup>408</sup>.

### 1. La souplesse des conditions

292. Le juge, en charge d'appliquer l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, a tout d'abord élargi le comportement prohibé par ce texte – la soumission – (a), puis le résultat d'un tel comportement – le déséquilibre significatif (b).

#### a) La notion de « soumission »

293. L'article L. 442-6, I, 2° s'applique en cas de « soumission » ou de « tentative de soumission ». Le terme « soumission » suggère l'existence d'une contrainte, notamment dans le

<sup>404</sup> N. Mathey, « Contrôle judiciaire des réductions de prix », in *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, comm. 77, avril 2017.

<sup>405</sup> Liste noire prévue à l'article R. 212-1 du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière *irréfragable* présumées abusives ... » ; et la liste grise art. R 212-2 : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont *présumées* abusives ».

<sup>406</sup> V. *infra* n° 360.

<sup>407</sup> *Memento Concurrence-consommation 2017*, Paris, Editions Francis Lefebvre, 2017, pt. 8500, p. 1167.

<sup>408</sup> Ouerdane-Aubert de Vincelles, C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, (préface de Yves Lequette), Paris, Dalloz, 2002, p. 162.

fait d'imposer une clause contractuelle sans négociation ; la prétendue « victime » acceptant alors des conditions qui n'ont pas été négociées. Selon la jurisprudence classique<sup>409</sup> en la matière, la soumission existe en cas de présence d'un déséquilibre structurel entre les parties au contrat. Dès lors, dans un contrat entre professionnels, il existe une clause qui crée un déséquilibre significatif lorsque les parties ne possèdent pas la même puissance, ce qui entraîne une absence de marge de négociation des clauses de ce contrat. La soumission peut aussi résulter du refus systématique ou du défaut de réponse du distributeur aux demandes de modifications ou aux réserves des fournisseurs, tout ce qui confère aux accords le caractère de contrats d'adhésion<sup>410</sup>, mais aussi de « simples suggestions ou pressions liées à un rapport de force déséquilibrée »<sup>411</sup>. Le juge donne ainsi crédit à la menace que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce fait peser sur le professionnel en situation de force qui serait tenter d'en abuser face à son cocontractant.

294. La soumission peut aussi résulter d'une prévalence systématique, sans négociation possible, des conditions générales d'achat du distributeur sur les conditions générales de vente du fournisseur. Effectivement, dans une décision du 27 mai 2015, la Cour de cassation<sup>412</sup> a décidé que dans un contrat cadre annuel entre une centrale d'achat et ses fournisseurs, la soumission découlait de clauses insérées dans tous les contrats signés par les fournisseurs ne disposant pas d'un pouvoir réel de les négocier.

295. En outre, la généralité des termes utilisés par le législateur de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permet aussi l'application de la disposition au-delà du secteur de la grande distribution, dans des contrats relatifs à d'autres secteurs d'activité. Selon la Cour d'appel de Paris<sup>413</sup>, l'article L. 442-6, I, 2° s'applique ainsi à un contrat entre un fabricant et un concessionnaire.

<sup>409</sup> V. Cass., com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 *Eurachan*, CCC 2015, comm. 115, obs. N. Mathey et Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera*, RJDA 5/15, n° 393, note S. Le Gac-Pech ; Bull. civ. IV, n° 42 ; RDC 2015, p. 523, obs. M. Behar-Touchais ; RTD com. 2015, p. 486, obs. M. Chagny ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 115, note N. M. ; RTD com. 2015, p. 486, obs. M. Chagny ; Cass., com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043 : RJDA 2/16, n° 154, JCP E 2016, 1040, comm. S. Le Gac-Pech ; CA Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513, RJDA 3/16, n° 231.

<sup>410</sup> V. Cass., com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 et n° 14-10.907, v. note précédente.

<sup>411</sup> CA Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651, *Société EMC Distribution Paris*, obs. D. Ferrier, *Dalloz*, 2014, p. 893.

<sup>412</sup> V. Cass., com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 : « les juges ayant relevé que ces fournisseurs, dont seuls 3% étaient des grands groupes, ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par la centrale d'achat, celle-ci détenant à cette période, 16,9% des parts de marché de la grande distribution », RJDA 8-9/15, n° 605, RTD civ. 2015, p. 606, obs. Barbier.

<sup>413</sup> CA Paris, 18 mars 2015, n° 12/21497 ; JCP E 2015, 1626 : BRDA, 10/15, inf. 20 : « un fabricant avait mis à disposition d'un concessionnaire d'une nouvelle gamme de produits à la condition qu'il s'engage à céder son magasin avant la fin de l'année, il a été jugé que la soumission résultait du statut même du concessionnaire, lié à

296. Dans l'affaire Carrefour, la Cour de cassation prend, selon Mme Behar-Touchais, une position claire sur la notion de soumission : « la notion de soumission, prévue dans l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, est composée de deux éléments, qui sont d'ailleurs étroitement imbriqués : d'une part, le contrat n'a pas été librement négocié ; d'autre part, il existerait une présomption simple de soumission de certains partenaires à d'autres due à la structure du marché, mais cette présomption pourrait être renversée dans des cas que la Cour précise »<sup>414</sup>. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation qui a approuvé, dans l'arrêt du 25 janvier 2017, la conception développée par la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Galec* : « Alors que le pourvoi reprochait aux juges du fond de ne pas avoir donné de base légale à leur décision, faute d'avoir caractérisé l'existence de « pressions auxquelles les fournisseurs ne pouvaient résister », la Cour de cassation insiste bien davantage sur la possibilité de négocier les conditions du contrat<sup>415</sup> pour caractériser la « soumission ».

b) La notion de « déséquilibre significatif »

297. La rédaction initiale de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce avait été conçue pour régir principalement les relations de grande distribution et, de ce fait, sanctionnait uniquement l'abus « d'une relation de dépendance » ou d'une situation de « puissance d'achat ou de vente ». Ces notions restreignaient le champ d'application de l'article ; c'est pourquoi la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 les a remplacées par une notion au potentiel plus important : le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

298. Pour que l'article L. 442-6, I, 2° puisse s'appliquer, deux critères cumulatifs doivent être réunis : l'existence d'un déséquilibre significatif entre les obligations et une soumission,

---

son concédant, et du chantage dont il avait été victime ». V. *Memento Concurrence-consommation 2017*, op. cit., pt. 85024, p. 1170.

<sup>414</sup> Cass., com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, *Carrefour c/ min. Éco.* V : M. Behar-Touchais, Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif, *Revue des contrats*, 01/03/2017, n° 01, p. 81 ; note D. Ferrier, D. 2017. 881.

<sup>415</sup> Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Contrats, conc., consom. 2017*, comm. 77, note N. Mathey ; D. 2017, p. 481, note F. Buy ; D. 2017, p. 1075, chron. S. Tréard, F. Jollec, T. Gauthier, S. Barbot et A.-C. Le Bras ; AJ Contrat 2017, p. 132, obs. D. Ferré ; JCP G 2017, doctr. 255, note M. Béhar-Touchais ; RTD civ. 2017, p. 383, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017, p. 593, note M. Chagny. V. N. Mathey, « Contrôle judiciaire des réductions de prix », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2017, comm. 77 : « En approuvant l'appréciation des juges parisiens, l'arrêt du 25 janvier 2017 semble plus clairement exiger une possibilité de négociation effective. En l'espèce, selon la Cour de cassation, la soumission était caractérisée dans la mesure où les clauses litigieuses avaient été pré-rédigées par le Galec qui en faisait une composante intangible de tous les contrats qui ne pouvaient faire l'objet d'aucune négociation effective. Cette nouvelle décision renforce l'impression née d'arrêts récents qui instaurent une présomption de soumission dans certains cas et en particulier dans le domaine de la grande distribution alimentaire (Cass., com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, FS-D, *Sté Carrefour France, Sté CSF, Sté Carrefour proximité France, Sté Interdis, Sté Carrefour administratif France, Sté Carrefour hypermarchés c/ min. Éco.*, ind. et numérique : *JurisData* n° 2016- 020311 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 53, note NM ; JCP E 2017, 1053, note S. Le Gac-Pech) ».

c'est-à-dire un rapport de force générateur de ce déséquilibre. Dans la définition du « déséquilibre significatif »<sup>416</sup>, expression assez large et vague non précisée par la loi, la jurisprudence française a joué un rôle décisif. Ainsi, ont déjà été considérées comme créant un déséquilibre significatif<sup>417</sup> : la clause de révision de tarifs qui n'organise aucune réciprocité<sup>418</sup>, la clause laissée à l'entière appréciation de l'une des parties<sup>419</sup>, la clause de retour d'inventus<sup>420</sup>, la clause qui a pour effet d'exclure les conditions générales de vente du fournisseur à l'égard du distributeur<sup>421</sup>, l'absence de réciprocité dans les clauses de pénalités<sup>422</sup>, la clause qui impose des ristournes de fin d'année sans contrepartie réelle<sup>423</sup>, ou encore la clause de mévente des produits ou de produits obsolètes<sup>424</sup>. Le déséquilibre significatif constitue donc une notion-cadre et plus particulièrement un standard<sup>425</sup> : il appartient ainsi au juge d'explicitier les manifestations

<sup>416</sup> V. N. Mathey, « Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consuméristes », *Contrats, conc., consom.*, 2013/5, étude 3 ; M. Behar-Touchais, *RDC*, 2009, p. 202, p. 1258.

<sup>417</sup> V. D. Mazeaud, « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres (Acte II) ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, coll. « Les Mélanges », 2015, p. 457. L'auteur réalise un recensement non exhaustif de clauses qui ont déjà été considérées comme créant un déséquilibre significatif.

<sup>418</sup> V. Cass., com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, v. *supra*, note 409 et *infra* note 427 : « il existe un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties lorsque les conditions de mise en œuvre d'une clause de révision des tarifs n'organisent aucune réciprocité ».

<sup>419</sup> « Il existe un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties lorsque le distributeur peut déréférencer un fournisseur unilatéralement, sans préavis ni indemnisation, en raison d'une sous-performance du produit directement liée aux conditions dans lesquels le distributeur le présente à la vente ». (V. Cass. Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, v. *supra*, note 409 et *infra* note 427).

<sup>420</sup> V. Cass., com., 29 septembre 2015, n° 13-25.043 : *RJDA*, 2/16, n° 154, JCP E 2016, 1040, comm. S. Le Gac-Pech. Il s'agissait d'un contrat entre la société EMC distribution et la société Casino, le ministre chargé de l'économie a considéré que deux clauses inscrites dans le contrat intitulé « Accord Commercial marque nationale 2009 » créaient un déséquilibre significatif et a assigné la première société en nullité de ces clauses, en cessation des pratiques et en paiement d'une amende civile. Selon la Cour de cassation, « le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans un tel document, donne à cette clause, ainsi qu'il a déjà été relevé, la portée d'un principe auquel les fournisseurs ne peuvent déroger qu'aux termes d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée. De ce fait, il est établi que la société EMC a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le fait que l'Administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application, est à cet égard indifférent ; qu'il convient, dans ces conditions, d'enjoindre à la société EMC Distribution de ne plus inscrire les clauses ainsi relevées dans le contrat type qu'elle conclut avec ses fournisseurs ... ».

<sup>421</sup> Cass., com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 : *RJDA* 8-9/15, n° 605 ; *RTD civ.* 2015, p. 606, obs. Barbier.

<sup>422</sup> Cass., com., 27 mai 2015, v. note précédente.

<sup>423</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 13/19251 : *RJDA* 11/15, n° 784.

<sup>424</sup> CA Paris, 25 novembre 2015, n° 12/14513 : *RJDA* 3/16, n° 231 : la clause de « protection des stocks » prévoyait qu'en cas de baisse de prix d'un produit le fournisseur pourrait ou devrait, selon les cas, accorder à Darty un avoir correspondant à l'écart entre le précédent prix et le nouveau prix, multiplié par le nombre des produits en stock ; la clause de « mévente des produits » prévoyait qu'en cas d'obsolescence, d'arrêt de fabrication ou de mévente d'un produit, le fournisseur pourrait établir un avoir au bénéfice de Darty correspondant à l'écart entre le prix d'achat réglé par Darty et le prix conforme à la situation nouvelle, multiplié par le nombre de produits en stock.

<sup>425</sup> E. Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse de doctorat, Paris II, 2015, n° 33 : « Ce pouvoir discrétionnaire peut dériver soit de la notion juridique même qui impose naturellement de regrouper des comportements en leur sein – “l'ordre public”, “l'intérêt de l'enfant”, “la dignité humaine” –, soit d'un standard, c'est-à-dire un adjectif venant durcir, ou, au contraire, assouplir une notion fixe dans le système juridique, par exemple “un délai raisonnable”, “une fraude manifeste”,



concrètes d'une notion visée par le législateur. Quintessence de la souplesse, le standard du déséquilibre significatif offre au juge le pouvoir de faire évoluer une disposition légale et ainsi de garantir son actualité au fil des années.

299. La souplesse se manifeste encore dans l'appréciation que le juge porte sur le déséquilibre significatif. En effet, le juge doit, selon la jurisprudence, apprécier le déséquilibre significatif de manière globale et non clause par clause<sup>426</sup>. Ainsi, selon la Cour de cassation, « le juge doit procéder à une analyse concrète et globale du contrat, tenant compte du contexte de sa conclusion et vérifier si les clauses éventuellement déséquilibrées ne sont pas corrigées par d'autres stipulations »<sup>427</sup>. Conformément à cette démarche, l'arrêt du 25 janvier 2017 a confirmé le choix de l'appréciation globale du déséquilibre : en l'espèce, la Cour de cassation considère que la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un déséquilibre significatif dans la mesure où le GALEC n'avait pas prouvé, ni même allégué, que « d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention »<sup>428</sup>. De cette façon, le juge ne se contente pas de confronter les clauses du contrat, de vérifier s'il existe un déséquilibre significatif *entre les clauses*. Bien au contraire, il doit rechercher ce déséquilibre dans la globalité du contrat, voire dans l'esprit de celui-ci, c'est-à-dire *dans les droits et obligations*. La tâche du juge semble ainsi plus subtile que celle qui lui est dévolue en droit de la consommation, où il se contente d'apprécier le déséquilibre significatif clause par clause<sup>429</sup>.

300. Aussi l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce apparaît-il comme un instrument de protection efficace du professionnel et plus largement de l'impératif de justice contractuelle : « Par la généralité de ses termes, il offre en effet un angle d'attaque efficace, non seulement dans les relations entre la grande distribution et les producteurs pour lequel il a été clairement conçu, mais encore dans d'autres domaines professionnels, où il parvient finalement

---

“un déséquilibre significatif”, etc. Dans les deux cas, la notion-cadre se démultiplie car, sans cela elle n'offrirait aucune indication sur le comportement à adopter et perdrait dès lors toute utilité ».

<sup>426</sup> V. *infra* n° 362.

<sup>427</sup> Cass., com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurachan* et n° 14-10.907, *Provera France* deux arrêts : RJDA 5/15, n° 393 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre, 2014, n° 13/16336, *Carrefour* : « les juges vérifient si la clause litigieuse [...] est manifestement disproportionnée, compte tenu de la situation particulière des parties, de leurs rapports de force de leurs obligations réciproques ». v. *supra*, note 409 et *infra* note 427.

<sup>428</sup> Cass., com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, *Sté Galec c/ min. Éco.* N. Mathey, « Contrôle judiciaire des réductions de prix », in *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, Avril 2017, comm. 77 : « Cela ressortait déjà des précédents arrêts ayant abordé la question » V. not. Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, préc. - Cass., com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, F-D, *Provera* : JurisData n° 2014-014939 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 115, note N. M. ; *RTD com.* 2015, p. 486, obs. M. Chagny). V. aussi : JurisData n° 2017-000899 ; JCP G 2017, doctr. 255, M. Behar-Touchais ; D. 2017, p. 481, note F. Buy.

<sup>429</sup> Saint-Esteben, R., « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, juillet 2009, p. 1282.

assez souvent à promouvoir le souci d'équilibre qui l'anime »<sup>430</sup>. Le législateur français a donc mis en place un système autonome spécial de protection des professionnels contre les clauses abusives, important l'esprit et la lettre du droit de la protection des faibles (le droit de la consommation) dans le Code de commerce (le « droit des forts », comme l'écrivait Thaller)<sup>431</sup>. Reste à savoir si ce tournant se vérifie également en droit supranational.

## Section II – La protection dans le droit supranational

301. Selon Guido Alpa, dans le domaine des contrats, « ce qui frappe c'est l'uniformité des tendances dans les différents systèmes plus importants »<sup>432</sup>. Cela se traduit dans les projets de codification uniforme et dans les règles du commerce international par une nouvelle réflexion sur la catégorie logique et pratique du « contrat », ainsi que par la dissolution du modèle traditionnel de contrat. Le contrat, organisme vivant au cœur de la société, doit avec elle changer et s'adapter aux nouvelles exigences économiques sociales.

302. Si un droit national présente certaines lacunes, le droit supranational peut apparaître comme le moyen de combler ses insuffisances. De plus, l'inégalité que l'on souhaite combattre existe entre les contractants et demeure, que le contrat soit national ou international. Il est donc essentiel de vérifier si l'existence d'une clause abusive dans un contrat entre professionnels peut bouleverser les règles de conflit de compétences et de lois au sein d'une organisation supranationale ayant comme objectif principal de régir le commerce international. Plus spécifiquement, il importe d'envisager l'articulation du droit français avec les règles européennes, et celle du droit brésilien avec les règles du Mercosur.

303. On commencera donc par l'analyse du droit de l'Union européenne (§1), avant d'examiner le droit du Mercosur (§2) en relevant une difficulté quant à ce dernier sujet liée à la jeunesse de cette institution et à l'insuffisance de références sur le thème.

### §1. Le développement du droit de l'Union européenne

<sup>430</sup> J. Mestre, H. Barbier, « L'actualité 2014 du droit des contrats », *RLDC*, décembre 2014, p. 11.

<sup>431</sup> On assiste alors à une certaine « consumérisation du droit commercial en France », L. Vogel, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial, et le droit de la concurrence », *Conc. cons.*, mai-juin, 2000, p. 7.

<sup>432</sup> G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 1-18, p. 3 : Selon l'auteur « il s'agit d'une évolution qu'on peut dire intérieure au concept de contrat, qui naturellement se place à côté de celle extérieure qui concerne les domaines déjà acquis au contrat à travers le développement de nouveaux types, de nouvelles pratiques, de nouvelles techniques de relation ».

304. Les normes européennes exercent une grande influence sur le droit national, en particulier le droit privé français. L'influence du droit communautaire, des directives et des règlements européens, a des effets directs sur la pratique contractuelle, par exemple en matière de protection du consommateur. L'ancien article L. 132-1, nouvel article L. 212-1, du Code de la consommation français provient ainsi essentiellement de la directive du 5 avril 1993, conséquence, entre autres, du marché commun européen, de l'harmonisation des règles contractuelles, de la possibilité d'ouverture au droit comparé et de la tentative d'élaboration de règles communes. Dans ce cadre, le Parlement européen avait publié en 1989 une résolution appelant à l'harmonisation de certains secteurs du droit privé, soulignant « qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil »<sup>433</sup>.

305. Cependant, l'Union européenne a-t-elle perçu le même enjeu s'agissant du droit commercial ? Celle-ci persiste dans le refus intangible d'étendre la protection contre les clauses abusives aux professionnels. On aurait pu penser que l'objectif principal du texte européen était pourtant la lutte contre le déséquilibre significatif, peu importe la relation dans laquelle on le trouverait, professionnel/consommateur ou professionnel/professionnel. En effet, le champ d'application matériel de la directive du 5 avril 1993 s'étend, d'après l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup>, aux clauses « d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle ». Or, de telles clauses existent dans les contrats entre professionnels, la faiblesse de l'un lui ôtant tout réel pouvoir de négociation. Cependant, cette directive est le résultat du Programme européen de protection des consommateurs, ce qui exclut malheureusement d'emblée les contrats commerciaux de son champ d'application : l'article 1<sup>er</sup> précise ainsi expressément que la directive concerne les clauses abusives « dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ». L'article 2 définit quant à lui le consommateur en écartant explicitement la sphère professionnelle : peut être qualifiée de consommateur « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins *qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* ». Toute application par analogie du droit de la consommation semble donc impossible. Comme le relève Mme Sauphanor-Brouillaud, « la distinction, que

---

<sup>433</sup> Résolution du Parlement, 26 mai 1989, sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres. Sur l'évolution du programme européen d'harmonisation voir : « Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit », in *Droit privé comparé et européen*, (D. Mazeaud, B. Fauvarque-Cosson dir.), Société de législation comparée, vol. 1, 2003 ; Sur l'influence du droit européen sur la réforme du droit civil français, voir : F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017.

connaît le droit interne, entre le droit commun et le droit spécial est faussée, puisque le droit européen a abordé la matière contractuelle par le biais du droit de la consommation »<sup>434</sup>.

306. Un contrôle des clauses abusives entre professionnels peut cependant être effectué par application du droit communautaire de la concurrence, lorsque la clause affecte le commerce entre États membres, condition d'applicabilité du droit communautaire de la concurrence. Il existe un contrôle *a priori* lors de l'octroi d'exemptions et un contrôle *a posteriori* par les interdictions, si la clause abusive répond à la qualification de pratique anticoncurrentielle. Le contrôle *a priori* correspond à l'examen des demandes d'exemption individuelle, qui aboutit à un retrait pur et simple des clauses injustifiées. Au travers des règlements d'exemption par catégorie, et sous prétexte d'appréhender les clauses anticoncurrentielles, existe de fait un contrôle des clauses abusives entre professionnels ; un contrôle certes indirect mais néanmoins bien réel<sup>435</sup>. Le contrôle *a posteriori*, par interdiction, peut être prononcé une fois démontré que le professionnel qui a imposé la clause abusive détient une position dominante<sup>436</sup>. L'abus de position dominante est interdit par les articles 86 CE et aussi par l'article 8-1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 puisque l'existence d'une clause évoque l'application de l'article 85 CE et l'article 7 de l'ordonnance. En l'absence de position dominante, il ne reste plus qu'à essayer de prouver l'existence d'un concours de volontés. Ainsi, ce contrôle – *a posteriori* – sera réalisé s'il existe, par exemple, une subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires sans lien avec le contrat.

307. Le Parlement européen et le Conseil ont émis une proposition de règlement relative à un droit commun européen de la vente le 11 octobre 2011. Cette proposition avait comme but d'ouvrir la voie à un nouveau régime contractuel européen, lequel se substituerait donc au droit national des parties<sup>437</sup>. Le champ d'application de cette proposition n'était pas limité aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs, dans la mesure où il s'étendait aux

<sup>434</sup> N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, pp. 193-194.

<sup>435</sup> On peut citer par exemple le règlement 240/96 sur les accords de transfert de technologie et le règlement 1475/95 relatif à la distribution automobile.

<sup>436</sup> V. Cons. const., 8 juin 1993, n° 93-D-21, BOCCRF 25 juill.1993, p. 197 ; Contrats, conc. consom. 1993, comm. 153 confirmée par CA Paris, 25 mai 1994 : BOCCRF 24 juin 1994 p. 236, obs. L. Vogel. *Affaire Cora* : relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora, rapport pour l'année 1993, annexe 28.

<sup>437</sup> V. M. Latina, « Les derniers développements du droit européen des contrats », *RDC*, n° 1, 2012, p. 299 s. V. aussi : D. Mazeaud, T. Genicon, « L'équilibre contractuel : trop, c'est trop ? », in « Le projet de DCV : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », *RDC*, 2012, spéc. p. 1471, B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.*, 2012, p. 34 et s. spéc., p. 41.

contrats conclus entre un professionnel et une PME au sens du règlement<sup>438</sup>. Il était cependant limité par le Parlement européen aux seuls contrats de vente à distance ; limitation modifiée par la Commission, qui a proposé dans son programme de travail pour 2015 une extension du champ d'application « afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique »<sup>439</sup>. Ainsi, à son « Programme de travail de la Commission pour l'année 2015 - Un nouvel élan », la Commission a annexé une liste des projets qu'elle avait décidé de retirer. Dans cette liste, elle mentionna le projet de droit commun européen de la vente au motif que la « proposition (est) modifiée afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique »<sup>440</sup>.

308. Par ailleurs, dans son Livre Vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, la Commission s'était interrogée sur le champ d'application d'un instrument optionnel. Cet instrument devrait-il viser à la fois les contrats conclus entre entreprises et consommateurs et les contrats conclus entre entreprises ?<sup>441</sup> La proposition de règlement semblait avoir répondu à la question en luttant contre le déséquilibre provoqué par des clauses n'ayant pas fait l'objet d'une

<sup>438</sup> Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, art. 7.2 « Aux fins du présent règlement, une PME est un professionnel (a) qui emploie moins de 250 personnes, et (b) dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros ou dont le bilan total annuel n'excède pas 43 millions d'euros, ou, pour une PME qui a sa résidence habituelle dans un État membre dont la monnaie n'est pas l'euro ou dans un pays tiers, le montant équivalent dans la monnaie de cet État membre ou pays tiers ». « Le texte n'assimile pas consommateur et PME et ne prévoit pas davantage d'extension de la protection consumériste aux PME : ces dernières restent bien des « professionnels » au sens des lois consuméristes, simplement la proposition prévoit quelques dispositions qui leur sont spécifiquement applicables » (C. Aubert de Vincelles, « Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats », *Revue des contrats*, n° 2, 01 avril 2012 p. 457. )

<sup>439</sup> V. J.-S. Borghetti, « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va (retrait de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *D.*, n° 24, 2015, p.1376-1377. V. aussi : L. Usunier, « Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d'une souris », *RTD civ.*, 2016, p. 304 ; C. Wendehorst, « Consumer Contracts and the Internet of Things », in *Digital Revolution : Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos 2016, p. 189.

<sup>440</sup> V. M. Behar-Touchais et al., « Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635) final et COM (634) final (7e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016) », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, février 2017, dossier 2. V. aussi : Annexe de la Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Programme de travail de la Commission pour l'année 2015 - Un nouvel élan : COM(2014) 910 final, p. 13.

<sup>441</sup> V. N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, p. 194 : « Sur ce point, les avis furent partagés. Certains ont pris nettement position en faveur d'une application étendue aux contrats entre entreprises. Il avait été indiqué par exemple que la coopération entre les professionnels et les consommateurs dans l'élaboration de règles optionnelles uniformes applicables aux contrats unifiés permettrait notamment de dépasser les discussions doctrinales par une négociation portant sur les besoins des professionnels et sur la protection des parties faibles (consommateurs, petite entreprise ...) ». Pour cette option : M. Behar-Touchais et M. Chagny (dir.), *Livre vert sur le droit européen des contrats, Réponses du réseau Trans-Europe Experts*, vol. 1, Paris, Société de Législation comparée, coll. « TEE-SLC », 2011, Réponse du groupe B, p. 99 s., spéc. p. 101 ; Contre : Réponse du groupe A, p. 47 s., spéc. p. 72.

négociation individuelle (art. 7), une situation qui ne se limite pas à la simple relation professionnel/consommateur. Certes, le contenu de ce droit optionnel diffère selon que le contrat est de consommation ou entre professionnels. Cependant, le droit proposé pour les professionnels comporte l'éradication des « clauses contractuelles abusives », mais pour lesquelles la définition de l'abus est plus restreinte que dans les contrats de consommation. Une clause n'est abusive que si « elle est de nature telle que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté »<sup>442</sup>. Dès lors, si la protection existe, elle apparaît doublement limitée : par le professionnel concerné – une PME – et par une définition plus stricte de l'abus.

309. Le projet de règlement de droit commun européen de la vente (DCEV) a donc choisi de sanctionner les clauses abusives entre professionnels, sans pour autant faire référence au « déséquilibre significatif ». L'article 86 du DCEV prévoyait ainsi que « dans un contrat entre professionnels, une clause contractuelle n'est abusive, aux fins de la présente section, que si : (a) elle fait partie des clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle au sens de l'article 7 ; et (b) qu'elle est de nature telle que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté ». L'idée de « bonnes pratiques commerciales » a été retenue par le projet de règlement de droit commun européen de la vente<sup>443</sup>.

310. L'article 7 de l'annexe au projet de règlement de droit commun européen de la vente concerne « les clauses contractuelles ne faisant pas l'objet d'une négociation individuelle ». Selon cet article, « 1. Une clause contractuelle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle si elle est proposée par une partie et si l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu ». Selon Mme Behar-Touchais, « il ne suffit pas qu'une des parties rédige la clause, car il y a toujours un contractant qui tient la plume. Ce qui importe c'est d'avoir pu influencer sur le contenu de la clause »<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> V. N. Sauphanor-Brouillaud, *ibid.*, pp. 195-196 ; V. aussi : O. Deshayes (dir.), *Le livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, Contributions du LEJEP, Paris, Éd. LEJEP-Lextenso, 2011, p. 12 sq., spéc. p. 147.

<sup>443</sup> V. M. Behar-Touchais, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, n° 3, 01 septembre 2014, pp. 412-413.

<sup>444</sup> M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat* (G. Lardeux, dir.), Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 33.

311. L'édification d'un droit européen des contrats est ainsi marquée par des efforts pour élaborer des principes communs<sup>445</sup>, spécialement dans le cadre de la protection contre les clauses abusives. Tels sont les principes issus du projet Lando, le projet Cadre commun de référence élaboré par l'Association Henri Capitant et la Société de Législation comparée (SLC)<sup>446</sup>. L'article 4 : 110 des Principes du droit européen des contrats, issus du Projet Lando, énonce que la clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle « peut être annulée par une partie si, contrairement aux exigences de bonne-foi, elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion »<sup>447</sup>. L'article 4 : 209 issu de la collaboration entre l'Association Henri Capitant et la SLC énonce quant à lui que « la clause qui, contrairement aux exigences de la bonne foi, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est nulle, ou peut être révisée à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée, lorsqu'elle n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle ou que la loi protège spécialement ce contractant, notamment en raison de sa qualité de consommateur »<sup>448</sup>.

312. L'Union européenne est donc très engagée et avancée en matière de protection des consommateurs. Il existe notamment un réseau des Centres européens des consommateurs (CEC), créé par l'Union européenne, dont l'objectif est essentiellement de fournir une assistance au consommateur résidant dans un autre pays européen et désireux de résoudre à l'amiable un litige l'opposant à un professionnel<sup>449</sup>.

313. La proposition de la Commission européenne visant à harmoniser le droit commun européen de la vente dans un Livre Vert n'est pas sans influence sur l'évolution du droit interne français en matière de protection contre le déséquilibre significatif, désormais prévue dans le Code civil. Il existe donc un mouvement d'interférences et d'interactions entre le droit interne et le droit supranational de protection contre les clauses abusives : le droit du commerce français

---

<sup>445</sup> V. Association Henri Capitant et Société de Législation comparée, *Projet de cadre commun de référence : Terminologie contractuelle commune*, vol. 6, 2008 ; Association Henri Capitant et Société de Législation comparée, *Projet de cadre commun de référence : Principes contractuels communs*, vol. 7, 2008.

<sup>446</sup> V. D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », i, *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 205.

<sup>447</sup> Art. 4 :110 des Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen du contrat présidée par O. Lando (version française préparée par G. Rouhette avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz, *Société de législation comparée*, p. 617).

<sup>448</sup> Art. 4 :209 du Projet de cadre commun de référence, in *Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant et Société de législation comparée, G. Wicker et J.-B. Racine Dir.), *Société de législation comparée*, p. 370 ; art. 6 :301 des Principes de l'acquis communautaire, *RDC* 2008, p. 189.

<sup>449</sup> V. <https://www.europe-consommateurs.eu/fr/accueil/>

influence le droit de l'Union européenne, qui influence en retour le droit commun national. Il est difficile de discerner qui est à l'origine de ce cercle vertueux mais on reconnaît à chaque étape l'influence de l'un sur l'autre. Par exemple, le droit de la concurrence, par le biais du Code de commerce, a influencé la Commission européenne quant à la proposition d'« une liste de pratiques déloyales (clauses contractuelles ambiguës, absence de contrats écrits, changements rétroactifs dans les contrats, transfert abusif de risque commercial, utilisation abusive d'informations, cessation abusive des relations commerciales), [c'est-à-dire essentiellement] des comportements réprimés par l'article L. 442-6 »<sup>450</sup>.

314. Qu'en est-il de ce mouvement dans le droit supranational du marché commun du Sud ?

## §2. L'émergence du droit du Mercosur

315. Le Mercosur<sup>451</sup>, marché commun du Sud, a été créé le 26 mars 1991 par la signature du traité d'Asunción, dans le but d'élargir le marché intérieur de chaque pays membre, dans le cadre d'un processus de développement économique en accord avec la justice sociale. Les premiers signataires de ce traité ont été le Brésil, l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay. Ils font actuellement partie du Mercosur en tant qu'États-membres. Le Chili, la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou, la Guyane et le Suriname y participent en tant qu'États associés ; le Venezuela ayant été suspendu en décembre 2016. Le Mexique et la Nouvelle-Zélande en font partie en tant qu'États observateurs. Le Mercosur a été créé pour faire face à la consolidation de grands espaces économiques en niveau international, à l'exemple de l'Union européenne.

316. Le Mercosur reste néanmoins un jeune marché commun qui ne possède pas encore la même notoriété que l'Union européenne dotée d'un niveau d'intégration plus avancé, et notamment d'un système propre de protection des droits fondamentaux. Le Mercosur possède cependant un mécanisme de modulation du droit privé à travers le système interaméricain de protection des droits de l'Homme. Le Brésil n'est toutefois lié à la Convention américaine

<sup>450</sup> V. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, 7<sup>e</sup> ed., 2017, pt 268, p. 133.

<sup>451</sup> « Mercosur » fait référence au Marché commun du Sud, est l'abréviation officielle en langue espagnole. Cette abréviation étant plus courante en France que le portugais « Mercosul », nous avons opté pour son utilisation au long de cette thèse. Il faut souligner l'existence d'autres organisations régionales d'importance dans l'Amérique, l'attention étant tournée au Mercosur car il s'agit d'une thèse en droit comparé franco-brésilien, on cite : l'ALENA (Accord de libre échange nord-américain), le CARICOM (Communauté caribéenne) et aussi le CAN (Communauté Andine). V. sur l'origine et structure du Mercosul : P. Burnier da Silveira, *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 144 sq.



relative aux droits de l'Homme à l'origine de ce système, signée à San José de Costa Rica le 22 novembre 1969, que depuis le 9 juillet 1992.

317. Les droits et libertés garantis par cette Convention correspondent dans une large mesure à ceux que protègent également les instruments européens. Le droit privé brésilien est donc moins influencé par la réglementation issue des accords d'intégration régionale dans lesquels le Brésil est impliqué. Le Mercosur souffre d'un fort déficit d'harmonisation législative malgré l'obligation imposée aux États membres, par l'article 1<sup>er</sup> du Traité d'Asunción du 26 mars 1991, d'harmoniser leur législation dans les « domaines pertinents ». Toujours selon le Traité d'Asunción, article 4, les États parties doivent coordonner leurs politiques nationales en vue d'élaborer des règles communes sur la concurrence commerciale.

318. En droit brésilien, l'influence des droits de l'Homme sur le droit privé résulte donc davantage de la protection des droits fondamentaux inscrite dans la Constitution de 1988 que du système interaméricain de protection des droits de l'Homme. La situation pourrait néanmoins être différente en droit de la consommation dans la mesure où il existe bien une proposition de Protocole commun de protection du consommateur. Celle-ci a néanmoins été rejetée par les États membres sous le prétexte qu'elle conduirait au démantèlement des mesures nationales de protection des consommateurs, plus particulièrement au Brésil et en Argentine<sup>452</sup>. Néanmoins, l'obligation d'aboutir à un texte commun en la matière semble persister.

319. En ce qui concerne la protection des professionnels contre les clauses abusives, il n'existe pas de règle spéciale de protection au niveau supranational. Une règle pour la protection des consommateurs est cependant en voie de préparation<sup>453</sup>. Dans cette proposition, la définition du consommateur semble au moins être plus précise que la définition actuelle offerte par le droit brésilien et permettrait même, selon certains auteurs, une application extensive du Code de la consommation aux relations contractuelles entre professionnels.

320. Contrairement à l'Union européenne, on ne dispose néanmoins pas de données relatives à l'incorporation et à la mise en œuvre des normes du Mercosur dans les États membres. Il y règne une asymétrie normative et une absence de volonté de ses États membres

<sup>452</sup> V. Bourgoignie, T. (dir.) *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 2009, p. 31 9sq. ; 355sq.

<sup>453</sup> Il existe depuis les années 90 une Commission d'études du droit de la consommation, qui a été transformé en 94 dans une Commission Technique lié à la Commission de Commerce, appelé CT7. Les travaux sont toujours en préparation, le but sera de créer une base législative commune de défense et protection des consommateurs. V. A. Gaio Junior, *O consumidor e sua proteção na Uniao europeia e Mercosul*, Jurua, 2014 ; C.-L. Marques, « Direitos do consumidor no Mercosul : algumas sugestoes frente ao impasse », in *Revista de direito do consumidor*, Sao Paulo, RT, n° 32, oct./déc., 1999, p. 20.

d'harmoniser leur législation respective, mais aussi un manque de transparence<sup>454</sup>. Ces lacunes posent de réelles difficultés pour les individus souhaitant invoquer leurs droits, par exemple en ce qui concerne la protection contre les clauses abusives, mais aussi pour la compréhension de la mise en œuvre du droit du Mercosur par les États membres.

321. Le champ de compétence du Mercosur n'est donc plus limité à des objectifs purement économiques. L'Union européenne comme le Mercosur énoncent des directives visant à ce que les droits de leurs pays membres soient en harmonie s'agissant des exigences essentielles de l'intérêt collectif (santé, sécurité, protection des consommateurs et de l'environnement)<sup>455</sup>. Ainsi, s'agissant de la protection des consommateurs il y a urgence à trouver une règle de protection conforme aux revendications essentielles, aucune commercialisation n'étant permise en cas de non-respect des règles. Il n'existe pas de règles protectrices spécifiques en ce qui concerne les professionnels.

322. Au contraire de l'Union européenne, le Mercosur manque de transparence sur les normes adoptées par ses États membres<sup>456</sup>, rendant ainsi ardu et problématique le contrôle de celles qui sont dûment mises en œuvre ainsi qu'un contrôle effectif par la société civile. Les États membres, y compris le Brésil, n'ont pas saisi l'importance de leur rôle dans la bonne application du droit du Mercosur<sup>457</sup>. Il importe donc de comprendre quel est l'impact au quotidien des normes du Mercosur sur les contrats entre professionnels et de savoir comment ces normes peuvent atteindre leur objectif. Selon l'article 41 du protocole d'Ouro Preto qui organise les sources du droit du Mercosur, « les sources juridiques du Mercosur sont : le traité d'Asunción, ses protocoles et les instruments additionnels ou complémentaires ; les accords

---

<sup>454</sup> On cite cependant des tentatives de signature des traités pour la coordination de législations nationales de pays membres, par exemple : la Décision n° 21 de 1994, la Décision n° 03 de 1992 sur les pratiques déloyales de commerce ; la Décision n° 07 de 1993 relative à la pratique du *dumping* ; et la Décision n° 20 de 1994 liée aux directives pour éliminer des politiques publiques qui altèrent la compétitivité. Toutefois, en raison de son caractère temporaire, la Décision n° 21/94 n'a jamais été appliquée. Elle est considérée comme « le premier pas de l'évolution de la protection de la concurrence du Mercosul [...] » : P. Burnier da Silveira, *op. cit.*, p. 160.

<sup>455</sup> Par exemple, le règlement technique du Mercosur sur la sécurité des jouets, approuvé par la résolution GMC, n° 23/04, adopté le 8 octobre 2004.

<sup>456</sup> En ce qui concerne l'efficacité interne des normes du Mercosur voir J.-G. Assis Almeida, « Le cadre normatif du Mercosur », *Droit et Société*, n° 59, 2005, p. 45. Selon l'auteur, « la question doit être analysée à la lumière des articles 38 à 42 du protocole d'Ouro Preto qui règlent l'application interne des normes émanées des organes du Mercosur, déterminant le moment où elles entrent en vigueur dans les droits nationaux. Cela est prévu à l'article 40. Selon ce dispositif, quand la norme est approuvée dans le cadre du Mercosur, les États membres prennent les mesures nécessaires à son incorporation à l'ordre juridique national. Puis, les États membres communiquent cette information au Secrétariat administratif du Mercosur (SAM). Ce dernier, une fois reçues les informations de la part de tous les États membres, avise simultanément ces derniers. Les normes entrent alors en vigueur dans les trente jours qui suivent ».

<sup>457</sup> Pour une critique sur le thème voir : P. Wojcikiewicz Almeida, *La difficile incorporation et mise en œuvre des normes du Mercosur. Aspects généraux et exemple du Brésil*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 348 sq.

passés dans le cadre du traité d'Asunción et de ses protocoles ; les décisions du Conseil du marché commun, les résolutions du Groupe du marché commun et les directives de la Commission du commerce du Mercosur, adoptées depuis l'entrée en vigueur du traité d'Asunción ». Cependant, le Mercosur n'a ni la même structure que l'Union européenne ni le même développement, au sein des États membres, de la protection des consommateurs et des professionnels. Il s'agit donc d'une organisation supranationale encore jeune en matière de protection des professionnels et des consommateurs.

#### Conclusion – Les instruments de protection créés dans le droit spécial

323. Face à l'insuffisance des instruments de protection des professionnels contre les clauses abusives dans le droit commun brésilien et français – avant la réforme du droit des obligations – il a fallu analyser les instruments de protection existants dans le droit spécial – le droit de la consommation et le droit de la concurrence – et aussi s'interroger sur l'existence d'un instrument de protection dans le droit supranational s'appliquant dans chaque pays. En ce qui concerne la protection spécifique des professionnels par le droit spécial, on a pu observer que le droit brésilien fait encore aujourd'hui une application par analogie du droit de la consommation pour la protection des professionnels ; une analogie qui a été déjà utilisée par le droit français mais rapidement écartée. Cette interprétation par analogie, en droit brésilien, est possible car il existe une imprécision légale s'agissant de la définition du consommateur et du professionnel. En droit de la concurrence, on a observé qu'il existe dans le droit brésilien une absence de protection spécifique des professionnels contre le déséquilibre significatif : il n'y existe pas d'équivalent à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français. Cette disposition, introduite par la loi de modernisation de l'économie en droit français, comprend des notions qui ont été analysées : la soumission et le déséquilibre significatif, largement exploitées par la jurisprudence française. Ce retard du droit brésilien se retrouve également lorsque l'on analyse les droits supranationaux : on a relevé les tentatives d'uniformisation du droit des contrats réalisées par le droit de l'Union européenne, en opposition au Mercosur, marché commun du sud, encore jeune comparé à l'Union européenne, qui ne prévoit pas de protection des professionnels contre les clauses abusives à un niveau supranational.

#### Conclusion – LE RÉGIME DE LA PROTECTION

324. La détermination du régime de protection contre les clauses abusives analysée du point de vue de la protection des professionnels n'est pas une tâche aisée. En effet, il existe des instruments de protection des professionnels contre les clauses abusives prévus par le droit commun et des instruments de protection créés par le droit spécial dans les deux pays étudiés. Cependant, ces instruments ne coïncident pas. En ce qui concerne le droit commun français et brésilien, l'on observe une absence de protection avant les réformes, chaque pays utilisant des palliatifs pour combler ce vide. Le droit brésilien protégeait à travers son nouveau Code civil datant de 2002, d'une manière générale, le contractant faible contre le déséquilibre significatif, même si ce mécanisme n'implique que des instruments très généraux qui ont été utilisés par les juges dans le souci de rétablir l'équilibre des relations contractuelles en présence de clauses considérées comme « ambigües » ou « contradictoires ». Ces clauses ont été sanctionnées par application de la théorie de la bonne foi. Le Code civil français compte quant à lui depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 avec une protection générale contre le déséquilibre significatif. Soulignons que cette insertion législative d'une protection contre le déséquilibre significatif n'a pas été une simple tâche. En effet, l'article 1171 du Code civil a été l'un des plus débattus en doctrine et après un long chemin de discussions et plusieurs changements de rédaction, il a finalement été adopté ; puis modifié par la loi de ratification du 20 avril 2018 prévoyant des restrictions que l'on ne peut que regretter. Le droit spécial français, à l'opposé du droit brésilien, prévoit une protection spéciale des professionnels contre les clauses abusives, depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008, dans le Code de commerce. Le Brésil ne compte, malheureusement, pas avec une telle spécificité. Pour cette raison, les juges brésiliens utilisent le Code de la consommation pour combler cette lacune. En effet, face à l'inexistence de loi spécifique de protection des professionnels faibles, les juges brésiliens ont commencé à procéder à une interprétation extensive des textes dédiés aux consommateurs ; moyen trouvé par la jurisprudence brésilienne pour restaurer l'équilibre entre les distributeurs et les fournisseurs, ce dans le but de combler une lacune législative au nom de la justice contractuelle. Toutefois, cette extension peut aussi être la cause d'injustices et d'une insécurité juridique. Nous avons donc montré que malgré la présence d'un système de protection des professionnels contre les clauses abusives en droit commun et en droit spécial français et brésilien, on peut encore s'interroger sur l'efficacité d'une telle protection dans un pays comme dans l'autre.

## 2. L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION DES PROFESSIONNELS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES

325. La question de la légitimité socio-économique de la protection du professionnel contre les clauses abusives était au cœur de la première partie de cette thèse. Dans une seconde partie, nous examinerons l'efficacité de cette protection. Le dictionnaire français de référence définit le terme « efficacité » de la manière suivante : il s'agit de la « qualité de ce qui est efficace », adjectif venant du latin *efficax*, « qui produit son effet », *un remède efficace, efficace contre le poison*<sup>458</sup>. Il s'agirait donc, à ce stade de notre réflexion, de trouver un remède efficace contre les clauses abusives (le poison ?). L'adjectif « efficace » signifie dans un sens général « *qui produit l'effet auquel il tend (par opposition à inefficace)* »<sup>459</sup>. Selon un auteur français, « dans le monde qui est le nôtre, et tout particulièrement dans la crise économique considérable que nous subissons, la valeur “efficacité” doit être promue, lorsqu'on arrive à l'accorder à la sécurité et à la loyauté, c'est-à-dire à nos deux piliers traditionnels du droit des contrats »<sup>460</sup>. Cette nécessité s'impose en effet.

326. Une analyse de l'efficacité de la protection des professionnels contre les clauses abusives permet donc d'étudier les limites du régime actuel de protection et d'envisager des remèdes à travers des propositions relevant du droit prospectif. Dans cette perspective, la seconde partie de notre thèse sera donc consacrée à la question de l'efficacité de la protection des professionnels contre les clauses abusives au Brésil et en France.

327. En France, le régime de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives est entré en vigueur avec la promulgation de la loi de modernisation de l'économie (LME) en 2008, dotant ainsi la protection des professionnels de nouveaux outils. Au Brésil, à défaut de protection spécifique, les tribunaux continuent à assurer cette protection de manière contradictoire et très variée.

328. Quels sont donc les espoirs de consolidation du régime de protection des professionnels contre les clauses abusives dans les deux pays ? Pour répondre à cette question, il sera nécessaire d'analyser les projets de réforme et surtout l'ordonnance qui porte réforme du

<sup>458</sup> *Le Nouveau Petit Littré*, Paris, Éditions Garnier, 2009, p. 663.

<sup>459</sup> A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 3<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, 2013, p. 267.

<sup>460</sup> J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *L'efficacité du contrat* (Gwendoline Lardeux, dir.), Paris, Dalloz, 2011, p. 92. (pp. 89-95).

droit français des contrats (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016), ainsi que la codification possible du système de protection des professionnels au Brésil.

329. Sous cet angle, le contrôle des clauses abusives est destiné à garantir la justice et l'équilibre dans les relations contractuelles et à protéger la partie faible. Il nous reste donc maintenant à réfléchir sur les limites du régime de protection des professionnels contre les clauses abusives (**Titre I**) et sur les remèdes envisageables aux « insuffisances » de ce régime (**Titre II**).

## 2.1 Les limites du régime

330. Les innovations apportées par la réforme du Code civil français, plus précisément celles ajoutées au régime de protection contre le déséquilibre significatif, ont permis le passage d'une vision fragmentée de la protection du contractant faible à une protection générale qui englobe le déséquilibre significatif au-delà des clauses spéciales comme la clause pénale, la clause de non-concurrence ou la clause d'exclusivité. Le droit français compte donc désormais, au-delà de la protection prévue par les Code de la consommation et le Code du commerce, avec une clause générale de protection contre le déséquilibre significatif, prévue à l'article 1171 du Code civil. Néanmoins, ce régime comporte encore des limites. Le droit brésilien quant à lui doit encore construire un régime de protection spécialement dédié aux professionnels qui restent toujours dans une zone d'ombre sans une protection spécifique et à la merci des juges qui appliquent soit le Code de la consommation soit le Code civil. Pour évaluer l'efficacité du régime de protection des professionnels contre les clauses abusives, il convient d'étudier les acteurs responsables de cette protection déterminés par chaque ordre juridique, ainsi que les sanctions possibles contre les clauses abusives. En France comme au Brésil, on observe une multiplication de ces acteurs (**Chapitre I**) et une prolifération des sanctions (**Chapitre II**).

### 2.1.1 La multiplication des acteurs

331. La France et le Brésil possèdent des systèmes différents de protection contre les clauses abusives ; par conséquent, chaque ordre juridique ne désigne pas les mêmes personnes susceptibles de bénéficier de la protection de la partie faible. Pour ce qui est de la lutte contre les clauses abusives, nous avons vu dans la première partie de notre thèse que la protection contre ce genre de clauses ne se réalise pas de la même manière dans les deux pays étudiés. Au Brésil, par exemple, les juges appliquent parfois encore aujourd'hui cette protection dédiée aux consommateurs à des relations contractuelles entre professionnels. C'est pourquoi une analyse des acteurs chargés de constater ce type d'abus dans un contrat entre consommateurs sera aussi au cœur de ce chapitre. Nous allons nous arrêter sur les différents acteurs concernés par cette lutte contre les clauses abusives dans un contrat de consommation et dans un contrat entre professionnels, en nous intéressant spécialement à la présence de nouveaux acteurs. Autrement dit, il s'agira de répondre à l'interrogation suivante : Quels sont les acteurs engagés dans la protection des consommateurs et des professionnels contre les clauses abusives ?

332. En France comme au Brésil, on peut mentionner deux catégories d'entités : les autorités judiciaires (Section I) et les autorités administratives (Section II).

### Section I. Les autorités judiciaires

333. Parmi les autorités judiciaires engagées dans la protection contre les clauses abusives, citons le juge et le ministère public. Cette section leur sera consacrée, en particulier à leurs rôles respectifs dans la protection des consommateurs et des professionnels contre les clauses abusives. Il nous faudra décrire leur action en matière de protection des consommateurs, puis de protection des professionnels, au Brésil et en France, mais aussi mettre en lumière la complexité de chaque système. Quels sont donc les rôles des autorités judiciaires dans la protection contre les clauses abusives ?

334. Le ministère public, on le verra, occupe une position particulière dans le système juridique brésilien (§2). Mais examinons d'abord le rôle du juge (§1).

#### § 1. Le juge

335. Évoquer le rôle du juge dans un contrat peut paraître dépassé<sup>461</sup>. Ce rôle a néanmoins subi de profonds bouleversements en sa faveur, en France à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, et au Brésil à partir des années 1990. Avec le renforcement de ses pouvoirs, le juge a vu ses responsabilités accrues. Outre son rôle principal qui est de dire le droit, il lui incombe en effet de comprendre la société dans sa complexité, car l'ensemble du monde juridique est lié de façon subtile à la sociologie, la philosophie, l'économie, la psychologie et la politique. La société évolue et il est nécessaire que le juge tienne compte de cette évolution dans ses décisions, qui participent au progrès en le stimulant. Dijol avait lucidement affirmé dès 1918 que le juge, « chargé, de son côté, de faire aux litiges particuliers l'application des décisions légales, aux prises avec les nécessités changeantes de la pratique, est également appelé à être un artisan du droit nouveau contre les formules vieilles du droit codifié »<sup>462</sup>. Ainsi, le juge a-t-il pour mission d'appliquer la loi, voire de la faire évoluer en fonction des nouveaux besoins de la société, sans pour autant être le créateur ou l'inventeur d'une nouvelle loi ; mais en l'adaptant pour une meilleure application dans le cas concret. L'essentiel de la présente réflexion portera sur l'appréciation des pouvoirs du juge dans les seuls contrats où l'on observe la présence d'une clause abusive<sup>463</sup>.

336. On étudiera donc l'évolution du rôle du juge dans la protection contre les clauses abusives en montrant l'étendue de son pouvoir dans le droit français (A), puis dans le droit brésilien (B).

#### A. Le pouvoir du juge en droit français

337. Le rôle du juge dans les contrats a considérablement évolué en France lors de ces dernières décennies, qu'il s'agisse du droit commun (1) ou du droit spécial, celui de la concurrence ou de la consommation (2).

##### 1. L'évolution du rôle du juge en droit commun avant la réforme de 2016

338. Le rôle du juge, relativement limité avant la réforme de 2016 (a), s'est progressivement étendu avec la réforme du droit des obligations (b).

---

<sup>461</sup> V. D. Mazeaud, « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges J. L. Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235 sq.

<sup>462</sup> M. Dijol, *La nullité des contrats lésionnaires*, Thèse, Paris, Recueil Sirey, 1918, p. 3.

<sup>463</sup> V. J. Mestre, A. Laude, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'inexécution du contrat*, Colloque I.D.A Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 18 sq. Selon les auteurs : « parfois l'adjonction d'obligations échappe plus ouvertement à la volonté des parties. Ainsi en est-il lorsque le juge justifie la création de certains obligations en fondant ces décisions sur l'équité ».



## a) Le rôle limité du juge avant la réforme de 2016

339. Avant la réforme de 2016, le rôle du juge demeurait limité. Cela était dû au fait que, dans le domaine du droit des contrats, le Code civil était resté inchangé depuis 1804, jusqu'à la publication, le 10 février 2016, de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. À cela s'ajoutent l'influence de la doctrine libérale<sup>464</sup> et un système volontariste largement inspiré par Grotius<sup>465</sup>.

340. Avant cette réforme, les juges français avaient dû adapter un texte inchangé et plus que bicentenaire à une société bouleversée par des mutations. Cette adaptation s'était faite avec succès, notamment avec la reconnaissance de principes généraux de droit ; une adaptation qui porta spécialement sur certains articles généraux du Code civil, comme les anciens articles 1134<sup>466</sup> et 1135<sup>467</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, les juges avaient-ils adapté l'article 1134, alinéa 3 (bonne foi dans l'exécution du contrat) en en modifiant le sens prévu par le législateur (bonne foi tout au long du processus contractuel, de la négociation à la rupture).

341. Pendant plus de deux siècles, les juges français accomplirent donc, si l'on peut dire, le miracle d'une adaptation réussie souvent au prix d'une tâche ardue. Ainsi, alors que la seule sanction prévue par la loi en matière de contrat était la nullité, la solution trouvée par les juges français a été de recourir aux droits spéciaux ; c'est pour cette raison qu'il est nécessaire d'envisager le droit de la consommation et pas seulement le droit de la concurrence ou le droit

---

<sup>464</sup> La doctrine libérale préconise la volonté de l'individu et plus précisément l'autonomie de sa volonté comme le principe directeur de la théorie générale des contrats. V. Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, Paris, Economica, coll. « Droit civil », 6<sup>e</sup> éd., 2007, n° 135-136 : « Les critiques actuelles sur le peu de cas qu'il conviendrait de faire de la volonté dans le rapport contractuel ne sont pas convaincantes [...]. En réalité, il n'est pas possible de justifier le contrat autrement que par la volonté ».

<sup>465</sup> Voir aussi : B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>re</sup> éd., 1999, réimpr., 2010, n° 32 : « Le droit, pour Grotius, n'est donc plus, comme chez Aristote, une notion relationnelle, visant à un équilibre harmonieux, mais le prolongement du droit subjectif de la personne. Grotius fonde ainsi l'individualisme juridique : l'homme s'engage librement, et l'obligation contractuelle détermine les bases de la société civile par un contrat social ».

<sup>466</sup> L'article 1134 du Code 1804 avant la réforme disposait que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». L'ancienne rédaction de l'article 1134 est désormais éparpillée entre les articles 1103, 1193 et 1104, nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016. De plus, l'article 1104 a ajouté la bonne-foi dans toutes les étapes de la négociation et non pas seulement dans la période d'exécution du contrat, comme dans la rédaction antérieure de l'article 1134.

<sup>467</sup> L'article 1135 du Code 1804 prévoyait que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Cet article a changé de numérotation : il est désormais numéroté 1194, mais son sens demeure le même.

commun. Car le droit de la consommation a influencé, non seulement le droit commun, mais aussi le droit de la protection des professionnels contre les clauses abusives. Par exemple, le juge français a décidé que dans un contrat entre professionnels, la clause limitative de responsabilité pouvait être réputée non écrite, même si cette sanction n'était pas spécifique du droit commun<sup>468</sup>.

342. On constate donc que le juge français a provoqué une évolution forcée du droit commun en matière d'équilibre contractuel. La législation en matière de protection des consommateurs a permis au juge français d'éliminer dans un contrat la clause créant un déséquilibre significatif entre professionnels. Toutefois, cette législation ne s'applique pas *a priori* à un contrat entre professionnels. Ainsi, avant la réforme du droit des obligations, le juge français devait invoquer la cause (article 1131 du Code civil avant sa réforme) pour écarter une clause abusive dans un contrat entre professionnels, par exemple la clause limitative de responsabilité. La tâche du juge consistait donc à trouver des artifices pour condamner un abus ou un déséquilibre, car le droit commun français ne comptait pas avec un instrument spécifique de protection contre le déséquilibre significatif et la sanction prévue par le droit commun n'était pas efficace en l'espèce ; le juge appliquait donc la sanction prévue par le droit de la consommation.

343. Comme l'explique M. Remy, le juge comme « gardien des attentes légitimes des parties », [...] reçoit, pour donner au contrat sa pleine efficacité, des pouvoirs que nous lui refusons, ou que ne lui accordons qu'à moitié, ou par des voies obliques et incertaines »<sup>469</sup>. Ainsi, il essaye avec les instruments présents dans l'ordre juridique d'appliquer la solution plus cohérente en vue de rééquilibrer le contrat. Enfin, le juge ne pouvait ni juger la validité du contrat ni en prononcer la résiliation. Le droit commun français lui donnait donc un pouvoir limité dans la protection des parties, et jusque dans les contrats où l'on observait la présence d'un déséquilibre significatif. Aujourd'hui, avec la réforme du droit des contrats, le rôle et le pouvoir du juge ont changé.

---

<sup>468</sup> V. *supra* n° 214.

<sup>469</sup> P. Remy, « Le juge et le contrat dans le projet européen de cadre commun de référence : éléments de réflexion pour une réforme à venir », in *Obligations, procès et droit savant, mélanges en hommage au Professeur J. Beauchard*, Paris, LGDJ, 2013, p. 280.

344. Ce changement est devenu un lieu d'opposition entre la doctrine libérale et les solidaristes favorables à « l'altruisme contractuel »<sup>470</sup>. Dans les années 1990, le rôle du juge s'est progressivement étendu à travers des évolutions jurisprudentielles ; des jurisprudences novatrices<sup>471</sup>. Cette jurisprudence renouvelée, parfois teintée de solidarisme, a aussi influencé la réforme du droit des contrats en droit français.

#### b) La réforme de 2016 et le rôle du juge français

345. L'un des enjeux de la réforme du Livre III du Code civil, concernant le droit des contrats, portait sur le rôle du juge. À l'issue de cette réforme, ce rôle paraît s'être accru. D'une manière générale, le juge est encore sollicité pour apporter des réponses précises à des contenus juridiques parfois trop vastes et indéterminés. Par exemple, le nouvel article 1171 apporte une protection générale contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, alors que le législateur n'a toujours pas défini le déséquilibre significatif. Cette tâche difficile demeure donc impartie au juge.

346. Le juge est appelé à donner des interprétations aux nouveaux textes, combler des lacunes et apprécier des situations qui ne sont pas traitées par la loi. Certes, cela ne suscite pas de difficultés majeures, dans la mesure où le juge français est déjà habitué à donner un sens aux mots de la loi.

347. Avec la réforme du droit des obligations français, on a observé des changements qui sont l'aboutissement de débats très féconds qui se sont tenus dans les années précédant l'adoption de la réforme<sup>472</sup>. L'intervention du juge français dans les contrats fut qualifiée par une partie de la doctrine opposée à cette intervention de « *forçage du contrat* »,

---

<sup>470</sup> D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 238. Voir aussi : R. Saleilles, « Le code civil et la méthode historique », in *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, publié par la Société d'Études législatives*, t. I, *Généralités, études spéciales*, 1904, p. 19 : « dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité ».

<sup>471</sup> V. Cass., com., 22 oct., 1996, n° 93-18.632 ; *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.*, 1997, 418 ; L. Leveneur, *Défrénois*, 1997, p. 333 ; M. Fabre-Magnan, 4025, n° 177 ; J. P-Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost (Com. 22 oct. 1996) », *JCP* 1998, I, 152 ; Cass., com., 29 juin 2010, arrêt dit *Faurecia II*, n° 09-11.841 ; *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *D.* 2010. 1832, note D. Mazeaud ; *RDC* 2010. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.* 1253, obs. O. Deshayes.

<sup>472</sup> Par exemple, on remarque utilement que les deux projets doctrinaux de réforme du droit des obligations en France, à la différence du projet gouvernemental, proposaient de permettre au juge d'opérer une révision de la loi contractuelle établie par les parties, en sus de pouvoir supprimer la clause litigieuse. Il s'agit de l'avant-projet Catala, article 1122-2, comme l'avant-projet Terré, article 67, qui proposent tous les deux comme sanction la suppression ou la révision de la clause abusive. L'avant-projet gouvernemental, quant à lui, se limitait à la suppression de la clause abusive, selon son article 79.

selon la formule de Josserand<sup>473</sup>, reprise également par d'autres auteurs<sup>474</sup>. L'introduction, par exemple, d'une clause générale de protection contre les clauses abusives dans le Code civil implique nécessairement une augmentation du pouvoir du juge. De cette manière, « c'est donc le déséquilibre objectif et significatif des prestations, des droits et obligations des parties, ou de l'économie globale du contrat qui justifierait l'intervention du juge, à la demande de l'une des parties. La sécurité juridique de l'une, créancière, se mesurerait à l'aune de la justice contractuelle pour l'autre, débitrice, parfois renforcée par une sollicitude contractuelle qui ne cesse de se déployer au point de faire émerger un troisième principe »<sup>475</sup>. Un exemple concret de cette augmentation de son pouvoir réside dans l'articulation entre les textes : en effet, selon M<sup>me</sup> Fenouillet il appartiendra au juge de concilier les trois textes évoquant en droit français le déséquilibre significatif (l'article 1171 du Code civil, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article L. 242-1 du Code de la consommation)<sup>476</sup>.

348. Il peut néanmoins arriver que les juges ne fassent pas un usage approprié de ce pouvoir. Selon M. Temple, « l'impression des clauses générales qui répriment les clauses abusives, transfère au juge un pouvoir dont il ne fait pas toujours usage »<sup>477</sup>. On regrettera certains points de la réforme adoptée, comme le recours persistant à des concepts indéterminés et trop flous ; ainsi de l'emploi de la formule « déséquilibre significatif » dans le nouvel article 1171<sup>478</sup> ; des termes « légitimement » et « confiance » dans l'article 1112-1<sup>479</sup> ; ou de l'expression « avantage manifestement excessif » dans l'article 1143<sup>480</sup>. Le droit

<sup>473</sup> L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Recueil Sirey, 1934, t. II, p. 340 : l'auteur parle de « forçage du contenu contractuel ».

<sup>474</sup> L. Leveneur, « Le forçage du contrat », in *Que reste-il de l'intangibilité du contrat ?*, Actes du colloque de Chambéry du 28 novembre 1997, *Droit & patrimoine*, pp. 69 sq.

<sup>475</sup> C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

<sup>476</sup> D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *Revue des contrats*, n° 2, 01 juin 2016, p. 35.

<sup>477</sup> H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in J. Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation. Liber amicorum*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1085.

<sup>478</sup> Article 1171 : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation » (nouvelle rédaction issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

<sup>479</sup> Article 1112-1 : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

<sup>480</sup> Article 1143 : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif » (nouvelle rédaction issue de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

commun français a donc subi de grands changements en matière contractuelle. Cette évolution a également été expérimentée par les droits spéciaux, d'abord dans le droit de la consommation, puis dans le droit de la concurrence.

## 2. L'évolution récente du rôle du juge dans les droits spéciaux français

349. Les changements du droit spécial français ont influencé les mutations du droit commun. Ces matières étant très liées s'agissant de la protection contre le déséquilibre significatif, après avoir étudié le droit commun, il convient à présent d'évoquer le droit spécial applicable en la matière. Dans ce contexte, le droit de la consommation (a), et le droit de la concurrence (b) jouent un rôle très important dans la protection contre les clauses abusives ; tous les deux ont influencé le droit commun français.

### a) Le juge et le droit de la consommation

350. Le droit de la consommation constitue la source d'inspiration du droit de la concurrence pour la protection des professionnels contre le déséquilibre significatif. A l'origine, le juge ne pouvait réputer non-écrite une clause abusive que si un décret l'avait préalablement prohibée. La loi du 10 janvier 1978, dite « loi Scrivener », a posé la première pierre du dispositif contre les clauses abusives. Son article 35 précise que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article 36, [...] les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix [...] lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». L'analyse de cet article montre que le juge français ne pouvait pas annuler directement des clauses correspondant à cette disposition générale : il revenait au Gouvernement d'adopter des décrets en Conseil d'État prohibant tel ou tel type de clause d'abusives ; le juge ne pouvant donc déclarer abusives que les clauses prohibées comme telles par un texte réglementaire. Cette loi renvoyait à des décrets pour déterminer les clauses considérées comme abusives.

351. Lorsqu'un juge était saisi d'une clause correspondant à un avantage excessif et un abus de la puissance économique, deux cas pouvaient se produire : ou bien la clause était prohibée par un décret et, dans ce cas, le juge, n'ayant aucune marge de manœuvre, la

---

supprimait du contrat ; ou bien il n'y avait pas de décret et alors le juge ne pouvait rien faire malgré la présence des ces deux conditions. La réglementation contre les clauses abusives en droit français apparaissait donc insuffisante et le pouvoir du juge très limité. À titre d'exemple, il n'existait en 24 mars 1978 qu'un seul décret dénonçant comme abusives, dans la vente, les clauses limitatives et élusives de responsabilité imposées par un professionnel à un consommateur et, dans tous les contrats, permettant au professionnel de modifier les caractéristiques du produit à vendre ou du service à rendre<sup>481</sup>.

352. Le véritable bouleversement intervint en 1991 à travers la jurisprudence<sup>482</sup>. Un particulier avait confié à une société spécialisée en photographie une série de diapositives afin d'obtenir leur reproduction sur un support papier. Or, ces dernières furent perdues. Le tribunal d'instance saisi de l'affaire condamna la société à indemniser le consommateur, car elle avait jugé abusive la clause stipulée au contrat permettant au loueur d'exclure sa responsabilité en cas de perte des diapositives, clause considérée comme évasive de responsabilité. Dès lors, elle était inopposable à un client de bonne foi. La société forma un pourvoi en cassation en se fondant sur l'argument que les clauses limitatives ou élusives de responsabilité étaient licites et devaient donc pouvoir être opposées au client. Le pourvoi fut rejeté au motif que la clause litigieuse procurait à la société un « avantage excessif »<sup>483</sup> imposé à la clientèle par « sa position économique ». Dès lors, elle devait être considérée comme abusive et ainsi réputée non écrite.

353. Les magistrats savaient qu'une réforme se préparait et notamment qu'une disposition permettrait au juge de réputer une clause non écrite si elle était abusive. La Cour

---

<sup>481</sup> Voir : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2010, p. 126 *sq.*

<sup>482</sup> Selon L. Leveneur, « c'est le coup de force de la première Chambre civile par le fameux arrêt du 14 mai 1991 (*Bull. civ. I*, n° 153). La protection contre les clauses abusives instituée en 1978 supposait l'intervention du pouvoir réglementaire ? Celui-ci est pour le moins hésitant, sinon totalement défaillant ? Qu'à cela ne tienne : la Cour de cassation autorise le juge à prendre le relais et à déclarer tout seul une clause abusive même si elle n'a pas été interdite par décret. Et le législateur est venu entériner cette évolution en modifiant, par la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 (Déjà, le décret du 10 mars 1993 en organisant la saisine de la commission pour avis par le juge, l'avait implicitement fait), l'article L. 132-1 du Code de la consommation : sans doute le Gouvernement est-il toujours habilité à prendre des décrets d'application de l'article pour interdire des clauses, ou dans la version du texte en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, pour énumérer des listes de clauses « noires » (irréfragablement abusives) ou de clauses « grises » (clauses simplement présumées abusives sauf preuve contraire). Mais désormais, même sans décret, des clauses peuvent indubitablement être réputées non écrites si elles correspondent à la définition de l'alinéa 1 de l'article L. 132-1 (déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur) ». (L. Leveneur, « La Commission, source de droit ? », in *Colloque « La commission des clauses abusives en action : 30<sup>ème</sup> anniversaire »* ; disponible sur : <http://www.clauses-abusives.fr/colloque/lleveneur.htm>).

<sup>483</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 153, D. 1991, 449, note J. Ghestin ; RTD civ. 1991, p. 526, observ. J. Mestre, *Contrats, conc., consom.*, 1991, n° 63, note L. Leveneur, *JCP G* 1991, II, 21763, obs. G. Paisant.

anticipe alors la réforme pour se prononcer ainsi, même si, par la suite, la réforme n'a pas eu lieu. Désormais, le pouvoir du juge n'est plus subordonné à l'existence d'un décret préalable. Mais la Cour, ici, a réécrit la loi et encore plus une loi récente. Ce qui a provoqué l'expression fameuse du doyen Carbonnier : un véritable « coup d'état judiciaire »<sup>484</sup>.

354. Si l'on peut contester cet aspect instrumental, la solution demeure cependant judiciaire s'agissant de la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Le juge devient ainsi le bras armé de la justice contractuelle dans la mesure où il peut désormais écarter d'un contrat de consommation une clause considérée comme abusive, quand bien même elle n'aurait pas été qualifiée au préalable comme telle par un décret. C'était exactement la situation d'espèce : les clauses évasives ou limitatives de responsabilité avaient été visées par le décret de 1978 mais elles ne concernaient que les contrats de vente, non ceux de dépôt. La clause contestée comprenait pourtant les deux critères du caractère abusif. La Cour a bien pris soin de préciser le fondement : « du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle » ; elle indiqua également l'effet de la stipulation contestée : « une telle clause procurait un avantage excessif à la société »<sup>485</sup>. Face à l'inertie du pouvoir réglementaire et l'inanité du système légal, le juge s'est accordé un pouvoir autonome de détermination des clauses abusives.

355. En 1993, la lutte contre les clauses abusives est devenue une question de droit communautaire. C'est seulement après la directive de 1993 et la loi de transposition de la directive dans l'ordre juridique français que l'ancien article 131 du Code de la consommation a été modifié et qu'y a été implicitement insérée la compétence autonome du juge à déclarer abusive une clause dans un contrat de consommation.

356. Selon M<sup>me</sup> Sauphanor-Brouillard, l'influence du droit de la consommation sur les sources du droit permet de tirer une conclusion positive : « le droit de la consommation accentue le rôle prépondérant du juge dans l'ordonnement des sources du droit »<sup>486</sup>. Avant l'édition d'une législation spécifique de protection contre les clauses abusives, le juge a été le premier acteur responsable de leur contrôle. En Suède, une loi de protection contre les clauses abusives a été publiée pour la première fois en 1971 ; la Suède a été suivie par le Danemark et

<sup>484</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Les Obligations*, 22<sup>e</sup> éd., t. 4, n° 83.

<sup>485</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999., *D.* 1991. 449, note Ghestin et Som. com. 320, obs. Aubert, *JCP* 1991. II. 21763, note Paisant, *Contrats, conc. consom.* 1991, n° 160, obs. Leveneur, *Deffrénois* 1991. 1268, obs. Aubert, *RTD civ.* 1991. 526, obs. Mestre.

<sup>486</sup> N. Sauphanor-Brouillard, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Thèse, Préface de J. Ghestin, 2000.

l'Allemagne en 1976, la France en 1978. Au Brésil, cette protection est consacrée par le Code de la consommation de 1990, qui repose sur les valeurs de la confiance, de la bonne foi, de l'information et de la transparence. Cette législation de protection des consommateurs a fait évoluer le rôle du juge dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. C'est dans ce climat réformateur que la loi du 17 mars 2014, dite « Loi Hamon », a renforcé en France les pouvoirs du juge en introduisant de nouvelles spécificités procédurales dans le cadre de la protection des consommateurs. Lorsqu'une clause est jugée abusive dans un contrat-type, le juge peut désormais exiger sa suppression pour tous les contrats identiques. Il s'agit de l'effet *erga omnes*<sup>487</sup> des solutions rendues par les juges du fond, déjà consacré par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>488</sup>.

357. Le relevé d'office représente aussi un nouveau pouvoir du juge. Le juge français est en effet tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère la clause comme abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose<sup>489</sup>. Ce pouvoir du juge en droit de la consommation se justifie par l'ignorance du consommateur, qui ne serait pas toujours capable d'invoquer le caractère abusif d'une clause. Dans cette perspective et à partir des années 2000, les orientations de la jurisprudence communautaire laissent au juge national la faculté d'apprécier d'office une clause abusive<sup>490</sup>.

---

<sup>487</sup> Cette clause s'applique à tous et pas seulement aux seules parties du litige : Article L141-1, VIII : « L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut : 1° Demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite, interdite ou abusive insérée par un professionnel dans tout contrat ou type de contrat en cours ou non, proposé ou destiné au consommateur ou au non-professionnel, de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs ou des non-professionnels et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs ou les non-professionnels concernés par tous moyens appropriés ».

<sup>488</sup> V. *infra* analyse sur l'arrêt de la CJUE, 15 mars 2012, *RTDE*, 2012. 673, obs. C. Aubert de Vincelles.

<sup>489</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 12 mai 2016, n° 14-24.698 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 176 : BRDA 11/16 inf. 15 : le juge doit rechercher d'office si la clause qui renverse la charge de la preuve dans un contrat d'assurance automobile souscrit par un particulier n'est pas abusive, et si tel est le cas, il doit refuser de l'appliquer, sauf si le consommateur s'y oppose.

<sup>490</sup> CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 et C-244/98, Océano Grupo Editorial SA : Rec CJCE 2000, I, p. 4941 ; JCP E 2001, p. 1281, note Carballo Fidalgo et G. Paisant ; Europe 2000, comm. 280, obs. L. Idot ; CJCE, 4 juin 2009, D. 2009. AJ 1690 ; JCP 2009, n° 25, p. 44 ; RJDA 2009, n° 899 ; RLDA juill. 2009 ; Procédures, n° 275, obs. Nourissat : « le rôle du juge national dans le domaine des clauses abusives ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusives d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale ».



358. Ce nouveau pouvoir a également été appliqué un peu plus tard par la Cour de cassation<sup>491</sup> et par le législateur français, jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2016, avec l'article L. 141-4, alinéa 2 du Code de la consommation qui prévoyait que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ». Cependant, cet article a été abrogé mais il est toujours dans la partie réglementaire du Code de la consommation. Dès lors, l'entrée en vigueur de la Loi Hamon impose l'obligation d'écarter d'office l'application d'une clause dont le caractère est abusif, alors qu'avant cette loi il s'agissait d'une simple faculté<sup>492</sup>. Selon l'article R. 632-1, alinéa 2 : « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

359. Ces changements du droit de la consommation français ont influencé le droit de la concurrence vers une protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives.

#### b) Juge et droit de la concurrence

360. Le rôle du juge en droit de la concurrence était également tributaire d'une période d'adaptation aux besoins d'une société toujours plus dépendante du marché. Le contrôle général des clauses abusives a été limité aux consommateurs, l'appréciation de ce déséquilibre significatif entre professionnels n'étant pas aisée. Selon l'ancien article L. 442-6, I, 2°, b du Code de commerce, la sanction des abus entre professionnels était possible à la condition que le juge constate une « relation de dépendance » ou de « puissance d'achat ou de vente ». Malgré cela, l'article n'a pas été appliqué très souvent et il aura fallu qu'une réforme intervienne pour qu'existe enfin une sanction efficace des abus entre professionnels. L'efficacité du nouveau dispositif dépendait de la suppression par le législateur de toute condition préalable liée à la situation des parties.

<sup>491</sup> Cass., 1<sup>er</sup> civ., 22 janv. 2009 : *JurisData* n° 2009-046627 ; *Contrats, conc. Consom.* 2009, comm. 88 ; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-21.801 : *Juris Data* n° 2014-022600 ; *Contrats conc. Consom.* 2015, comm. 23, obs. G. Raymond.

<sup>492</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621 : *JurisData* n° 2016-022814, P. : Gaz. Pal. 4 avr. 2017, p. 22, S. Piedelièvre : « La première chambre civile a ainsi reproché à une cour d'appel de ne pas avoir relevé d'office « une clause illicite » qui, « maintenue dans le contrat [...] est abusive ». La Cour utilise pour la première fois une formulation dont la paternité revient à la Commission des clauses abusives (V. not. *Recomm., n° 10-02, relative aux contrats de prévoyance obsèques*). En réalité, les clauses illicites ne sont pas en tant que telles abusives, mais leur insertion par le professionnel pourrait être considérée comme un procédé abusif. La formulation permet ce faisant à la Cour de cassation d'étendre, dans cette décision, le relevé d'office à une clause contraire à la loi » N. Sauphanor-Brouillaud, « La sanction du déséquilibre significatif », in *La Semaine Juridique Edition Générale*, Droit des contrats, n° 12, doctr., 20 mars 2017, p. 325.

361. La question se pose désormais de savoir si la nouvelle règle posée par le 2° de l'article L. 442-6 du Code de Commerce, 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, ouvre la voie à un contrôle judiciaire sans limite des contrats entre professionnels. Il s'agit en effet d'une disposition très générale, qui ne fixe pas de limite expresse au contrôle des dispositions contractuelles par le juge. Ainsi, il importe de s'interroger sur la portée du pouvoir du juge au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. On se demande donc si, comme en droit de la consommation et en droit civil, une clause qui porte sur l'objet du contrat ou sur l'adéquation du prix à la valeur de la prestation, peut être qualifiée d'abusive et donc réputée non écrite.

362. Tout d'abord, il convient de souligner que le juge peut « contrôler les clauses de prix pour détecter des déséquilibres purement économiques et financiers, mais il ne peut les sanctionner que s'ils sont significatifs, excessifs ; il ne suffit pas que le prix fixé par la clause ne soit pas avantageux pour le professionnel, notamment par rapport aux autres partenaires du distributeur. Certes, dans un premier mouvement, cette distinction entre la protection des consommateurs et celle des professionnels contre les clauses abusives est pour le moins surprenante. Alors que les consommateurs sont exposés à des clauses de prix qui créeraient un déséquilibre économique significatif, les contractants professionnels sont protégés contre de telles clauses abusives. Il y a là quelque chose pour le moins de paradoxal »<sup>493</sup>. Le juge joue donc dans ce domaine un rôle déterminant quant à la définition des contours de la notion de déséquilibre significatif dans un contrat entre professionnels<sup>494</sup>.

363. Le texte manquant singulièrement de précision, l'intervention du juge est nécessaire pour l'élaboration d'une solution. Il devra déterminer s'il s'agit d'un juste prix et dispose pour cela de deux possibilités : soit la méthode concurrentielle, selon laquelle le juste prix sera le prix du marché ; soit la méthode comparative, le juste prix étant alors celui demandé aux autres acteurs. Selon la Cour d'Appel de Paris<sup>495</sup>, « s'il n'appartient pas [au juge] de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, [le juge] doit

<sup>493</sup> D. Mazeaud, « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres ? (Acte II) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin* (ouvrage réalisé à l'initiative de F. Terré, H. Synvet, D. Mazeaud, D. Fenouillet, P. Remy-Corlay, V. Magnier, N. Thomassin et L. Andreu), Paris, LGDJ, 2015, pp. 463-464. (pp. 450-466).

<sup>494</sup> Selon M. Behar-Touchais la tâche du juge de « préciser l'imprécisable » déséquilibre significatif pouvant être comparé au mythe de Sisyphe et son rocher : V. M. Behar-Touchais, « Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> oct. 2014, *RDC*, 2015/1, p. 67.

<sup>495</sup> CA Paris, 23 mai 2013 : *Contrats, conc., consom.*, 2013, comm. n° 208, *obs.* N. Mathey ; *RDC* 2014, p. 412, *obs.* M. Behar-Touchais. Voir : D. Mazeaud, *Ibidem*.

néanmoins, compte tenu des termes de l'article L. 442-6, 2° du Code de commerce, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif ».

364. Or la Cour de cassation, en janvier 2017, a admis que le juge pouvait qualifier d'abusives une clause de prix stipulée dans un contrat conclu entre professionnels<sup>496</sup>. Néanmoins, selon M. Mathey, le juge français « n'est pas armé pour prétendre intervenir dans la définition du prix et, éventuellement, dans l'appréciation du juste prix. Si la possibilité d'un contrôle judiciaire devait être confirmée par d'autres arrêts, il faudrait certainement le circonscrire comme cela a été fait en droit commun lorsque la Cour de cassation a consacré le contrôle de l'abus dans la fixation du prix en 1995 ou s'inspirer de l'esprit des dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, qui vise l'avantage "manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu" et en toute hypothèse, seule la sanction des abus les plus manifestes devrait être envisagée. Peut-être faudrait-il plus sagement réfléchir à une réécriture du texte afin de limiter les risques d'extension incontrôlée d'une intervention judiciaire peu adaptée »<sup>497</sup>.

365. Le pouvoir du juge a changé de façon significative tout au long de ces dernières années. Son rôle, limité en droit commun, s'est progressivement étendu jusqu'à la réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Cette évolution existait aussi dans le droit spécial, notamment celui de la consommation et celui de la concurrence ; le droit de la consommation étant d'ailleurs une source d'inspiration de cette évolution du rôle du juge dans la protection de la partie faible – les consommateurs et parfois les professionnels –. Nous allons à présent comparer cette évolution avec celle du pouvoir du juge en droit brésilien en matière de protection contre les clauses abusives.

## B. Le pouvoir du juge en droit brésilien

---

<sup>496</sup> Cass., com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, FS-P+B, Sté Galec c/ min. Éco. : JurisData n° 2017-000899 ; JCP G 2017, doctr. 255, M. Behar-Touchais ; D. 2017, p. 481, note F. Buy ; N. Mathey, « Contrôle judiciaire des réductions de prix », in *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2017, comm. 77. Sur la similitude entre le Code de la consommation, le Code de commerce et le Code civil sur l'adéquation du prix, voir *infra*, n° 234.

<sup>497</sup> N. Mathey, « Contrôle judiciaire des réductions de prix », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, comm., avril 2017, p. 77 : selon l'auteur, « il ne faudrait pas donner une portée excessive aux formules les plus générales employées pour résoudre le cas d'espèce. La Cour de cassation a cru opportun de se saisir de cette affaire pour ouvrir la voie au contrôle judiciaire du prix alors que cela n'était pas nécessaire à la solution du litige ».

366. Au Brésil, tout comme en France, le rôle du juge a évolué ces dernières décennies, non seulement de manière générale et mais plus spécifiquement en ce qui concerne la protection contre les clauses abusives. Il a été profondément modifié, surtout avec le nouveau Code civil entré en vigueur en 2002. Nous allons évoquer cette évolution en droit commun (1) puis en droit spécial (2).

### 1. Le juge brésilien et le droit commun

367. Le rôle du juge en droit brésilien a subi un profond changement avec la réforme du Code civil de 2002, actuellement toujours en vigueur. Cette mutation est manifeste si l'on compare le rôle du juge à l'époque du Code civil de 1916 (a) à son office après la réforme de 2002 (b).

#### a) Le rôle du juge à l'époque du Code civil de 1916

368. La réforme du Code civil brésilien est entré en vigueur le 12 janvier 2003. Le code ancien, qui datait de 1916, ne correspondait plus aux exigences sociales et économiques de la société brésilienne. Avant cette réforme, le juge avait un rôle très limité et très encadré. La société du début des années 1900 était une société agraire et la majorité de la population vivait dans les campagnes. La protection de la propriété et des bonnes mœurs dans les relations familiales apparaissait donc comme une priorité et la doctrine privilégiait par conséquent une doctrine individualiste. Ce code étant devenu totalement inapproprié aux exigences de la société des années 1980, un changement était inévitable. Mais cette prise en compte fut longue et plus le temps avançait, plus le décalage entre le Code civil et la société brésilienne augmentait.

369. Dans le Code civil de 1916, le rôle du jugé était très restreint et son pouvoir se limitait à faire appliquer la loi. Les parties étant considérées comme égales dans une relation contractuelle, il n'existait pas de protection spécifique contre les clauses abusives. L'autonomie de la volonté, le caractère obligatoire du contrat et la liberté contractuelle étaient les principes cardinaux du Code civil. Le juge devait donc les appliquer dans une relation entre professionnels, même si cette relation apparaissait déséquilibrée. À cette époque, le Code de commerce n'était pas encore partie intégrante du Code civil. Il faudra attendre le nouveau Code civil de 2002 pour qu'une partie soit consacrée aux relations entre commerçants.

370. Avant la réforme de 2002, il existait donc au Brésil un Code civil, celui de 1916, et un Code de commerce distinct. Ce Code de commerce, qui datait de 1850, s'appliquait dans les relations entre professionnels. À défaut, le juge devrait appliquer le Code civil tout en respectant les principes très libéraux qui le régissaient. Ce texte ne prévoyant pas de clauses générales, il était difficile pour les juges de donner un sens plus social et une interprétation moins restrictive de la protection de la partie faible.

371. Le juge ne disposant d'aucune liberté créatrice, les solutions qu'il pouvait proposer ne correspondaient pas aux attentes de la population, soucieuse d'une justice plus sociale et plus effective qui apporterait des solutions au manque d'égalité et de liberté. En réponse à ces attentes, le Code civil de 2002 a promu la sociabilité, l'opérabilité et l'éthique<sup>498</sup>. Son écriture a été considérablement influencée par le Code de la consommation qui était en vigueur depuis le 11 septembre 1990.

#### b) Le rôle du juge après la réforme de 2002

372. Le droit civil brésilien a traversé une grande étape de transition et d'adaptation. Cette évolution est le résultat d'un long processus d'adaptation du Code civil à une société brésilienne en pleine mutation, qui avait besoin de trouver des solutions plus adaptées à la vie citadine qu'à la vie dans les campagnes. Le processus, qui avait commencé dans les années 1980, n'a abouti qu'à la promulgation d'un nouveau Code civil en 2002. Jusqu'à cette date, le Code de la consommation, promulgué dans les années 1990, servait de base légale pour certaines questions du droit commun. Il a de ce fait exercé une influence importante sur la vie quotidienne des brésiliens.

373. Le nouveau Code civil, influencé par les doctrines allemande et italienne, comporte des clauses générales qui modifient profondément le rôle du juge, très souvent amené à interpréter le sens et la portée de ces clauses. Le juge n'est plus seulement, selon la définition de Montesquieu, « la bouche qui prononce les paroles de la loi »<sup>499</sup> mais exerce désormais une fonction créative et interprétative très importante. L'introduction de clauses générales dans le nouveau Code civil impose donc au juge de les rendre opérationnelles, en

---

<sup>498</sup> V. M. Reale, « Visão geral do projeto de código civil » *Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 752 juin. 1998, p. 22. (pp. 22-30).

<sup>499</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.

établissant dans chaque cas concret la règle de conduite adéquate et en donnant l'interprétation du droit la plus précise possible.

374. L'accroissement du rôle du juge, notamment à travers les articles 112 et 113<sup>500</sup> du Code civil, se vérifie dans la lutte contre les clauses abusives. C'est la raison pour laquelle ce Code civil de 2002 est appelé par certains « le code du juge ». Deux articles sont plus spécialement consacrés à la protection contre les clauses abusives : l'article 423 selon lequel « quand sont présents dans le contrat d'adhésion des clauses ambiguës ou contradictoires, l'interprétation la plus favorable à l'adhérent devra être adoptée » et l'article 424 qui dispose que « dans les contrats d'adhésion, sont nulles les clauses qui stipulent la renonciation anticipée de l'adhérent à un droit résultant de la nature de l'affaire ». L'article 423 prévoit une règle d'interprétation des contrats d'adhésion et l'article 424 indique un exemple de clause abusive qui, du point de vue du droit comparé, pourrait être considéré comme un modèle de clause abusive à prévoir dans une liste. Devant ce manque de précision du droit commun, le juge brésilien doit recourir à l'utilisation de principes comme la fonction sociale du contrat (article 421) et de la bonne foi (article 422) pour résoudre les difficultés liées à la présence d'une clause abusive. Ce modèle de règlement de protection contre les clauses abusives est de ce fait incomplet et asystématique.

375. La clause générale prévue à l'article 422 (bonne foi) impose au juge le devoir d'interpréter, combler et corriger le contrat compte tenu de la bonne foi, qui exige une conduite loyale des contractants<sup>501</sup>. L'ordre juridique est donc aligné sur le principe de l'éthique, qui a guidé la rédaction du nouveau Code civil de 2002, et se réfère aux notions de loyauté et de comportement imposés par la bonne foi. Ce code a introduit un système de clauses générales de protection relativement ouvert qui accorde aux juges un grand pouvoir dans l'interprétation du contrat. C'est pourquoi certains juges brésiliens utilisent la protection prévue dans le droit de la consommation afin de protéger le professionnel, considéré comme faible, lorsqu'il est victime d'une clause abusive<sup>502</sup>.

## 2. Le juge brésilien et le droit spécial

---

<sup>500</sup> Selon les articles 112 et 113 du Code civil brésilien, « dans les déclarations de volonté il faut plutôt s'attacher à l'intention qui est incorporée qu'au sens littéral du langage » et « les actes juridiques doivent être interprétés conformément à la bonne-foi et aux usages du lieu où ils ont été conclus ».

<sup>501</sup> V. *infra* n° 197.

<sup>502</sup> V. *supra* n° 257.

376. En droit spécial, la protection contre les clauses abusives est différente de celle prévue par le droit commun. Il existe en effet en droit de la consommation une protection plus détaillée contre les clauses abusives ; toutefois le rôle du juge continue à être très étendu et très ouvert. Le rôle du juge est en effet développé en droit de la consommation, (a) mais inexistant en ce qui concerne à la protection des professionnels contre les clauses abusives en droit de la concurrence (b).

a) Un rôle du juge développé dans le droit de la consommation

377. Dans le Code de la consommation brésilien, le juge est doté d'un grand pouvoir s'agissant de la protection contre les clauses abusives. Par exemple, l'article 51 du Code de la consommation comporte deux alinéas généraux de protection contre les clauses abusives et une liste non exhaustive de clauses considérées comme abusives. Ce système de protection est mixte et a subi plusieurs influences du droit comparé. Il est mixte parce que l'on retrouve un système de clauses générales et un système de listes. La liste figurant dans l'article 51 est déjà relativement vaste ; elle comprend également deux alinéas qualifiés de clauses générales de protection (alinéas IV et XV)<sup>503</sup>. Par conséquent, le juge a le pouvoir d'identifier les clauses abusives dans les cas pratiques ; c'est-à-dire chaque fois que, dans un contrat, on retrouve une clause qui établit des obligations réputées déloyales, abusives, exposant le consommateur à un désavantage exagéré, ou une clause incompatible avec la bonne foi ou l'équité, ou encore une clause en désaccord avec le système de protection des consommateurs, donc en contradiction avec les principes de ce Code : la confiance, la bonne-foi, l'information.

378. Le droit de la consommation brésilien a ainsi combiné l'influence de divers pays étrangers – la France, l'Allemagne et le Portugal –, afin de s'adapter au mieux à la réalité sociale brésilienne. Il en résulte un mélange réussi, en harmonie avec la société brésilienne qui a su assimiler des cultures différentes. En tout état de cause, une fois vérifiée la présence d'une clause abusive dans un contrat, la conséquence juridique sera sa déclaration nulle de plein droit. Il s'agit d'une disposition d'ordre public, comme le dispose l'article 1<sup>er</sup> du Code de la consommation : « le présent code prévoit des règles de protection du consommateur ; toutes les règles sont d'ordre public et d'intérêt social ». De ce fait, le juge brésilien pourra déclarer d'office comme abusive une clause présente dans un contrat. Il dispose donc d'un

---

<sup>503</sup> Les clauses générales sont prévues dans l'article 51, alinéa IV : « Les clauses qui établissent des obligations réputées déloyales, abusives, qui placent le consommateur dans une situation désavantageuse exagérée, ou sont incompatibles avec la bonne foi ou l'équité » ; et alinéa XV : les dispositions « qui sont en contradiction avec le système de protection au consommateur ».

grand pouvoir en matière de protection des consommateurs, considérés comme la partie faible – qui justifie l'intervention du juge –<sup>504</sup>. La possibilité d'apporter à chaque cas une solution concrète permet ainsi de tenir compte de la réalité socio-économique de la société brésilienne.

379. L'intervention du juge brésilien dans les contrats de consommation est prévue à l'article 6, alinéa V du Code de la consommation : « Ce sont des droits fondamentaux des consommateurs [...] : V - la modification des clauses contractuelles qui établissent un déséquilibre entre les parties ; la révision des clauses qui en raison des changements de circonstances imprévisible rend l'exécution excessivement onéreuse ». Le juge a donc la possibilité de modifier ou réviser la clause contractuelle sans déclarer pour autant la nullité du contrat, écartant ainsi le risque que des affaires présentant une utilité économique ou sociale ne soient perdues à cause d'une sévérité excessive<sup>505</sup>. Ce sera par conséquent au juge de vérifier si la clause peut être supprimée sans affecter le contrat dans son ensemble.

380. De même, le nouveau Code de procédure, entré en vigueur en mars 2016, dispose dans son article 66, §3° que le juge peut déclarer d'office l'inefficacité d'une clause d'élection de *for*, avant l'assignation de l'autre partie. Si le juge considère que la clause est abusive il remettra l'action de *for* au domicile du défendeur. Cela montre l'influence du Code de la consommation sur tout le système juridique brésilien, qui adopte jusque dans les contrats sans lien avec la consommation la procédure prévue dans le Code de la consommation.

381. La législation brésilienne offre donc au juge, tant de manière explicite avec l'article 6°, V du Code de la consommation, que de manière implicite, les moyens nécessaires pour rétablir un équilibre dans la relation contractuelle. L'importance de l'intervention du juge dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives est incontestable, car c'est lui qui détermine le caractère abusif d'une clause ainsi que la sanction qui devra être appliquée afin de préserver les contrats en les rééquilibrant.

b) L'absence de rôle spécifique pour le juge en droit de la concurrence

382. Le droit brésilien ne prévoit pas de protection spécifique des professionnels contre le déséquilibre significatif, à l'inverse du Code de commerce français, article L. 442-6, I, 2°. Un déséquilibre subsiste donc dans le droit spécial de la concurrence, dans la mesure où le juge n'a pas de rôle spécifique, contrairement à ce qui existe dans le droit français.

<sup>504</sup> Cela ne s'applique cependant pas aux contrats bancaires. V. *infra* n° 533.

<sup>505</sup> A. J. Azevedo, *Negócio jurídico : existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 3° éd., 2000, p. 35.



383. Avant l'unification du Code de commerce avec le nouveau Code civil en 2002, l'article 131 du Code de commerce, datant de 1850, prévoyait les dispositions suivantes : « en cas de besoin d'interprétation d'une clause prévue dans le contrat, cette interprétation devra suivre les règles suivantes : 1. une intelligence simple et adéquate, ce qui est plus en conformité avec la bonne foi et l'esprit et la nature du contrat, le sens rigoureux et strict des mots devrait toujours être respecté ; 2. les clauses ambiguës seront interprétées en accord avec celles qui ne les sont pas, et en accord avec le choix des parties, et les clauses qui sont en harmonie, expliqueront dans son ensemble l'ambiguïté ; [...] 5. dans les cas douteux, qui ne peuvent pas être résolus selon les bases établies, il sera décidé en faveur du débiteur ». Selon cet article, dans les contrats entre professionnels, le juge devait donc prendre en considération les attentes du marché et ne les laisser de côté que dans les cas exceptionnels.

384. Lorsque fut rédigé l'ancien Code de commerce, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie libérale était dominante. La promulgation d'un Code de la consommation et d'un Code civil plus sociaux signe le besoin d'interpréter les contrats entre professionnels en accord non seulement avec le marché, mais aussi avec les attentes légitimes des parties. Dans les contrats, chaque cas particulier doit être considéré, ainsi que les parties. Le juge interprétera les clauses en relation avec la réalité économique et sociale brésilienne mais également avec les principes prévus dans la Constitution fédérale brésilienne et le Code civil : bonne foi, fonction sociale du contrat, équilibre.

385. Pour un contrat entre professionnels et faute de protection spécifique, le juge brésilien a fini par utiliser pour protéger les professionnels considérés comme faibles, par analogie, la protection concernant les consommateurs. Il faudrait donc mettre de la cohérence dans les règles appliquées en vue de la protection des professionnels : une uniformisation normative s'avère en ce domaine effectivement indispensable.

386. L'action du juge consistant à supprimer matériellement les clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif demeure fondamentale pour une lutte efficace contre les clauses abusives. Pour que son pouvoir soit effectif et légitime, le juge doit respecter les limites imposées par chaque législation. Il devient alors possible d'envisager l'élargissement de la protection contre les clauses abusives à un champ plus vaste que celui de la consommation.

387. En France comme au Brésil, le juge perd donc sa position d'acteur secondaire dans la protection des contractants contre les clauses abusives et en devient un acteur principal, au côté d'autres acteurs comme le ministère public (§2).

## § 2. Le ministère public

388. Le second acteur concerné par la protection contre les clauses abusives est le ministère public, qui joue un rôle primordial au Brésil, où l'intervention de cette institution au niveau social a été nécessaire ; à l'opposé de la France où son rôle est plus ambigu. Le ministère public assume généralement plusieurs rôles et peut s'impliquer dans un litige de différentes manières ; soit comme partie, soit comme le gardien de la loi. Dans le présent paragraphe, nous réfléchissons ainsi sur le rôle des ministères publics brésilien et français dans la protection contre les clauses abusives, sur l'intérêt et l'importance de leur intervention dans la protection de la partie faible.

389. Le ministère public avait auparavant un rôle limité au domaine du droit pénal. Aujourd'hui, son champ d'action s'est étendu à la protection des intérêts collectifs et sociaux. En droit brésilien, le ministère public joue actuellement un rôle très important, par exemple dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives ou dans la protection de l'environnement et de l'ordre public. Le rôle du ministère public a donc évolué au Brésil comme en France. Nous nous proposons d'analyser ces changements pour comprendre de quelle manière la protection accordée par le ministère public est efficace et utile dans la lutte contre les clauses abusives.

390. Le rôle du ministère public au Brésil s'est étendu (A), surtout avec la fin de la dictature militaire et l'institution d'une démocratie dans les années 1980. En France, en revanche, son rôle reste ambigu (B), surtout si l'on compare en droit interne français la protection contre les clauses abusives accordée aux professionnels à celle qui est accordée aux consommateurs.

### A. Le rôle étendu du ministère public en droit brésilien

391. Le ministère public brésilien occupe une place importante dans la protection contre les clauses abusives et plus généralement dans la protection de l'ordre juridique. Il s'agit d'une institution qui agit au nom de la société, guidé par un intérêt supérieur : l'intérêt général. Cependant, en ce qui concerne la protection contre les clauses abusives, le rôle du ministère public est encore limité à la protection des consommateurs. En raison de l'absence de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives en droit brésilien, il conviendra à nouveau d'évoquer la protection des consommateurs.

392. Son rôle a évolué (1) : auparavant limité à la protection pénale, il s'étend depuis les années 1980 à la protection spécifique des intérêts généraux (2).

### 1. L'évolution du rôle du ministère public

393. Au Brésil, les membres du *parquet* ont longtemps joué un rôle bien précis dans la protection de la justice pénale et civile, c'est à dire dans la protection de l'intérêt général de nature pénale de l'État brésilien. Mais leur rôle n'était pas assez précis dans le cadre de la protection des intérêts collectifs des Brésiliens. Le pouvoir du ministère public a connu une extension à partir de 1985, avec la publication de la loi d'action publique<sup>506</sup>. Avant cette extension, confirmée par le Code de la consommation de 1990 (b), son rôle était encore limité (a).

#### a) Un rôle traditionnellement limité au droit pénal

394. Le rôle du ministère public est longtemps resté très encadré et limité à la sphère pénale, et exceptionnellement civile. Il était par exemple responsable des registres de l'état civil, de la protection des intérêts des mineurs, de l'union maritale... Ces limitations ne sont pas sans lien avec l'histoire du Brésil, qui est resté colonie portugaise de 1500, année de sa découverte, jusqu'à 1822, date de son indépendance<sup>507</sup>. L'influence de la culture juridique de l'Europe occidentale a fait que le Brésil intègre la famille juridique romano-germanique. Plus récemment, le droit brésilien a aussi reçu l'influence du droit nord-américain, notamment dans le domaine du droit public. D'où l'importance progressive accordée par le droit brésilien aux procédures judiciaires – notamment les actions collectives ou les *class actions*, dispositif venu des États-Unis –.

395. Le rôle du ministère public était limité jusqu'à ce que soit promulguée, le 24 juillet 1985, la loi de l'action publique (Loi n° 7.347). Quatre ans après, la Constitution fédérale brésilienne de 1988 a attribué un rôle bien précis aux membres du parquet. Comme le

<sup>506</sup> Loi n° 7.347 du 24 de juillet 1985.

<sup>507</sup> Selon Patricia Galindo da Fonseca, « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, 2010, pp. 147-148 : « Les racines du Ministère public brésilien remontent au droit portugais en vigueur au pays durant la période coloniale. Le droit portugais fut fortement influencé par le droit français. Le visage unique du Ministère public brésilien reflète l'évolution historique et culturelle du pays et, en ce, n'est pas une reproduction automatique d'une institution juridique d'ailleurs. Les changements politiques survenus au Brésil à partir de 1984 ont entraîné la convocation de l'Assemblée nationale constituante de laquelle a émané l'«Ante projet Afonso Arinos» ».

dispose en effet l'article 127 du texte constitutionnel<sup>508</sup>, le ministère public est dorénavant chargé de la défense de l'ordre juridique brésilien, du régime démocratique et des intérêts sociaux et des droits individuels incessibles. La particularité de cette institution est liée au fait qu'il existe au Brésil un fort lien entre l'État de droit et le ministère public.

396. L'indépendance du ministère public par rapport aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est remarquable, au point qu'il constitue, selon certains, un quatrième pouvoir. La position centrale occupée par le *parquet* au sein du système politique brésilien lui permet d'interagir avec ces trois pouvoirs, ce qui lui permet de réaliser une action effective dans la défense de l'ordre juridique et démocratique, des droits collectifs et des droits de la citoyenneté<sup>509</sup>.

397. Dans les années 1990, le rôle du ministère public s'est progressivement étendu, sous l'effet notamment de changements dans la législation brésilienne et particulièrement avec la promulgation du Code de la consommation, la loi n° 8.078 du 11 septembre 1990. En France, la sphère d'action du ministère public est moins importante. C'est en effet la combinaison de la loi de l'action publique et du Code de la consommation brésilien qui permet une protection juridique active des intérêts généraux.

#### b) Un rôle nouvellement étendu pour la défense de l'intérêt général

398. Le ministère public brésilien est donc essentiel dans la protection des droits diffus et collectifs, après qu'il a longtemps été limité au droit pénal et au droit civil. Cette évolution sonne comme l'aboutissement des débats très féconds des années précédant l'adoption de la loi de l'action publique ; la société brésilienne avait besoin d'une protection effective. Pour des raisons socio-économico-politiques le Brésil a adopté la protection collective des droits. La protection collective des droits dans l'ordre juridique brésilien concerne les droits collectifs, diffus et individuels homogènes. Le Code de la consommation brésilien définit chacun de ses droits dans son article 81.

399. Selon cet article, la défense des intérêts et des droits des consommateurs et des victimes pourra être exercée individuellement ou collectivement. La défense des droits sera exercée collectivement lorsqu'il s'agira : « I – d'intérêts ou de droits diffus, ce qui, aux

---

<sup>508</sup> Selon l'article 127 de la Constitution brésilienne, « le ministère public est une institution permanente, essentielle à la fonction juridictionnelle de l'État, il est son devoir de défendre l'ordre juridique, le régime démocratique et les intérêts sociaux et individuels indisponibles ».

<sup>509</sup> Patricia Galindo da Fonseca, *loc. cit.*

termes de ce code signifie les droits trans-individuels, de nature indivisible dont sont titulaires des personnes indéterminées et liées par des circonstances factuelles ; II – d'intérêts ou de droits collectifs, ce qui, aux termes de ce code signifie les droits trans-individuels de nature indivisible dont sont titulaires des groupes, des catégories ou classes de personnes liées entre elles ou contre la partie adverse par une relation juridique de base ; III – d'intérêts ou de droits individuels homogènes, ce qui, aux termes de ce code signifie, les droits ayants une origine commune ».

400. Cette protection collective des droits peut s'exercer selon différents mécanismes. Nous ne traiterons ici que de la seule protection collective offerte par le ministère public *via* l'action civile publique, dans la mesure où elle est la principale procédure de protection contre les clauses abusives. La Constitution fédérale brésilienne prévoit néanmoins que l'action civile publique puisse aussi être intentée par des entités associatives<sup>510</sup>. Selon l'article 5, alinéa XXI, « lorsqu'elles sont expressément autorisées, les entités associatives sont légitimées pour représenter leurs membres judiciairement ou extrajudiciairement ».

401. L'action civile publique intentée par le ministère public est donc née de la jonction de la loi de l'action publique et du Code de la consommation brésilien. Cet instrument est très souvent utilisé par la jurisprudence brésilienne ; par exemple dans les domaines de la protection de l'environnement, de la protection du patrimoine public et notamment de la protection des consommateurs. Ceci révèle la grande importance du Code de la consommation dans cette démarche, ainsi que le rôle non négligeable du ministère public dans la mise en œuvre des instruments donnés par la Constitution fédérale brésilienne et le Code de la consommation. On regrette donc que cette protection ne soit pas étendue aux professionnels victimes d'une clause abusive.

402. Nous venons de voir que le rôle du ministère public en droit brésilien a évolué d'une protection générale dans les droits pénal et civil vers une protection plus spécifique des consommateurs. Nous allons maintenant nous pencher sur la question de la protection spécifique contre les clauses abusives par les membres du parquet.

---

<sup>510</sup> Voir à titre d'exemple : *DJU*, 16 novembre 2004, p. 189, Resp 506.692-RS, Ministre Francisco Falcão : « L'association, l'entité ayant une représentativité nationale ou l'entité syndicale, régulièrement constituées et en fonctionnement, peuvent intenter une action collective destinée à la défense des droits et intérêts des catégories qu'elles représentent, indépendamment d'une autorisation spéciale, celle qui figure dans ses statuts étant suffisante ».

## 2. L'intervention spécifique du ministère public

403. Le ministère public est l'un des organes légitimés par la Constitution fédérale brésilienne pour intenter une action civile publique ou action collective<sup>511</sup>. Il est également de ce fait l'un des principaux acteurs responsables du succès de cet outil de protection des citoyens brésiliens. Il sera donc important d'analyser dans le présent travail le rôle de ce ministère dans la protection contre les clauses abusives. Nous verrons que celui-ci est prégnant s'agissant des consommateurs (a), au détriment toutefois de la protection des professionnels (b).

### a) La défense affirmée des consommateurs

404. Le ministère public brésilien est responsable de la bonne application des règles prévues par le Code de la consommation, et plus spécifiquement de la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Malheureusement, le professionnel faible engagé dans un contrat avec un autre professionnel plus puissant ne bénéficie pas de la même protection. Il convient de nouveau de rappeler que le droit brésilien ne prévoit pas de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives et que, pour cette raison, nous évoquerons la protection des consommateurs contre les clauses abusives dont il s'inspire pour protéger les professionnels.

405. Le ministère public est très actif dans la protection de la partie faible. C'est sur ce fondement qu'ont été admises des actions intentées par ce dernier dans divers domaines comme la réparation de dommages causés à la santé des travailleurs soumis à des conditions insalubres, la déclaration de nullité de clause abusives dans l'acquisition d'immeubles financés par des institutions financières ou encore le réajustement excessif des prestations des « *plans privés de santé* » (qui correspondent aux mutuelles françaises).

406. Un grand nombre d'actions ont été intentées par les membres du *parquet* visant la protection contre les clauses abusives. Ainsi, la protection offerte aux consommateurs par le ministère public brésilien est-elle très efficace. Le ministère public est responsable de la

---

<sup>511</sup> Sur la définition de l'action civile publique ou action collective : V. P. Galindo da Fonseca, « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, 2010, p. 120 : « En effet, l'action collective permet de représenter l'ensemble des intérêts individuels des consommateurs – comme le fait le recours collectif québécois – dans lequel cas il s'agira au Brésil d'une action de défense des droits individuels homogènes. Mais à la différence du recours collectif québécois, l'action collective peut aussi représenter les intérêts collectifs des consommateurs, ce qui se traduit par une action de défense des droits collectifs ou de défense des droits diffus ».

préservation de l'ordre public et de la protection des consommateurs. Il comprend même un service spécialisé dans la protection des consommateurs : le « ministère public de défense des consommateurs ». Les professionnels ont donc dû s'adapter aux nouvelles règles qui redéfinissaient et étendaient le pouvoir de contrôle du ministère public.

407. Le contrôle des clauses abusives réalisé par le ministère public brésilien peut être concret ou abstrait. Le contrôle sera concret quand le consommateur se considérant victime d'une clause abusive dans un contrat avec un professionnel sollicite l'intervention d'un membre du parquet responsable de la protection des consommateurs et des intérêts diffus présents dans ce contrat. S'agissant, par exemple, d'un contrat de masse signé entre un assureur et plusieurs assurés, si le membre du parquet observe la présence d'une clause abusive, il devra protéger les consommateurs en demandant au juge de déclarer cette clause abusive, il devra protéger les consommateurs en demandant au juge de déclarer cette clause abusive. Ce contrat sera considéré comme nul de plein droit. Le ministère public responsable de la protection des consommateurs pourra également déclencher une enquête civile ; celle-ci aura pour but de débusquer l'existence d'autres clauses abusives dans un contrat conclu entre le même assureur et d'autres assurés.

408. Le contrôle abstrait est quant à lui une innovation du Code de la consommation brésilien. Selon son article 51, §4, le ministère public est le seul légitimé à mener un contrôle abstrait des contrats de consommation. Celui-ci consiste en la possibilité pour le ministère public de rechercher la présence d'une clause abusive dans un contrat standard sans que cette enquête n'ait été requise par un consommateur. Si donc un membre du parquet trouve une clause potentiellement abusive dans un formulaire standard émanant de l'administration publique, d'un fournisseur en particulier ou d'un professionnel, le ministère public est légitime à procéder à un contrôle de ce contrat. On notera que l'existence d'un contrat d'adhésion signé à partir de ce formulaire standard n'a aucune valeur et ne peut donc empêcher l'action du ministère public<sup>512</sup>. Une fois la clause abusive trouvée, le ministère public pourra la chasser et demander l'annulation du contrat.

409. Le droit brésilien ne prévoit pas que le professionnel soit obligé d'envoyer une copie intégrale du contrat avant signature au ministère public en vue de vérifier la présence

---

<sup>512</sup> Le ministère public de l'État du Maranhão, au Brésil a assigné en justice la banque qui exigeait des ses clients le paiement de frais pour l'expédition d'un TIP. Selon la décision rendue le 16.03.2010 exiger ce genre de paiement des consommateurs constitue une clause abusive en provoquant l'enrichissement sans cause de la banque, dans la mesure où les consommateurs clients payent déjà des frais de gestion de leurs dossiers. Ainsi, selon l'article 39, V du CDC brésilien cette clause est abusive et si la banque continue de l'exiger elle doit payer une amende. (REsp 794.752/MA, rel. Min. Luis Felipe Salomao, Quarta Turma, j. 16/03/2010, DJe 12/04/2010, RSTJ vol. 218, p. 408).

d'une clause abusive (il n'existe donc pas de contrôle préventif de ce contrat). Le ministère public pourra néanmoins réaliser ce contrôle ultérieurement. Il possède donc le pouvoir d'examiner les contrats d'adhésion pour vérifier la présence ou non d'une clause abusive.

410. Pour ce qui est de la procédure, le membre du parquet pourra, à la fin de l'enquête, proposer un accord entre les parties avant d'assigner le professionnel en justice. Cet accord sera bien évidemment assorti de sanctions au cas où il ne serait pas respecté. Dans le cas où un accord serait trouvé entre le professionnel et le consommateur, la décision rendue par le parquet est un titre exécutoire d'origine extrajudiciaire. Dans le cas inverse, si les parties ne parviennent pas à cet accord, le ministère public brésilien proposera une « *action civile publique* »<sup>513</sup> en vue d'un contrôle judiciaire des clauses abusives<sup>514</sup>, et la sanction sera une déclaration de nullité de plein droit du contrat.

411. L'action du ministère public dans la protection contre les clauses abusives est prévue dans le Code de la consommation brésilien à l'article 82. Elle tire sa légitimité de l'article 81, qui la relie à la protection de l'ordre public et des intérêts sociaux. Le parquet, en revanche, n'est pas légitimé à agir pour protéger un intérêt individuel, une démarche qui appartient au seul consommateur. Un regroupement de plusieurs consommateurs est donc nécessaire pour que le ministère public brésilien puisse jouer son rôle de protection des droits diffus, collectifs et individuels homogènes. C'est à cette condition que les membres du parquet peuvent provoquer un contrôle judiciaire des clauses abusives<sup>515</sup> et proposer une action en justice (action civile publique) pour la défense des consommateurs (selon l'article 129, III de la Constitution fédérale brésilienne).

412. Le droit brésilien propose donc un modèle original d'action collective pour la protection des droits collectifs homogènes. En effet, il s'agit d'une procédure « non soumise à une étape préalable d'autorisation, elle est d'application générale, bien que son exercice soit

---

<sup>513</sup> Selon certains auteurs, il existe une différence entre l'action civile publique et l'action collective. Voir dans ce sens H. Mazzili, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 1999, pp. 51 et 52 : l'auteur recommande l'utilisation exclusive du terme action civile publique, surtout quand il s'agit des actions intentées par le ministère public. Cette distinction a été suivie par le Code de la consommation brésilien. Cependant, il s'agit d'un débat purement terminologique, car en pratique la procédure sera la même dans une action collective ou dans une action civile publique.

<sup>514</sup> Toute la procédure, aussi bien les devoirs que les obligations du Ministère public brésilien sont prévues dans la Constitution fédérale (articles 127 à 130) et dans la loi d'Action Civile Publique. Pour plus de détails sur les contrôles concret et abstrait voir : Nery Jr., Nelson *et al. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitaria, 1999, p. 455.

<sup>515</sup> Selon l'article 51, §4° du code de la consommation brésilien, le consommateur ou celui qui le représente peut requérir auprès ministère public une action pour la déclaration de nullité d'une clause contraire aux dispositions du code de la consommation ou à l'équilibre entre les prestations contractuelles.



réservé aux associations de consommateurs, au ministère public et à d'autres organismes administratifs [...] formule tout à fait originale avec un principe d'inclusion automatique, mais dans lequel le jugement collectif ne lie pas les membres du groupe si l'action est rejetée (absence d'effet *erga omnes*) ». Ainsi, « une fois le jugement collectif rendu, s'il est favorable, chaque personne lésée doit produire une procédure de liquidation et d'exécution individuelle »<sup>516</sup>. Il s'agit donc d'un instrument important pour la protection des consommateurs brésiliens.

413. On pourrait dire que le droit de la consommation est la source d'inspiration du droit brésilien dans la protection de certains professionnels contre le déséquilibre significatif. Le fait d'être une source d'inspiration ne constitue pas un problème en soi ; le problème se pose lorsque le droit de la consommation commence à être utilisé comme un outil *fourre-tout*, quand il n'y a pas de consommateur à proprement parler dans la relation contractuelle. Cette situation génère une instabilité et un manque de sécurité dans les relations juridiques brésiliennes. L'absence de disposition légale spécifique laisse toute latitude aux autorités judiciaires et administratives dans l'application des règles de protection des consommateurs aux professionnels.

414. Cette protection des professionnels délaissée par le ministère public est donc une insuffisance du droit brésilien.

#### b) La défense oubliée des professionnels

415. À défaut de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives, les juges utilisent soit une application par analogie des règles de protection des consommateurs, soit la règle générale prévue dans le Code civil brésilien. Le contrôle spécifique des clauses abusives a effectivement été limité aux consommateurs dans le Code de la consommation et dans le Code civil, et la protection générale n'offre pas aux professionnels de protection spécifique.

416. Le pouvoir du ministère public dans les contrats librement négociés, y compris les relations entre partenaires de puissance économique équivalente, est donc restreint. Cet état de fait est assez critiquable dans la mesure où un contrat entre professionnels peut aussi engager une partie faible. Si le ministère public a comme devoir de protéger l'ordre public et

---

<sup>516</sup> P.-C., Lafond, « Le consommateur et le procès – Rapport général », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 1, dirigé par Michelle Cumyn, 2008, p. 149.

l'intérêt général, il devrait aussi être compétent pour agir dans la défense des intérêts des professionnels les plus faibles, par exemple contre les clauses abusives.

417. La jurisprudence brésilienne a déjà appliqué le Code de la consommation en vue de la protection de professionnels<sup>517</sup> ; cependant cette pratique n'est pas favorable à la protection de la sécurité juridique. Il faudrait ainsi que, à l'exemple de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français, le droit brésilien établisse les conditions favorables à l'intervention du ministère public dans un contrat entre professionnels. Dans un cas de soumission et de présence d'un déséquilibre, le ministère public serait ainsi légitime pour intenter une action civile publique en vue d'assurer la protection des professionnels. À défaut d'une réforme législative en ce sens, l'établissement de critères objectifs pour l'application des règles spécifiques aux consommateurs aux professionnels est une question urgente en droit brésilien.

418. Signalons que le Brésil, à la différence de la France, ne dispose pas d'une juridiction administrative et que toutes les actions sont donc intentées devant le juge judiciaire. Nous allons à présent d'étudier le rôle et le fonctionnement du ministère public français dans la protection des professionnels après la promulgation de la loi de modernisation de l'économie.

## B. Le rôle ambigu du ministère public en droit français

419. Il importe de comprendre le fonctionnement du ministère public en droit français pour saisir son importance dans la protection des professionnels contre les clauses abusives en même temps que cette lacune contradictoire qui est le manque de protection effective des consommateurs par ce même ministère public. Nous analyserons donc dans un premier moment la délimitation classique des pouvoirs du ministère public français (1), avant d'aborder le renouvellement limité de ses pouvoirs (2).

### 1. La délimitation classique des pouvoirs du ministère public

420. Le statut du ministère public fait débat depuis quelque temps en droit français<sup>518</sup>. Il n'existe pas de certitude quant à son appartenance à l'autorité judiciaire. Il nous

---

<sup>517</sup> V. *supra* n° 257.

<sup>518</sup> V. « Faut-il réformer le statu du ministère public ? » Dossier *AJ Pénal* 2011, 105 par JP. Jean, D. Soulez-Larivière, M. Robert et C. Mauro, Dossier de la revue *Constitutions* 2011/3 ; *Revue de droit d'Assas*, 2010/2, p. 55, le point de vue du professeur (Y. Mayaud) et p. 62, le point de vue du magistrat (D. Guérin).

faut donc élucider le fonctionnement de cette institution dans la mesure où il s'agit de l'un des acteurs légitimes dans la lutte contre le déséquilibre significatif. Notre but n'est pas ici de décrire exhaustivement l'action du ministère public français, pas plus que ses possibilités d'action en tant que partie principale, partie jointe, ou encore commissaire de la loi ; notre objectif est de donner un aperçu de son rôle qui, d'abord limité, s'est progressivement étendu.

421. En France, à l'inverse du Brésil, les membres du ministère public sont les agents du pouvoir exécutif<sup>519</sup>. Selon la jurisprudence française, le membre du *parquet* n'est pas tenu à une obligation d'impartialité<sup>520</sup>. Le ministère public français possède un rôle bien délimité par les articles 422 et 424 et suivants du Code de procédure civile<sup>521</sup>. Au delà de ses attributions administratives – protection des incapables majeurs, vérification des registres de l'état civil, surveillance des greffes – il possède d'autres attributions judiciaires.

422. Le ministère public français peut agir dans l'intérêt d'une catégorie sociale qu'il prétend représenter, « cet intérêt peut être dit collectif et ne saurait être réduit ni à un intérêt personnel, ni à l'intérêt général »<sup>522</sup>. Le parquet peut donc se constituer, soit comme partie jointe à la procédure, soit comme partie principale. Ces deux fonctions sont similaires en droit français et en droit brésilien. Comme partie jointe, il est garant de la bonne application de la loi ; comme partie principale il déclenche lui-même le procès ou défend une action engagée par autrui.

423. Le statut du ministère public français fait débat dans la doctrine<sup>523</sup>. Une controverse existe « notamment [à propos de] son appartenance à l'autorité judiciaire au

---

<sup>519</sup> Sur l'histoire du ministère public en droit français V. « Les manuels classiques d'histoire du droit fixent généralement au début du XIV<sup>e</sup> siècle la naissance, ou du moins la première organisation, du Ministère public français. A vrai dire, on trouve des « procureurs du roi » dans les bailliages et sénéchaussées dès les règnes de Philippe III et de Philippe le Bel. Ils ne sont pas distincts à l'origine des autres procureurs qui agissent en justice, en particulier devant le Parlement, pour défendre les droits des personnes qu'ils représentent. Les plaideurs qui ont l'autorisation de se faire représenter sont d'abord des ecclésiastiques (collèges de chanoines, monastères - le caractère collectif de la personne juridique impliquant ici nécessairement une représentation - mais aussi évêques, doyens, archiprêtres, etc.), puis des princes territoriaux ou des collectivités publiques (consulats, communes, etc.) ». J.-M., Carbasse, *Histoire du parquet*. Paris, PUF, 2000, p. 2.

<sup>520</sup> Cass., crim. 6 janv. 1998 : *Bull.* n° 1 ; *RGDP* 1998, 461, obs. D. Rebut ; *Procédures* 1998, n° 96, obs. Buisson ; D. 1999, 246, note G. Yildirim.

<sup>521</sup> Article 422 : « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi » ; Article 423 : « En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci » ; article 424 : « Le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication ».

<sup>522</sup> L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2016, p. 298.

<sup>523</sup> V. *Revue de droit d'Assas*, 2010/2, p. 55, le point de vue du professeur (Y. Mayaud) et p. 62, le point de vue du magistrat (D. Guérin) ; « Faut-il réformer le statut du ministère public ? » Dossier *AJ Pénal* 2011, 105 par JP. Jean, D. Soulez-Larivière, M. Robert et C. Mauro. Dossier de la revue *Constitutions* 2011/3, préc. En note, v. ss 353-3.

même titre que les juges du siège, que des voix autorisées, de plus en plus nombreuses, remettent en cause »<sup>524</sup>. Pour autant, les membres du parquet sont dotés d'une certaine autonomie. Celle-ci se caractérise « par son autogestion (autogouvernement) ; une autonomie des fonctions, caractérisée par l'exercice de fonctions uniquement subordonnées à des critères de stricte légalité et d'objectivité et la consécration d'une hiérarchie peu prégnante ; et une autonomie organique, caractérisée par l'existence d'un corps de membres séparé de la magistrature judiciaire »<sup>525</sup>.

424. Le ministère public avait à l'origine un rôle plus important dans la sphère pénale. Aujourd'hui, son action est notable dans d'autres domaines : civil, administratif, mineurs, famille, environnement, consommation, etc. En poussant l'analyse, on peut dire que le ministère public français est, au nom de l'ordre public, le défenseur de l'intérêt général, protecteur du « patrimoine moral et matériel de la Nation, à savoir : l'ordre public, la protection de la faiblesse, les intérêts qui tiennent à l'ensemble de la société »<sup>526</sup>. Un auteur insiste ainsi sur les « *exigences sociales* » liées aux fonctions du ministère public<sup>527</sup>. Nous allons donc étudier l'extension du rôle du ministère public en droit français.

## 2. Le renouvellement limité des pouvoirs du ministère public

425. Le pouvoir du ministère public français a été renouvelé. Il importe donc de souligner que « la tâche du ministère public français n'est pas restreinte au seul volet répressif avec pour seul objectif d'engager dans ce cadre des actions civiles et pénales ; son intervention élargie fait de lui le gardien vigilant de l'application de la loi dans un souci de protection de l'ordre public économique et de sauvegarde des emplois. Cette évolution l'a conduit progressivement à devenir le défenseur de l'entreprise en situation de faiblesse et de l'intérêt général à dimension sociale »<sup>528</sup>. Cependant, si l'on compare ce renouvellement avec l'étendue du rôle du ministère public brésilien dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives, on peut affirmer qu'il s'agit d'un renouvellement limité. En France la

<sup>524</sup> S. Guinchard, C. Chainais et al., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2015, p. 839.

<sup>525</sup> M. J.-M., « Le ministère public et l'avenir : la recommandation » Rec (2000) 19 et l'exemple portugais, in *Quel avenir pour le ministère public ?* sous l'égide de la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2008, p. 125.

<sup>526</sup> H. Bekaert, « La mission du ministère public en droit privé », in *Mélanges J. Dabin*, t. II, 1963, Bruxelles, Bruylant, p. 441.

<sup>527</sup> P. Tcherkessoff, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse de doctorat en droit privé, Dirigée par Monsieur Stamatios Tzitzis, 2015, pp. 385-386.

<sup>528</sup> *Ibidem*, p. 442.

protection des consommateurs par le ministère public est donc délaissée (a) et sa protection est très sollicitée dans la protection des professionnels (b).

a) Le ministère public délaisse les clauses abusives en droit de la consommation

426. Selon le Code de procédure français, dans son article 422, « le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi » et dans l'article 423, « en dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ». Certains auteurs français admettent cependant la possibilité pour le ministère public français d'agir à titre principal dans des circonstances exceptionnelles<sup>529</sup>. Par exemple, la loi de modernisation de l'économie renforce les attributions des membres du parquet français et étend ses possibilités de recours.

427. En droit français, le rôle du ministère public dans la protection des consommateurs est plus restreint que celui du ministère public brésilien. Si les deux pays ont bien connu un renouvellement des pouvoirs du ministère public, il demeure néanmoins une différence primordiale : le Code de la consommation brésilien entérine le fait que le ministère public et les associations de défense des consommateurs sont légitimés à recourir à la juridiction civile ou pénale pour faire déclarer une clause abusive dans un contrat entre consommateurs ; dans le droit français, le ministère public ne peut exercer des poursuites que si l'atteinte portée au consommateur constitue une infraction pénale prévue, soit dans le Code pénal français, soit dans le Code de la consommation<sup>530</sup>.

428. En France, cette prérogative n'appartient pas au ministère public mais aux associations de défense des consommateurs. Selon la loi Hamon du 17 mars 2014, ces dernières sont habilitées à demander que la clause abusive « soit réputée non-écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur avec des consommateurs, y compris dans les contrats qui ne sont plus proposés, et de leur ordonner d'en informer les consommateurs concernés par tout moyen approprié »<sup>531</sup>. Cette loi rapproche ainsi le régime de sanction des clauses abusives entre professionnels du régime de sanction des clauses abusives dans un contrat de la consommation.

---

<sup>529</sup> V. F. Terré, Ph. Simpler, Y. Lequette, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2005, n° 397 p. 402 ; J. Ghestin, *Les obligations – Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1988, n° 771 sq. pp. 917sq. ; Ch. Larroumet, *Les obligations – Le contrat*, Paris, Economica, 5<sup>e</sup> éd., 2003, n° 554, pp. 562-563.

<sup>530</sup> V. Y. Picod, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 2015, p. 412.

<sup>531</sup> Piedelievre, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP E*, 2014, 1176, 21 ; L. Vogel, J. Vogel, *La négociation commerciale depuis la Loi Hamon*, LawLex, Bruylant, 2015, p. 155.

429. Malgré une similitude avec le Brésil quant à la sanction des clauses abusives entre professionnels, le droit de la consommation français ne fait pas du ministère public ou du ministre de l'Économie l'autorité compétente pour demander cette action ; seules le sont les associations de défense des consommateurs.

430. Ces deux systèmes évoluent donc en sens inverse : si au Brésil les associations et le ministère public sont légitimés pour la protection des consommateurs contre les clauses abusives depuis les années 1980<sup>532</sup>, en France le ministère public peut intervenir en faveur de la protection des professionnels depuis 2008 et la promulgation de la loi de modernisation de l'économie ; quant aux consommateurs français, ils ont droit à une protection collective *via* l'action des associations de défense des consommateurs depuis 2014 seulement, avec la loi Hamon<sup>533</sup>.

431. Le rôle étendu du ministère public brésilien dans la protection des consommateurs résulte d'une société très marquée par l'inégalité sociale. Les membres du parquet ont donc pour mission de trouver un équilibre social pour le peuple brésilien, en étant par exemple très attentifs à la protection des consommateurs contre les contrats contenant un déséquilibre significatif. Le ministère public français, qui joue pourtant un rôle principal dans la protection des professionnels, ne tient pas ce rôle là.

b) Le ministère public sollicité pour les clauses abusives en droit des pratiques restrictives de la concurrence

432. Si le renouvellement du pouvoir du ministère public français a été moins remarquable que celui du même ministère au Brésil, il importe néanmoins de souligner que le rôle du parquet français a notablement évolué en ce qui concerne la protection des professionnels. Le Code de commerce affirme en effet l'action du ministère public dans la protection des professionnels.

---

<sup>532</sup> V. *supra* n° 410.

<sup>533</sup> V. Y. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, pp. 412-413 : « Lorsque l'atteinte portée au consommateur est constitutive d'une infraction pénale dont la prévention figure soit dans le Code pénale soit dans le Code de la consommation, le ministère public peut exercer des poursuites devant la juridiction compétente. [...] Mais la politique consumériste des parquets est parfois étouffée par le volume des affaires. Pendant longtemps, la défense des intérêts collectifs des consommateurs incombait exclusivement au parquet ... il faut attendre la loi du 27 décembre 1973 (dite « loi Royer ») pour que les associations de consommateurs agréées puissent enfin, selon l'article 46, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relative aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

433. Le ministère public français a une fonction importante dans la protection des professionnels contre les clauses abusives. Selon l'article L. 442-6, III du Code de commerce, « l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ».

434. Avant la loi de modernisation de l'économie entrée en vigueur en 2008, et responsable de l'insertion de l'article L. 442-6 dans le Code de commerce français, la loi du 15 mai avait déjà renforcé les prérogatives du ministère public ainsi que celles du ministre de l'Économie. En effet, depuis ladite loi du 15 mai 2001, le ministère public a la possibilité de demander la cessation des pratiques abusives et de faire constater la nullité des clauses et contrats illicites. Il a ainsi le pouvoir de demander la répétition de l'indu, ainsi que le prononcé d'une amende civile qui ne peut excéder 5 millions d'euros. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie, cette somme peut être portée au triple des sommes indûment versées. Selon l'article L. 442-6 précité, l'action en nullité des clauses abusives doit être introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt ou par le ministère public.

435. Le texte introduit par la LME ne fait pourtant pas l'unanimité. Selon certains auteurs, « le texte donne lieu à des multiples difficultés d'interprétation car la méthodologie législative employée est mauvaise. Au lieu de réécrire l'article, le législateur s'est contenté d'intercaler les dispositions nouvelles entre les anciennes. Résultat : un patchwork, et un défi à la logique, pour le plus grand malheur du justiciable »<sup>534</sup>. Les questions plus détaillées sur l'action du ministère public seront évoquées dans la prochaine section, où nous l'analyserons conjointement à celle du ministre de l'Économie. Retenons pour l'instant l'extension notable du rôle du ministère public dans la protection des intérêts généraux et la lutte contre les clauses abusives entre professionnels.

436. Les raisons pour lesquelles le ministère public est compétent dans la lutte contre les clauses abusives sont bien différentes au Brésil et en France. Au Brésil, la légitimité du ministère public pour intenter l'action civile publique dans la protection des consommateurs est due au fait que le Brésil est un pays où les inégalités sont importantes, voire choquantes. L'intervention de l'État dans la protection des parties faibles est donc

---

<sup>534</sup> L. Vogel, J. Vogel, *op. cit.*, p. 236.

indispensable. En France, l'action du ministère public et du ministre de l'Économie est liée à la protection d'une égalité davantage économique que sociale.

437. Cette extension du rôle du ministère public dans la protection des intérêts généraux est donc très positive, notamment dans la protection contre les clauses abusives ; soit dans un contrat entre un consommateur et un professionnel, soit dans un contrat entre professionnels. Il s'agit donc de bien saisir le rôle du ministère public français dans cette protection spécifique des professionnels, mais aussi de comprendre la mise en œuvre des actions collectives en droit français. On regrette qu'il n'existe pas au Brésil cette possibilité pour le ministère public d'intervenir dans les contrats entre professionnels.

438. Dans les deux pays sont donc engagés de plus en plus d'acteurs. Nous avons déjà abordé le travail en équipe des autorités judiciaires – le juge et le ministère public –. Nous évoquerons maintenant celui des autorités administratives (section II).

## Section II. Les autorités administratives

439. La protection contre les clauses abusives passe aussi par le contrôle réalisé par des autorités administratives. Nous allons étudier ces autorités, avant d'apprécier l'efficacité de leur action. On peut distinguer les autorités responsables de la protection des professionnels et celles qui le sont pour la protection des consommateurs. Nous allons devoir les comparer, car la source d'inspiration de la protection des professionnels contre le déséquilibre significatif provient du droit de la protection accordée aux consommateurs. Nous commencerons par les autorités dédiées à la protection contre les clauses abusives en droit français (§1), avant d'évoquer les mêmes autorités dans le droit brésilien (§2).

### §1. Les autorités dédiées à la protection contre les clauses abusives en droit français

440. En droit français les autorités administratives sont très présentes dans la lutte contre les clauses abusives. Depuis la directive de 1993, le droit français compte en effet avec le soutien d'un acteur très important dans la protection contre les clauses abusives dans un contrat de la consommation : la commission des clauses abusives. Au-delà de cette forte présence en droit de la consommation, les autorités administratives interviennent également dans la protection des professionnels contre les clauses abusives, qui est donc assurée par une



pluralité d'acteurs : le ministre de l'Économie, le président de l'Autorité de la concurrence et la Commission d'Examen des Pratiques commerciales (CEPC).

441. Nous allons évoquer les différents acteurs devenus responsables de la protection des professionnels (A), avant d'évoquer celui qui intervient traditionnellement dans la protection des consommateurs (B). L'objectif est justement de comprendre comment s'articulent leurs actions, non seulement dans la protection des professionnels, mais aussi dans la protection des consommateurs (source d'inspiration de protection des professionnels contre les clauses abusives).

#### A. L'insuffisance des acteurs dédiés à la protection des professionnels

442. Les autorités administratives spécialement consacrées à la protection des professionnels en droit français sont assez récentes. Comparée à celle des autorités administratives consacrées à la protection des consommateurs, leur action est encore insuffisante pour la protection des professionnels. Il s'agit (1) du ministre de l'Économie, (2) du président de l'Autorité de la concurrence et de (3) la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC)

##### 1. Le ministre de l'Économie

443. La loi de modernisation de l'économie a intégré au Code de commerce une protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives et aussi désigné les acteurs compétents pour mettre en œuvre cette protection. Il résulte donc de l'article L. 442-6, III du Code de commerce français que « le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article ». Toujours selon ce même article, le ministre de l'Économie peut engager une action et demander une amende allant jusqu'à 5 millions d'euros. Il a le pouvoir d'engager l'action pour les parties victimes, « indépendamment de tout préjudice démontré et de toute action éventuelle par des personnes lésées par la pratique contestée, ou susceptibles de l'être »<sup>535</sup>.

---

<sup>535</sup> TC Paris, 20 mai 2014, *Ministre de l'Economie c/ Galec*, n°2013070793 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 13/19251, *Ministre c/ Galec* : « le fait que le Ministre et le fournisseur puissent présenter les mêmes demandes ne rend pas irrecevable l'action exercée par le fournisseur, même si cette action est intentée postérieurement à celle du Ministre ».

444. Lorsque le ministre de l'Économie ou le ministère public agissent – notamment pour vaincre les réticences de la victime qui craindrait des représailles – ils peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 du Code de commerce, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu ou encore le prononcé d'une amende civile. L'action du ministre de l'Économie est propre, autonome et de nature délictuelle<sup>536</sup>. Ainsi, même si le contrat comporte une clause compromissoire, celle-ci ne s'applique pas au ministre de l'Économie car il s'agit d'un tiers au contrat qui doit veiller sur l'ordre public économique<sup>537</sup>. Il a ainsi une fonction non seulement dans la protection des professionnels contre le déséquilibre significatif, mais aussi dans la protection du marché. C'est ainsi qu'il possède des moyens coercitifs pour bloquer la prolifération des pratiques abusives.

445. En ce qui concerne l'action effective du ministre de l'Économie, on constate que suite de l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, il a assigné plusieurs distributeurs justement pour dénoncer la présence de certaines clauses abusives fréquemment insérées dans les contrats entre professionnels. Mais cela ne permet pas encore d'affirmer que son intervention soit réellement effective et suffisante dans la protection des professionnels. En effet, une analyse quantitative de son action comparée à celle de la commission des clauses abusives (responsable de la protection des consommateurs) donne quelques informations à cet égard : « dans le domaine de la grande distribution, dès 2009, le ministre de l'Économie de l'époque de l'entrée en vigueur de la Loi de modernisation de l'économie, Hervé Novelli, a engagé neuf actions sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contre neuf enseignes de la grande distribution (Auchan, Carrefour, Casino, Castorama, Cora, Darty, Intermarché, Leclerc, Système U) afin d'obtenir un éclaircissement rapide des magistrats sur le champ d'application de cette nouvelle pratique restrictive de concurrence »<sup>538</sup>. Son action a en outre été contestée.

446. Dans un de ces contentieux, Darty a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur la conformité de l'article L.442-6-I-2° au principe de l'égalité des

<sup>536</sup> TC Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *Ministre de l'Economie c/ Expédia* ; TC Paris, 20 mai 2014, *Ministre c/ Galec*, n° 2013070793 et CA Paris, 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13/16336 : il s'agit d'une « action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence non soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

<sup>537</sup> TC Paris, 16 février 2015, n° 2014049786, *Ministre de l'Economie c/ Apple*.

<sup>538</sup> N. Lajnef, « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *RLC*, n° 39, avril-juin 2014, p. 172 ; disponible sur : [uggc.com/download\\_pdf.php?f=doc\\_140903093144.pdf&n...pdf](http://uggc.com/download_pdf.php?f=doc_140903093144.pdf&n...pdf). Voir : TC Lille, 6 janv. 2010, *Castorama* ; TC Lille, 7 sept. 2011, *Eurochan* ; TC Meaux, 6 déc. 2011, *Cora*.

délits et des peines, en critiquant le caractère flou de la notion de déséquilibre significatif. Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 13 mai 2011 (QPC)<sup>539</sup>, a estimé que le ministre de l'Économie pouvait poursuivre la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques avaient causés, dès lors que les parties au contrat avaient été informées de l'introduction d'une telle action<sup>540</sup>. En revanche, si l'action du ministre de l'Économie se limite à la demande de cessation des pratiques et au prononcé d'une amende civile, cette demande est recevable même si les parties ne sont pas informées<sup>541</sup>.

447. Soulignons que s'agissant d'une demande de nullité des conventions illicites, de la restitution des sommes indûment perçues et de la réparation des préjudices, seule l'information est exigée. Il ne s'agit donc pas de mettre les parties présentes en mesure de participer à l'instance pour obtenir des dommages et intérêts<sup>542</sup>. Par ailleurs, « cette information doit être réalisée “en temps utile” pour permettre aux fournisseurs soit de former une action principale, soit d'intervenir volontairement à l'instance initiée par le ministre »<sup>543</sup>.

448. Au-delà de l'action visant à dénoncer la présence d'une clause abusive dans un contrat entre professionnels, le ministre de l'Économie peut lui aussi agir en cessation du déséquilibre significatif, quand bien même le professionnel ait déjà supprimé la clause en question. En effet, selon décision du 4 juillet 2013, « la qualification d'une clause comme contraire à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce produit effet pour l'avenir et empêche sa réintroduction dans les contrats ultérieurs »<sup>544</sup>. Il s'agit donc d'une arme efficace et préventive dans le contrôle des clauses abusives dans un contrat entre professionnels.

449. L'année 2010 a été riche en exemples d'application du pouvoir ministériel ; cet acteur éminent de la protection des professionnels contre les clauses abusives dispose d'une

<sup>539</sup> V. *infra* n° 53.

<sup>540</sup> Cons. const., déc. du 13 janvier 2011, n°2010-085, QPC. *paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques*, §9.

<sup>541</sup> Cons. const., déc. du 13 janvier 2011, n° 2011-126, QPC. Les sages rappellent qu'« il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public », pour en déduire que l'action du Ministre est conforme à la Constitution. V. aussi : Cass., com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan c/ Ministre* : « C'est pourquoi, en l'espèce, la demande de cessation des pratiques du Ministre fondée sur l'analyse de clauses des contrats commerciaux et annexes proposées à la négociation par la centrale d'achats, est recevable. »

<sup>542</sup> CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, n° 2014/178.

<sup>543</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2015, *Ministre de l'Economie c/ Galec*, n° RG : 13/19251, pourvoi en cours. Pour plus d'informations, consulter :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2015\\_dgcrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgcrf.pdf).

<sup>544</sup> CA Paris, 4 juill. 2013, n° 131139.

arme très efficace d'inhibition des pratiques abusives. Cette autorité administrative joue aussi un rôle important vis-à-vis du président de l'Autorité de la concurrence.

## 2. Le président de l'Autorité de la concurrence

450. En France, l'Autorité de la concurrence peut demander au juge d'ordonner la suppression des clauses abusives insérées dans les contrats ou les contrats types que les professionnels proposent aux consommateurs. En effet, depuis la loi du 17 mars 2004, les agents du service d'instruction de l'Autorité de la concurrence peuvent faire injonction aux professionnels de se conformer aux obligations issues de l'article L. 442-6, I, 2°, sous peine de sanctions administratives. Selon l'article L461-1 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante, elle veille au libre jeu de la concurrence et apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international.

451. Ses missions sont exercées par un collège composé de dix-sept membres, dont un président nommé par décret du Président de la République en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique. On y compte des personnalités issues du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires, des personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation, ou encore des personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. Le collège respecte la parité entre hommes et femmes, ses membres sont désignés pour une période de cinq ans, renouvelable une fois.

452. L'Autorité de la concurrence détient un rôle consultatif très important<sup>545</sup>. Elle peut donner son avis sur les propositions de loi, sur les questions relatives à la concurrence, et doit obligatoirement être consultée sur tout projet de texte réglementaire qui institue un régime nouveau ayant directement pour effet : 1° de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de

---

<sup>545</sup> V. M. Pédamon, « Le rôle consultatif général de la Commission de la concurrence », in *Études dédiées à R. Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 139.

vente<sup>546</sup>. L'Autorité de la concurrence dispose en outre d'une compétence contentieuse ; elle peut être saisie par le ministre chargé de l'économie, par les entreprises elles-mêmes, voire s'autosaisir pour toute pratique anticoncurrentielle relevant des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce.

453. Cette Autorité est par ailleurs investie d'une mission de police judiciaire pour rechercher et constater les infractions et, depuis la loi du 17 mars 2014, d'un pouvoir de sanction qui prend la forme d'amendes administratives. L'Autorité agit en coopération avec la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes). Parmi ces autorités administratives compétentes, la Commission d'examen des pratiques commerciales constitue l'une des toutes nouvelles institutions à avoir été créée.

### 3. La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)

454. La Commission d'examen des pratiques commerciales, dite CEPC, a été créée par la loi des Nouvelles Régulations Économiques (NRE) en 2001. L'article L. 440-1 du Code de commerce détaille la composition, le rôle et les modalités de sa saisine. La Commission a pour rôle de « donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres ».

455. Toujours selon l'article L. 440-1 du Code de commerce, la Commission « est saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur

---

<sup>546</sup> Selon les articles L. 462-1 et L. 462-2 : « L'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence. Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des associations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales ... » ; Article L. 462-2 : « L'Autorité est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : 1° De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente ».

s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission ». Elle dispose d'un délai de quatre mois pour répondre aux questions.

456. Il s'agit donc d'une structure similaire à la Commission des clauses abusives, à ceci près qu'elle délivre des avis sur une relation commerciale et non sur une relation de consommation. En droit français, l'influence du droit de la consommation dans la protection des professionnels est prégnante. Le rapprochement entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence est « encore renforcé » par cette possibilité accordée aux juridictions de saisir pour avis la Commission d'examen des pratiques commerciales<sup>547</sup>.

457. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 27 août 2014<sup>548</sup>, les juges ont utilisé une recommandation de la Commission des clauses abusives pour vérifier la présence d'un déséquilibre significatif dans un contrat entre partenaires commerciaux. Il s'agissait en l'espèce de la présence d'une clause résolutoire de plein droit insérée dans un contrat de location avec promesse de vente. La CEPC s'est inspirée de la Commission des clauses abusives pour arguer que la clause résolutoire n'était pas abusive et qu'elle ne devrait pas être éliminée du contrat. La présence d'un déséquilibre significatif n'était pas constatée. Par ailleurs, les juges ont retenu que la clause litigieuse « sanctionne une défaillance non discutable du locataire et a été exprimée de manière non équivoque dans le contrat, traduisant la volonté des parties de mettre fin de plein droit au contrat en cas de défaillance du locataire, résultant du défaut de paiement des loyers ». Dès lors, aucun déséquilibre significatif n'a été établi.

458. On trouve d'autres exemples de cette influence du droit de la consommation sur la protection des professionnels contre les clauses abusives dans les décisions françaises. Il est ainsi arrivé que les juges se fondent notamment sur une recommandation de la Commission des clauses abusives pour refuser de caractériser un déséquilibre significatif, alors que le contrat liait des partenaires commerciaux. Le rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales est donc de lever les doutes qui peuvent subsister chez les professionnels et d'équilibrer ainsi les relations entre des parties souvent qualifiées d'égaux.

---

<sup>547</sup> V. Y. Picod, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 25 ; X. Deelpech, « La saisine de la commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA*, 2015.

<sup>548</sup> CA Agen, 27 août 2014, n° 13/00316. Selon les juges de cet affaire, la clause litigieuse « sanctionne une défaillance non discutable du locataire et a été exprimée de manière non équivoque dans le contrat, traduisant la volonté des parties de mettre fin de plein droit au contrat en cas de défaillance du locataire, résultant du défaut de paiement des loyers ».

Par exemple, si le professionnel, le fournisseur ou le revendeur ne parviennent pas à déterminer la présence d'un déséquilibre dans une relation, l'avis de la Commission sera utile pour la qualification de la clause comme licite ou illicite.

459. En matière de déséquilibre significatif, de nombreux avis intéressants ont ainsi été rendus en 2014 et 2015. Citons notamment les avis suivants : Avis n°15-03 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création de site internet ; Avis n°14-02 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive sur le fondement de l'article L442-6-I, 2° du code de commerce ; Avis n°15-22 relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur la validité des conditions de révision du prix d'un abonnement, etc<sup>549</sup>.

460. La Commission d'examen des pratiques commerciales, qui veille à l'équilibre des relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, éclaire les opérateurs économiques ou professionnels pourtant avertis. En effet, si ces derniers n'arrivent pas à juger par eux-mêmes d'un éventuel déséquilibre dans le contrat, ils peuvent saisir ladite Commission afin d'obtenir un avis sur le caractère licite des clauses figurant dans un contrat. De nombreux avis ont d'ailleurs été rendus en matière de déséquilibre significatif. Néanmoins, même si la Commission d'examen des pratiques commerciales joue un rôle important dans la protection et surtout la prévention contre le déséquilibre significatif dans les contrats, ce rôle est encore insuffisant comparé à celui des acteurs dédiés à la protection des consommateurs.

## B. L'omniprésence des acteurs dédiés à la protection des consommateurs

461. Il convient d'évoquer les acteurs responsables de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, étant donné que la protection des professionnels a comme source d'inspiration la protection des consommateurs. Nous donnerons ainsi un aperçu de la protection des consommateurs contre les clauses abusives assurée par la Commission des clauses abusives d'une part (1) et les associations de protection des consommateurs d'autre part (2), afin de disposer d'éléments de comparaison avec les autorités responsables en matière de protection des professionnels contre les clauses abusives.

---

<sup>549</sup> Source : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-par-article-code-commerce>.

## 1. La Commission des clauses abusives en France

462. De prime abord, évoquer la protection des consommateurs contre les clauses abusives, et surtout un acteur compétent dans la protection des consommateurs, peut paraître contradictoire ou même sans rapport avec le sujet de la thèse. Cependant l'importance du rôle de la Commission des clauses abusives est telle qu'elle a très certainement une influence sur la protection des professionnels ; il nous paraît donc justifier d'y consacrer un moment de notre travail.

463. La Commission des clauses abusives est placée sous la tutelle du ministre chargé de la consommation. Elle publie des recommandations sur la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Elle est composée de douze membres parmi lesquels un tiers de représentants des consommateurs, un tiers de magistrats et un tiers de personnalités qualifiées. Ces membres sont assistés d'un secrétaire général et d'un agent de la DGCCRF<sup>550</sup>. La Commission publie également un rapport annuel public qui rend compte de ses activités *via* son site internet (<http://www.clauses-abusives.fr>).

464. Depuis la loi Scrivener du 10 janvier 1978, rappelons qu'un décret est nécessaire pour déterminer les clauses abusives ; cela se justifie par la nécessité de protéger la liberté contractuelle. La Commission des clauses abusives a été instaurée en 1978 pour conseiller le pouvoir exécutif. Selon l'article L. 534-1 du Code de la consommation, qui a remplacé l'article L. 132-2 depuis la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010<sup>551</sup>, « la commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de

---

<sup>550</sup> Selon le nouvel article L. 524-1 créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, « à la suite des constatations effectuées sur le fondement des articles L. 511-5 à L. 511-7, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative : 1° d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite, interdite ou abusive insérée par un professionnel dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné aux consommateurs ou aux non-professionnels ou dans tout contrat en cours d'exécution ; 2° de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs ou des non-professionnels ; 3° et d'ordonner au professionnel d'en informer à ses frais les consommateurs ou les non-professionnels concernés par tous moyens appropriés ». De cette façon « le juge, sur la demande de l'autorité administrative, peut étendre le caractère abusif d'une clause à tous les contrats identiques à celui pour lequel il est saisi, y compris des contrats antérieurs à sa saisine et qui ne seraient plus proposés. Cette disposition nouvelle va à l'encontre de la jurisprudence de la cour de cassation qui refusait de déclarer abusive une clause existante dans un contrat antérieur, mais supprimée dans les contrats utilisés par la suite. Un décret en Conseil d'État fixera les modalités d'application de cette disposition nouvelle ». (G. Raymond, *Droit de la consommation*, Paris, Lexis Nexis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, p. 262).

<sup>551</sup> V. Y. Picod, *op. cit.*, p. 209 : « La loi sur le crédit à la consommation du 1<sup>er</sup> juillet 2010 a modifié l'organisation de la commission des clauses abusives. Elle est désormais placée, avec la Commission de la sécurité des consommateurs, auprès de l'Institut national de la consommation. Le rôle de la commission des clauses abusives devrait cependant pratiquement être inchangé, à l'exception de la rédaction de son rapport annuel qui sera désormais effectué par l'INC ».



conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif ».

465. Cette autorité administrative indépendante joue un rôle éminent, en particulier dans la prévention contre les clauses abusives. Elle procède à la désignation préventive des clauses abusives insérées dans les contrats de consommation<sup>552</sup>, adopte des recommandations et rend son avis quand elle est saisie à cet égard. Ainsi, « la commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif », selon l'article L. 534-3 du Code de la consommation. Il s'agit maintenant de mesurer le pouvoir effectif de ces recommandations. Nous nous poserons donc la question suivante : « la Commission, source de droit »<sup>553</sup> ou simple « organe producteur de *soft law* »<sup>554</sup> ?

466. Créée par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, la Commission des clauses abusives « était chargée d'examiner les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs cocontractants consommateurs pour y débusquer des clauses qui pouvaient présenter un caractère abusif, et en ce cas en recommander la suppression ou la modification »<sup>555</sup>. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 13 novembre 1996<sup>556</sup> concernant la « Carte pastel », la Cour de cassation s'est prononcée sur l'autorité normative des recommandations de la Commission des clauses abusives.

467. L'arrêt rappelle d'abord la commercialisation par France Télécom d'une carte téléphonique dite « carte Pastel ». Cette carte offrait aux utilisateurs la possibilité de téléphoner de France ou de l'étranger sans avoir à acquitter sur place le prix de la communication, le prix étant directement débité sur le compte du titulaire de la carte. Certaines clauses du contrat de commercialisation concernant le code secret et sa confidentialité étaient cependant parues choquantes à l'Union fédérale des consommateurs (« UFC que choisir ») qui décida d'en dénoncer le caractère abusif. La prétention ne devait néanmoins convaincre ni les premiers juges saisis ni la Cour de Paris<sup>557</sup>. Dans le pourvoi formé contre cette décision, l'UFC articula différents griefs, parmi lesquels le fait que

<sup>552</sup> V. A. Sinay-Cytermann, « La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.*, n° 6, 1985, p. 471,

<sup>553</sup> L. Leveneur, « La Commission, source de droit ? », *op. cit.*

<sup>554</sup> C. Roth, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *RLDC*, n° 61, 2009, p.7.

<sup>555</sup> L. Leveneur, *op. cit.*

<sup>556</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 399, p. 279 ; *RTD Civ.* 1997.424, obs. J. Mestre ; *D.* 1997.Somm.174, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1997.I.4015, n° 1, obs. Ch. Jamin ; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 32, obs. G. Raymond.

<sup>557</sup> CA Paris, 10 mai 1994 ; *Contrats, conc. consom.* 1994, n° 175, obs. G. Raymond.

certaines clauses étaient contraires aux dispositions de deux recommandations de la Commission des clauses abusives, ce qui revenait à conférer valeur normative à ces recommandations en considérant que leur violation constituait une ouverture à cassation. C'est contre cette idée que réagit vigoureusement la Cour, en énonçant dans son dispositif que « les recommandations de la Commission des clauses abusives [n'étaient] pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie à cassation »<sup>558</sup>.

468. Il existe aujourd'hui plus de 90 recommandations. Elles sont efficaces dans la mesure où les professionnels sont désormais plus attentifs lorsqu'ils insèrent des clauses dans leur contrat. En effet, dans le cas d'insertion d'une clause considérée comme abusive, « si par la suite une action en suppression de clauses abusives est intentée contre eux, ils partiront avec un sérieux handicap à surmonter : l'association de consommateurs aura beau jeu de s'appuyer sur la recommandation ; il faudra au professionnel tenter de convaincre le juge de ne pas le faire »<sup>559</sup>.

469. Selon M. Denis Mazeaud, les recommandations de la Commission des clauses abusives « pourront constituer un utile point d'appui pour les juges et contribuer ainsi à une harmonisation des décisions judiciaires en ce domaine. L'argument ne saurait être négligé d'autant plus que par la grâce du décret du 10 mars 1993, une collaboration simple et fructueuse pourra désormais être menée entre le juge et la commission »<sup>560</sup>. Ce décret du 10 mars 1993 permettait aux juges de saisir la Commission pour avis, « ce qui impliquait qu'ils pussent déclarer les clauses abusives, ainsi que dans la loi du 1<sup>er</sup> février 1995, où l'interdiction des clauses par le pouvoir réglementaire n'apparaît que comme une modalité accessoire de leur élimination. Cette longue évolution aboutissant à rompre, au profit du juge, le lien entre les recommandations de la Commission et l'interdiction des clauses abusives par décret, on imaginait mal que la Cour de cassation fût désireuse de remettre la Commission au premier plan, en reconnaissant à ses recommandations un rôle normatif »<sup>561</sup>.

470. Selon les observateurs, lorsque la Commission dénonce une clause abusive et démontre de façon très convaincante le déséquilibre significatif, « les recommandations de la Commission jouent parfois, et même souvent, un rôle au titre de ce qu'il est convenu

---

<sup>558</sup> R. Libchaber, « L'autorité des recommandations de la Commission des clauses abusives », *RTD Civ.*, 1997, p. 791.

<sup>559</sup> L. Leveneur, *op. cit.*

<sup>560</sup> D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'inexécution du contrat*, Colloque I.D.A Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 39.

<sup>561</sup> R. Libchaber, *loc. cit.*

d'appeler les sources réelles du droit, c'est-à-dire ces données diverses, ces facteurs de tous ordres que le législateur prend en considération pour édicter des règles de droit »<sup>562</sup>. Les recommandations de la Commission des clauses abusives sont ainsi une source d'inspiration (et non d'imposition) pour le législateur, pour le juge et même pour la Cour de cassation<sup>563</sup> ; elles ont parfois de fait une fonction « quasi normative »<sup>564</sup>.

471. Avec ses 90 recommandations dans les domaines les plus variés, on pourrait conclure que la Commission des clauses abusives, très active dans la protection des consommateurs, est quelque peu omniprésente ; d'autant plus si on compare son action avec celle du ministre de l'Économie et du président de l'Autorité de la concurrence. Mais les avis de la Commission des clauses abusives ne sont pas susceptibles de recours, il s'agit de normes non contraignantes, de références pour les praticiens du droit. Ces avis sont néanmoins particulièrement utiles dans la prévention contre les clauses abusives, car les professionnels peuvent s'en servir comme conseil pour établir un contrat sans risque, évitant ainsi d'y inscrire des clauses susceptibles d'être sanctionnées.

472. De plus, la notion de déséquilibre significatif étant issue du droit de la consommation, les juges peuvent s'inspirer des solutions consuméristes portées par les avis de la Commission des clauses abusives pour la protection du professionnel en état de faiblesse.

---

<sup>562</sup> L. Leveueur, *op. cit.* L'auteur cite des suites législatives données aux recommandations : les dispositions de la loi du 23 décembre 1989 qui régissent l'offre de rencontre en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable se trouvent à plusieurs égards dans le prolongement de la recommandation n° 87-02 du 15 mai 1987 sur les contrats proposés par les agences matrimoniales ; la loi du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle reprend plusieurs points des recommandations émises sur le sujet, les recommandations n° 81-02 du 18 novembre 1980 et n° 88-01 du 21 janvier 1988 ; la loi du 31 décembre 1989, qui a visé à améliorer la situation des assurés sur un certain nombre de points, l'a fait « sous l'influence du consumérisme ambiant » ; le nouvel article L.113-2-4°, qui encadre la déchéance pour déclaration tardive, donne un certain prolongement aux recommandations n° 89-01 (11°) et 90-01 (9°) sur ce point. (etc ...).

<sup>563</sup> Voir dans ce sens l'arrêt du 10 février 1998. L'arrêt portait sur la clause d'un contrat de formation dans une école de coiffure, stipulant que le contrat deviendrait définitif après signature, que le montant serait alors dû en totalité et qu'aucun motif ne serait retenu pour une éventuelle annulation. La Cour d'appel avait estimé cette clause abusive au motif qu'elle procurait à l'école un avantage excessif en imposant à l'élève le paiement des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ou causé par un cas fortuit ou de force majeure. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel, avait « par ce seul motif et rejoignant la recommandation n° 91-09 du 7 juillet 1989 de la Commission des clauses abusives, légalement justifié sa décision » (15 Cass. 1ère civ., 10 fév. 1998 : Contrats, conc., consomm. 1998, comm.70). Voir aussi l'arrêt du 19 juin 2001. Dans cette affaire était en jeu la clause d'un contrat de développement de pellicules photographiques qui limitait les droits du client en cas de perte de la pellicule à la remise d'une pellicule vierge et à son tirage gratuit ou à leur contrevalet. La première chambre civile approuve un tribunal d'avoir jugé « qu'en affranchissant le prestataire de services des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique, la clause litigieuse, qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite selon la recommandation n° 82-04 de la Commission des clauses abusives » (Cass. 1ère civ., 19 juin 2001 : JCP G 2001, II, 10631, note G. Paisant). (Les deux arrêts cités viennent de L. Leveueur, <http://www.clauses-abusives.fr/colloque/lleveueur.htm> *op. cit.*).

<sup>564</sup> L. Leveueur, « Les recommandations de la Commission des clauses abusives », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009, pp. 495 sq.

## 2. Les associations de protection des consommateurs en droit français

473. Selon le nouvel article L. 621-1 du Code de la consommation, les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. L'action civile leur est désormais ouverte par les articles L. 621-1 à L. 621-6 du Code de la consommation<sup>565</sup>. Les associations de protection des consommateurs jouent donc, en droit français, un rôle important ; surtout depuis que l'action de groupe est prévue dans l'arsenal de la protection des consommateurs.

474. La possibilité pour les associations d'intenter une action en justice est assez récente. Elle figure dans l'article L. 621-1 du Code de la consommation, résultat de la codification à droit constant de la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs<sup>566</sup>. Depuis cette loi, les associations de consommateurs sont habilitées, à la condition d'être agréées, à agir contre les clauses abusives existantes dans un contrat entre un consommateur et un professionnel. Selon l'article R. 811-1 du Code de la consommation, l'agrément des associations de défense des consommateurs peut être accordé à toute association qui justifie, à la date de la demande d'agrément, d'une année d'existence à compter de sa déclaration ; qui, pendant cette année d'existence, justifie d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs, appréciée notamment en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications, de la tenue de réunions d'information et de permanences.

475. Nous ne traiterons pas dans cette thèse de toutes les questions afférentes à l'action collective, car il ne s'agit ni d'une étude en droit de la procédure, ni d'une analyse spécialement dédiée aux actions collectives en droit de la consommation. Toutefois, il nous semble important d'examiner cet important arsenal de protection des consommateurs contre les clauses abusives ; sachant que la possibilité des actions collectives en droit français représente bien une volonté de lutter contre le déséquilibre significatif et de l'éradiquer.

---

<sup>565</sup> Anciens articles L. 421-1-L. 421-6, modifiés par l'ordonnance n° 2016-301, du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

<sup>566</sup> Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de consommation, J.O. du 27 juillet 1993, p. 10538.

476. L'action collective était un sujet délicat, son admission et sa réglementation ont marqué une évolution dans le droit français<sup>567</sup>. Elle est aujourd'hui très utilisée par les associations de consommateurs. Dans le droit brésilien, l'action collective peut être formée par les associations de défense de consommateurs mais elle est le plus souvent intentée par le ministère public, qui l'utilise comme un levier important dans la protection du consommateur. En France, seule la présence d'une infraction pénale permet l'intervention du ministère public, par l'intermédiaire de l'action publique.

477. Avant que les actions collectives ne soient admises dans le droit français, l'infraction pénale était aussi la condition de ce type d'action. Toutefois, la jurisprudence<sup>568</sup>, et plus tard la loi<sup>569</sup>, ont interprété de manière différente cette « infraction pénale ». Le chemin a été long pour que la protection collective des consommateurs n'en arrive au stade actuel. L'association n'était pas légitimée à prendre l'initiative du procès. Le consommateur et l'association devaient avoir un avocat commun et c'est l'association qui devait payer ses honoraires. Un arrêt de principe rendu le 26 septembre 2007<sup>570</sup> a décidé que « la Cour de cassation a[vait] rompu avec la solution consacrée jusqu'alors en matière de droit d'action des associations ».

478. En réalité, le phénomène de l'action de groupe est un débat plus socio-économique que juridique. Au Brésil, comme nous l'avons expliqué précédemment, l'action de groupe est utilisée avec efficacité dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives, car le pays est traversé par de fortes inégalités sociales et économiques. Evoquer une protection collective des professionnels contre les clauses abusives peut apparaître comme un « forçage ». Les professionnels ont-ils besoin d'une protection collective ? Encore une fois la question touche plus aux domaines économique et social qu'à la sphère proprement juridique. En effet, en France, les actions collectives offrent non seulement la possibilité de réduire, en les groupant, le nombre d'affaires individuelles portant sur un même point, mais aussi une prévention des contrats contenant des clauses abusives.

<sup>567</sup> V. M. Depince, « Les prémices d'une action, dans l'intérêt collectif des consommateurs sans infraction pénale », *Lexbase hebdo*, n° 394, éd. Privée générale, N0667BPE, réf. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2010, n° 09-12.678, *Société VGC Distribution F-P+B+I*.

<sup>568</sup> Progressivement, la jurisprudence a été favorable à un élargissement de l'action des associations des consommateurs, V. CA Paris, 20 déc. 1974, *D.* 1975. 312, concl. J. Franck, note Lindon.

<sup>569</sup> Pour aller plus loin : G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la Loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP* 1988. I. 3355.

<sup>570</sup> Cass., 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007 ; *Environnement* 2007, comm. n° 212, note M. Boutonnet ; *JCP* 2008. II, 10020, note G. Patteta, « Une décision fort attendue des associations de consommateurs », *RLDC* 2008, n° 47, p. 19 ; *RTD civ.* 2008. 305, obs. P. Jourdain.

479. Ce débat pose la question du rapport entre l'intérêt collectif et l'intérêt privé, et alimente depuis longtemps les discussions académiques. Certes, il existe encore des critiques et des incertitudes quant à l'action collective et son efficacité, quant à la possibilité d'élargir ce moyen de protection à d'autres domaines, comme la protection des professionnels. Mais, en France comme au Brésil, on le verra, les associations contribuent grandement, aux côtés des pouvoirs publics, au respect des droits des consommateurs. Ces associations sont donc des acteurs légitimes et importants de la protection contre les clauses abusives et elles méritent, à ce titre, d'être respectées.

## §2. Les autorités dédiées à la protection contre les clauses abusives en droit brésilien

480. Les autorités administratives brésiliennes jouent, à côté des autorités judiciaires, un rôle très important dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Cependant, en comparaison du droit français, les acteurs brésiliens concernés par la protection contre les clauses abusives sont moins nombreux. Cela est la conséquence d'une absence de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives (A). Il existe néanmoins des acteurs spécifiques de la protection des consommateurs (B), qui pourrait devenir la source d'inspiration d'un régime spécifique de protection des professionnels contre les clauses abusives.

### A. L'absence d'un acteur spécialement dédié à la protection des professionnels

481. Il n'existe pas, en droit brésilien, de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives. Rappelons néanmoins qu'il existe des autorités liées au pouvoir public dans la protection de l'économie, tel le CADE (Conseil administratif de défense de l'économie) qui protège le marché contre les pratiques anticoncurrentielles. Il ne s'agit pas d'une autorité spécialement dédiée à la protection des professionnels contre les clauses abusives, mais davantage d'un moyen de protection de l'ordre économique. En raison de cette absence de protection spécifique, les juges appliquent parfois par analogie le dispositif de protection prévu pour les consommateurs. Cela génère un climat d'insécurité juridique.

482. L'autorité administrative se montre en revanche très engagée dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives quand il s'agit d'un contrat entre un professionnel et un consommateur. Nous examinerons donc le fonctionnement de la protection des consommateurs contre les clauses abusives sous l'angle des autorités administratives brésiliennes chargées de cette protection : les *Procons*.

483. L'analyse du fonctionnement de ces autorités administratives a pour but de mettre en question cette protection par analogie en montrant qu'elle n'est pas efficace, ce qui nous conduira à rechercher des critères objectifs pour une réelle protection des professionnels en droit brésilien.

#### B. La présence d'acteurs spécialement dédiés à la protection des consommateurs

484. Les *Procons* sont responsables de la protection des consommateurs contre les clauses abusives. Si le droit brésilien ne dispose pas encore d'une protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives, il sera dans un premier moment utile de passer en revue les autorités déjà impliquées dans la protection des consommateurs. Les *Procons* ont à cet égard une grande importance dans l'ordre juridique brésilien. Nous évoquerons leur mission et leur fonctionnement, avant d'ouvrir des pistes pour une possible extension, par analogie, de leurs activités à la protection des professionnels.

485. Les *Procons* sont des organisations de protection et défense du consommateur établis dans chaque État du Brésil et dans certaines villes. Ils existaient déjà avant même l'entrée en vigueur du Code de la consommation brésilien. Leurs activités se résument à orienter les consommateurs et à tenir un rôle de médiateur dans la gestion des problèmes avec les professionnels. Ils ont d'abord été créés dans chaque état en 1976, puis dans certaines grandes villes dans les années 1990<sup>571</sup>. Aujourd'hui on en compte environ 650 dans tout le Brésil ; cela peut paraître beaucoup mais c'est encore insuffisant compte tenu de l'importance du nombre de consommateurs. Selon l'article 105 du Code de la consommation brésilien, les *Procons* font partie du Système National de Défense du Consommateur (SNDC)<sup>572</sup>. Ils continuent d'avoir comme mission principale l'orientation des consommateurs (information

---

<sup>571</sup> Selon Patricia Galindo : « Le *Procon* est constitué d'un système provincial de protection qui s'est révélé dès le début un point de référence pour les associations de consommateurs et pour les consommateurs individuels. Dans les années quatre-vingt, presque tous les états de la fédération ont alors institué des organismes publics de protection du consommateur et des rencontres nationales entre les divers *Procons* furent organisées. Le premier de ces organismes fut le *Procon* de la province de São Paulo. Ce premier organisme d'état (provincial) fut ensuite suivi par la création d'autres *Procons* (*Procon* de la province de Minas Gerais, *Procon* de la province du Rio de Janeiro et *Procon* de la province du Rio Grande do Sul) ainsi que d'autres *Procons* municipaux. [...]) Aujourd'hui, les divers *Procons* intègrent le Secrétariat de droit économique (SDE), un organe du Ministère de la Justice (niveau fédéral). Selon l'article 105 du CDC, le Département de protection et de défense du consommateur (DPDC) est l'organisme responsable de la coordination de la politique nationale de protection du consommateur au Secrétariat de droit économique. Il n'existe cependant pas de hiérarchie entre le SDE et les *Procons*, ni entre les *Procons* eux-mêmes, par exemple entre le *Procon* provincial du Rio de Janeiro et celui d'une ville de cette même province ». (Patricia Galindo da Fonseca, *op. cit.*, p. 149).

<sup>572</sup> Le Système National de Défense du Consommateur (SNDC) joue un rôle très important dans l'élaboration et l'implémentation de la politique étatique de protection des consommateurs. V. A. Flavio de Oliveira, O Sistema Nacional de defesa do consumidor, *Revista dos Tribunais*, vol. 44, oct-déc. 2002, pp. 97-105.

sur leurs droits et supervision des relations de consommation). Leur seconde mission est la résolution des conflits entre consommateurs et professionnels. Cependant si un accord entre les parties s'avère introuvable, le *Procon* s'occupe de transmettre le cas à la Justice. Normalement les litiges seront résolus par le tribunal qui traite des « petits » litiges (*Juizado Especial cível*), équivalent du tribunal d'instance en France.

486. Avec la promulgation du Code de la consommation, les *Procons* ont gagné une autonomie pour la défense non seulement des droits individuels mais aussi des droits collectifs et diffus des consommateurs. Ils ont été investis d'un pouvoir de police sur les relations de consommation et sont aujourd'hui compétents pour assigner en justice au nom de la protection des intérêts collectifs. En effet, depuis la promulgation du Code de la consommation, le contrôle contre les clauses abusives est aussi assuré par les associations de défense du consommateur comme l'IDEC (Institut brésilien de défense des consommateurs) et les organes de l'administration publique.

487. Malgré cette multiplication des autorités légitimées à protéger contre les clauses abusives, les *Procons* continuent de fonctionner, grâce aux « audiences de médiation », comme une véritable instance de résolution des conflits individuels de consommateurs. Ces audiences constituent aujourd'hui l'outil le plus courant auquel les consommateurs ont recours pour accéder à la justice. L'absence de coûts pour le citoyen, la vitesse du processus administratif et la pratique répandue de ces audiences, augmentent le niveau de satisfaction de la population brésilienne à l'égard de l'action des *Procons*. Les taux élevés de résolution des conflits par la médiation ont pour effet une augmentation constante des demandes auprès de cette institution<sup>573</sup> et, à l'inverse, une moindre sollicitation de la justice.

488. La procédure utilisée par les *Procons*, qui explique sa réussite, repose principalement sur le fait qu'ils ont le pouvoir de convoquer les professionnels à des rencontres de médiation avec les consommateurs, mais aussi de prononcer des sanctions administratives. De cette manière, « c'est surtout autour de ces pouvoirs que les *Procons* articulent leur service aux consommateurs : ces pouvoirs légaux leur permettent de convoquer le fournisseur lorsque celui-ci ignore la plainte du consommateur. La mission de surveillance octroyée aux *Procons* découle du fait que ces organismes peuvent appliquer des sanctions

---

<sup>573</sup> Ce qui est détaillé dans le document ; disponible sur : [http://www.procon.sp.gov.br/pdf/ranking\\_fundacao\\_procon\\_sp\\_2014.pdf](http://www.procon.sp.gov.br/pdf/ranking_fundacao_procon_sp_2014.pdf), en 2014, le Procon de l'État de Sao Paulo a reçu 580.350 demandes et 89 % des cas ont été réglés.



administratives non seulement dans leurs tentatives de médiation des conflits de consommation, mais aussi pour des pratiques illégales qu'elles auront notées en observant le marché. De plus, ces organismes sont chargés de publier une liste annuelle des fournisseurs les plus délinquants face à la loi. Ainsi, les efforts des *Procons* tentent de régler les conflits de consommation de façon non judiciaire et de veiller à l'application du Code de la consommation. Mais ces institutions sont aussi habilitées à entamer des procédures judiciaires au nom des consommateurs »<sup>574</sup>.

489. De plus, le 13 avril 2009 a été promulgué le « Pacte II républicain de l'État pour un système de justice plus accessible, agile et efficace » (*II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, agil e efetivo*). Cet accord a été signé par le Président de la République de l'époque (Luis Ignacio « Lula » da Silva), la Cour Suprême (STF), ainsi que la chambre des députés et les sénateurs. Une des priorités de cet accord était de favoriser l'efficacité des accords et décisions des *Procons* concernant les droits des consommateurs et par là même d'actualiser le Code de la consommation brésilien.

490. En somme, tandis que les recommandations de la Commission des clauses abusives en France sont destinées à orienter la jurisprudence et les professionnels, les *Procons* ont pour mission d'orienter les consommateurs. Dans les deux cas, le but est de faciliter la protection des consommateurs contre les clauses abusives en ajoutant un levier de sécurité dans les relations entre professionnels et consommateurs.

491. Substantiellement, on observe que les *Procons* ont une activité plus « intrusive » dans les contrats déjà signés tandis que la Commission des clauses abusives a pour but de déterminer les clauses abusives ; elle « n'a pas vocation à écrire des contrats elle-même ; elle ne pourrait contraindre personne à suivre ses avis ; elle ne disposerait pas des ressources humaines et matérielles nécessaires pour faire face à l'afflux de demandes, de sorte qu'elle pourrait se trouver effectivement empêchée de poursuivre ses missions premières »<sup>575</sup>. De fait l'une des critiques récurrentes avancées contre les *Procons* consiste à mettre en avant leur partialité dans la conciliation mise en œuvre pour résoudre les conflits entre les consommateurs et les professionnels, dans la mesure où leur mandat est de protéger les consommateurs. Ils agissent à la fois comme avocat du consommateur et comme juge de la

<sup>574</sup> P. Galindo da Fonseca, *op. cit.*, p. 150.

<sup>575</sup> C. Roth, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *RLDC*, n° 61, 2009, p. 7.

conciliation, les deux activités étant pourtant en principe incompatibles. Malgré ces critiques et ces apparentes contradictions, cette autorité fonctionne très bien dans la réalité brésilienne.

492. Il reste que les décisions des *Procons* au Brésil ou de la Commission de clauses abusives en France n'ont pas de caractère coercitif ; ils ont cependant indubitablement un pouvoir de coercition moral. L'efficacité de la Commission des clauses abusives en France et des *Procons* au Brésil repose sur un travail d'actualité qui prend en compte les besoins des consommateurs et les nouvelles clauses créées chaque jour par les professionnels. Il s'agit donc d'un travail d'anticipation. Le *Procon* a comme principale mission d'éviter les actions en justice en assurant préalablement une protection des consommateurs.

#### Conclusion – La multiplication des acteurs

493. Le juge français, après la réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, joue un rôle de premier plan dans la protection du contractant. Le juge brésilien, depuis le Code de la consommation de 1990 et postérieurement le Code civil de 2002, a également connu une extension de ses prérogatives relativement aux contrats. Dans les deux pays, les acteurs de la protection contre les clauses abusives gagnent donc en pouvoir : d'un côté le juge, de l'autre les membres du *parquet*.

494. En ce qui concerne le ministère public, la nécessité d'un organisme de protection effective s'est peut-être manifestée plus significativement au Brésil, pays où les intérêts sociaux et la population défavorisée sont laissés à l'abandon. Le ministère public brésilien a en effet un rôle social très important, grâce à sa structure bien organisée par la Constitution brésilienne. En France, le ministère public dispose d'un pouvoir très précis dans la protection contre les clauses abusives entre professionnels. Cela n'existe pas au Brésil – faute de protection spécifique des professionnels, comme celle prévue à l'article L. 442-6, I, §2° du Code de commerce français –. Une analyse comparée du rôle de ces deux acteurs a donc mis évidence que le Brésil comme la France doivent procéder à des changements dans leur système juridique.

495. Si on compare les acteurs légitimes de la protection contre le déséquilibre significatif en droit français, dans chaque domaine, on constate qu'en droit de la consommation les associations sont compétentes pour une action collective, qu'il existe en droit de la concurrence une forte présence de l'administration, tandis qu'en droit commun l'action est individuelle. La question de l'effectivité du nouvel article 1171 du Code civil français pour

rétablir la justice contractuelle se pose donc : la technique est-elle trop individualiste ? Pour reprendre les mots de Carbonnier : « on accorde une action à l'individu, mais oserait-il s'en servir ? »<sup>576</sup>. Cette interrogation sera le sujet principal du titre II de la deuxième partie.

### 2.1.2 La prolifération des sanctions

496. La sanction des clauses abusives dans les contrats de consommation est un sujet connu dans le monde juridique ; la sanction des clauses abusives entre professionnels est, en revanche, plus délicate à cerner. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, il s'agit d'un contrat, à première vue, entre égaux, à propos duquel l'on n'admet normalement pas l'intervention du juge pour modifier ce qui a été librement voulu par les parties.

497. On observe une prolifération des sanctions contre le déséquilibre significatif en droit français ; des sanctions contre les clauses (section I) et des sanctions contre les contractants (section II).

#### Section I. Les sanctions des clauses abusives

498. L'efficacité de la protection contre les clauses abusives implique nécessairement l'imposition de sanctions<sup>577</sup>. La sanction « c'est l'intelligence de la règle ; ce n'est que par sa sanction qu'une règle peut être au service d'une valeur ou d'une politique juridique, sociale, économique »<sup>578</sup>. En théorie générale du droit français, la sanction a pendant longtemps été considérée comme « un inconnu du droit »<sup>579</sup>. Cette section analysera spécifiquement les sanctions des clauses abusives, qui varient selon l'ordre juridique et la nature du contrat.

499. Faute de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives, les juges brésiliens utilisent soit les sanctions prévues dans le droit commun, soit celles qui sont prévues dans le droit de la consommation, c'est-à-dire la nullité de plein droit. Il est entendu

<sup>576</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 995.

<sup>577</sup> Sur l'importance de la sanction pour l'effectivité de la norme juridique, voir : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1962, p. 56 sq. V. M. Mekki, « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction entre technique et politique* (C. Chainais, D. Fenouillet, dir.), Paris, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », 2012, p. 33, n° 4.

<sup>578</sup> Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », *Defrénois*, 2006/4, pp. 316 sq.

<sup>579</sup> V. Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnu du droit », *D.*, chron., 1986, p. 197 sq.

qu'en droit brésilien, selon la théorie générale des contrats, c'est la conservation des contrats qui doit régner<sup>580</sup>.

500. En droit français, les sanctions prévues pour la protection contre les clauses abusives ont été récemment modifiées. La réforme du droit des obligations a en effet inséré dans le Code civil une protection auparavant prévue dans le droit spécial. Ainsi, l'analyse des sanctions des clauses comporte l'analyse des sanctions prévues en droit spécial comme la nullité partielle (§1) et la clause réputée non écrite (§2), qui intégraient le régime de protection du droit spécial – droit de la consommation – et font désormais également partie du droit commun français.

### §1. La nullité partielle

501. Le droit spécial français de protection contre un déséquilibre significatif entre professionnels prévoit comme sanction la nullité partielle de la clause, la responsabilité civile, la cessation des pratiques abusives, la restitution de l'indu et une amende. L'article L. 442-6, III dispose en effet que « le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites (...) ».

502. Cette nullité partielle, prévue dans le Code de commerce pour la protection du déséquilibre significatif entre professionnels, consiste donc en droit français à supprimer la disposition désavantageuse. Il s'agit d'une sanction efficace « puisqu'elle répare les conséquences de la violation dans l'intérêt de la victime en la rétablissant dans la situation qui aurait été la sienne si la règle protectrice n'avait pas été violée »<sup>581</sup>. Toutefois, en opposition à la nullité qui anéantit tout le contrat, la nullité partielle supprime seulement une clause du contrat.

503. Or, selon M. Simler « la notion de nullité partielle n'est qu'un aspect de la théorie générale *des nullités* »<sup>582</sup>. Pour Mme Ouerdane-Aubert de Vincelles, on constate en droit français que « la nullité partielle est devenue une sanction très fréquente dans le droit contemporain protecteur du consentement de la partie la plus faible. Cette extension, au détriment de l'annulation du contrat tout entier, s'est réalisée essentiellement dans le droit des contrats spéciaux où le législateur est intervenu pour protéger la partie la plus faible. Cette intervention protectrice législative s'est faite au nom de l'ordre public et a contribué à la

---

<sup>580</sup> Sur le principe de la conservation des contrats en droit brésilien voir : A.-J. G, *Cláusulas gerais no novo Código civil*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 91.

<sup>581</sup> C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, (préface de Yves Lequette), Paris, Dalloz, 2002, p. 81.

<sup>582</sup> Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1971.

propagation de la nullité partielle comme sanction de la violation d'une règle d'ordre public protectrice du consentement »<sup>583</sup>.

504. Les juges et les tribunaux doivent donc analyser dans le cas concret qui est offert à leur appréciation si la clause en question était déterminante au moment de la formation du contrat et si, sans cette clause, les contractants se seraient pourtant engagés<sup>584</sup>. Le choix de la nullité partielle en droit spécial des contrats se justifie donc par une nécessité de protection du marché et des relations dans le monde des affaires.

505. Justement dans le monde des affaires, la sanction se concentre initialement sur le contractant, auteur du déséquilibre significatif, et, dans un second moment seulement, sur la clause en tant que telle. Ainsi la première sanction prévue par le législateur dans le Code de commerce est-elle la responsabilité civile, la nullité étant une conséquence elle aussi prévue par l'article L. 442-6, III.

506. En outre, toujours selon l'article L. 442-6, III, al. 1<sup>er</sup>, la partie au contrat ne peut pas en faire constater la nullité ou celle de la clause à l'origine d'une pratique abusive. Les auteurs habilités pour entreprendre une telle démarche sont, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, le ministère public ou le ministre chargé de l'Économie<sup>585</sup>.

507. En droit français, le titulaire de l'action visant la suppression de la clause abusive dans un contrat entre professionnels n'est donc pas le professionnel lui-même, à savoir la victime d'une clause abusive, mais le ministre chargé de l'Économie ou le ministère public. Cela nous paraît contradictoire si on compare ce dispositif avec le système de protection des consommateurs dans lequel les consommateurs sont eux-mêmes légitimés à demander que la clause abusive présente dans un contrat soit réputée non écrite ; mais aussi avec le nouvel article 1171 du Code civil qui prévoit que le titulaire de l'action demeure individuel.

508. Certains auteurs ont critiqué cette interprétation du texte de la loi qui refuse au professionnel d'agir en nullité de la clause abusive<sup>586</sup>. D'autres auteurs l'interprètent de manière différente. Ainsi, selon Mme Behar-Touchais, « dès lors que le contrat est susceptible d'être

<sup>583</sup> C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, p. 79.

<sup>584</sup> Ph. Simler, *op. cit.*, n° 283 : « Le seul problème qui doit être examiné est de savoir si la clause litigieuse a été impulsive et déterminante pour la partie qui demande la nullité totale du contrat ».

<sup>585</sup> TC Nanterre, 20 sept. 2001 : *RJDA* 2002, n° 822.

<sup>586</sup> Selon C. Grimaldi, « il serait plus qu'étonnant que la nullité de la clause abusive et les restitutions conséquentes ne puissent être demandées que par un tiers au contrat – le ministre de l'Économie ou le ministère public –, non par la victime elle-même ». C. Grimaldi, « Clauses abusives et droit de la distribution », in *Les clauses, regards croisés franco-espagnols*, Paris, SLC, 2013, n° 15.

annulé à la demande du ministre, parce qu'il heurte l'ordre public économique, il peut l'être aussi nécessairement à la demande de l'une des parties au contrat, sur le fondement de l'article 6 du Code civil »<sup>587</sup>. Selon M. Denis Mazeaud, cette question des titulaires de l'action pour la suppression de la clause abusive devrait être abordée « pour apprécier la portée de la parenté entre les deux systèmes de protection »<sup>588</sup> contre le déséquilibre significatif. S'y ajoute aujourd'hui un troisième système, celui du Code civil, qu'il nous faut comparer aux autres quant à la protection des professionnels contre les clauses abusives.

509. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme au droit des obligations le 1<sup>er</sup> octobre 2016, le Code civil français contient en effet lui aussi une disposition qui consacre la nullité partielle. En effet, selon le nouvel article 1184, « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

510. Avant cette réforme du droit des obligations, la jurisprudence française avait donné une nouvelle interprétation aux anciens articles 900 et 1772 du Code civil ; en consacrant la possibilité d'annuler certaines clauses d'un contrat en interprétant largement les anciens articles 900 et 1172 du Code civil. Toutefois « les solutions n'étaient pas toujours claires, il s'agissait de s'en remettre à la volonté des parties (selon la place qu'occupait la clause annulée dans l'architecture générale du contrat), corrigée le cas échéant par l'impératif d'efficacité de la règle protégée par la nullité (concrètement, veiller à ce que la nullité totale du contrat n'agisse pas à contre-emploi en permettant à un contractant d'obtenir le résultat que la règle entendait décourager). C'est dire que la question de l'étendue de la nullité dépendait de la combinaison d'un critère subjectif et d'un critère objectif »<sup>589</sup>. Cette combinaison d'un critère objectif et d'un critère subjectif a été prise en compte par la réforme du droit des obligations. À l'exemple des législations étrangères<sup>590</sup>, l'article 1184 du Code civil français consacre désormais la théorie de

<sup>587</sup> M. Behar-Touchais, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, n° 3, 01 septembre 2014, p. 413.

<sup>588</sup> D. Mazeaud, « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres » (Acte II), in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, p. 464.

<sup>589</sup> O. Deshayes et al., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Lexis Nexis, 2016, p. 341.

<sup>590</sup> Dans ce sens : l'article 139 du BGB prévoit que « lorsqu'une partie d'un acte juridique est nul, l'acte tout entier est nul, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait été cependant conclu ». Voir aussi : article 20 du Code civil suisse : « Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ces clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles ». Au Brésil il existe un système dualiste des nullités : les actes nuls de plein droit (articles 166 à 170) et les

la nullité partielle des actes. La réforme du droit des obligations a donc comblé une lacune, là où auparavant, faute de texte, doctrine<sup>591</sup> et jurisprudence avaient prévu les conséquences de la nullité d'une clause sur l'ensemble du contrat.

511. On observe donc aujourd'hui une inversion de rapports entre la nullité absolue et relative, cette dernière étant nettement préférable en droit français. Le droit français, à l'exemple d'autres pays européens, a ainsi adopté la nullité relative. Le droit brésilien devrait aller dans le même sens et choisir une sanction identique, qui n'impose pas la nullité absolue « de plein droit » dans le Code de la consommation et dans le droit commun.

512. En droit français, il n'appartient donc pas aux parties de choisir le maintien du contrat. Cela sera la tâche du juge, qui devra analyser objectivement si le contrat peut être maintenu sans la clause qui crée le déséquilibre significatif. Ainsi, on observe le remplacement du critère subjectif de volonté des parties par un critère objectif d'indivisibilité du contrat<sup>592</sup>.

513. Selon l'article 1184 du Code civil, « l'illicéité d'une clause n'entraîne la nullité du contrat tout entier que si cette clause a été un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. À défaut, le contrat survit, expurgé de sa clause illicite »<sup>593</sup> ; « le nouveau texte institue donc un instrument législatif spécial pour tous les cas où le législateur désirera à l'avenir sanctionner une stipulation illicite sans que le contrat puisse être remis en cause dans son ensemble »<sup>594</sup>. Selon M. Mekki, « cet alinéa a un double intérêt. D'une part, il rappelle la différence de régime entre une clause réputée non écrite et la nullité partielle d'une clause. D'autre part et surtout, il réserve le cas où le caractère déterminant d'une clause n'entraînera tout de même pas l'anéantissement du contrat dans son intégralité pour garantir l'efficacité de la sanction et la finalité de la règle violée »<sup>595</sup>. L'ordonnance portant réforme du droit des obligations a repris les solutions établies à la veille de son entrée en vigueur, sauf en ce qui

---

actes juridiques annulables (arts. 171 à 184). La déclaration soit de la nullité absolue soit de la nullité relative requiert toujours l'intervention du juge. Le système de nullités en droit brésilien est trop flou surtout en matière de clauses abusives.

<sup>591</sup> Ph. Simler, *op. cit.*.

<sup>592</sup> V. O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 341 : « C'est dire que la question de l'étendue de la nullité dépendait de la combinaison d'un critère subjectif et d'un critère objectif. C'est cette combinaison dont rend compte à présent l'article 1184 : tandis que l'alinéa 1<sup>er</sup> fait référence au critère subjectif de « l'élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles », l'alinéa 2 vise quant à lui le critère objectif des « fins de la règle méconnue ».

<sup>593</sup> G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, p. 405.

<sup>594</sup> O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 342.

<sup>595</sup> M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 501.

concerne l'innovation afférente à la clause réputée non écrite, que nous nous proposons à présent d'analyser.

## §2. La clause réputée non écrite

514. À l'exemple de la sanction choisie par le Code de la consommation français, le droit commun français adopte désormais lui aussi le réputé non écrit pour sanctionner un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion. Il convient, afin de bien comprendre cette sanction, de procéder à une analyse du réputé non-écrit classique du droit français (A) en droit de la consommation et en droit commun, avant de montrer qu'il ne s'agit malheureusement pas de la sanction choisie par le droit brésilien (B).

### A. Le réputé non écrit classique du droit français

515. La conservation des contrats étant une finalité poursuivie par le droit privé contemporain, le réputé non écrit sert cette finalité dans la mesure où la sanction vise la seule clause litigieuse et non le contrat entier. Depuis plusieurs années, doctrine et jurisprudence essayent de détacher la figure du réputé non écrit de la nullité. Le réputé non écrit classique du droit français consiste en un mécanisme d'invalidation autonome.

516. Selon Mme Gaudemet, « déclarer non écrite une clause, c'est permettre au contrat qui la contient de recevoir effet amputé de cette clause. La sanction qui consiste à réputer non écrite une clause est un de ces mécanismes propres à assurer la survie d'une relation contractuelle, à éviter son anéantissement »<sup>596</sup>. Le réputé non écrit, au contraire de la nullité partielle, ne nécessite pas l'intervention du juge et est imprescriptible. Il s'agit d'un « phénomène puissant » d'éradication de la clause qui crée un déséquilibre significatif. Par ailleurs, et en opposition à la nullité partielle qui prend en considération le caractère déterminant de la clause pour la déclarer nulle, le réputé non écrit prend en considération le contrat lui-même ; il s'agit donc d'un critère plus objectif.

517. Dans le système français du réputé non écrit, « la sanction du réputé non écrit opère d'elle-même : la clause litigieuse est privée de valeur contraignante dès la conclusion du contrat, et par conséquent indépendamment d'une action en justice. Partant, si un différend s'élève entre les parties sur le caractère non écrit d'une disposition inscrite dans leur accord et qu'il est porté devant le juge, le rôle de celui-ci est limité au constat de l'absence de valeur obligatoire de la

---

<sup>596</sup> S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite* (préface de Yves Lequette), Paris, Economica, 2006, p. 20.



disposition, situation juridique qui existe en dehors de sa décision. Le jugement de réputé non écrit est donc déclaratif d'un état de droit préexistant. Il en résulte certes, pour la partie à laquelle la reconnaissance de l'absence de force obligatoire de la stipulation litigieuse profite, une décision consacrant expressément son droit. Mais l'état de réputé non écrit lui-même existe avant la décision et il n'est pas modifié par celle-ci »<sup>597</sup>.

518. En droit français de la consommation, source d'inspiration du droit commun français en ce qui concerne la sanction du réputé non-écrit, selon l'article L. 241-1 du Code de la consommation<sup>598</sup>, « 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. Les dispositions du présent article sont d'ordre public ». Ainsi, le caractère abusif d'une clause peut entraîner la nullité d'un contrat dans la mesure où cette clause constitue le motif déterminant du contrat en question (par rapport au contrat lui-même) ou si toutes les clauses du contrat sont indivisibles.

519. Le juge français qui déclare une clause abusive peut ordonner, en tant que mesure préventive, la publication de la décision par tous moyens et aux frais de la partie qui a perdu le procès ; une astreinte pourra également être prononcée. De ce fait, si cette clause figure dans un contrat qui n'a pas encore été signé, elle doit être supprimée dans tous les modèles de contrat utilisés ou diffusés par un professionnel. Par exemple, auparavant, dans le secteur de l'énergie et des télécommunications et à défaut de concurrence, les parties étaient liées à ce contrat ; le maintien de ce contrat d'abonnement purgé de la clause abusive s'imposait<sup>599</sup>.

520. Ainsi, le réputé non écrit a une « fonction de police de la cohérence des obligations contractuelles »<sup>600</sup>. Le réputé non écrit, sanction classique du droit de la consommation français, fait désormais partie du régime de sanction prévue dans le Code civil. En effet, selon le nouvel article 1171 de ce code, « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Le droit commun reconnaît donc désormais une sanction typique du droit spécial. Cet article est cohérent avec la logique de maintien du contrat sans la clause qui crée le déséquilibre significatif.

---

<sup>597</sup> S. Gaudemet, *ibidem.*, p. 90.

<sup>598</sup> Créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

<sup>599</sup> CA Nantes, 29 déc. 2005 ; *AJDA* 26 juin 2006. V. R. Baillod, « A propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses Universitaires de Toulouse, 1996, p. 15 sq., spéc. p. 21.

<sup>600</sup> S. Gaudemet, *op. cit.*, p. 282.

521. Le législateur français a en outre modifié la rédaction de l'article prévoyant la sanction du déséquilibre significatif. Dans le projet de réforme du droit des obligations, l'article 1169, alinéa 1<sup>er</sup>, énonçait en effet : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». La substitution du terme « supprimée » par la formule « réputée non écrite », dans la réforme aujourd'hui en vigueur (v. article 1171), est plus adéquate dans la mesure où l'emploi du verbe « supprimer » était inexact : une clause qui n'existe pas ne peut être supprimée<sup>601</sup>.

522. Selon l'article 1171 du Code civil en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte donc ni sur « l'objet principal du contrat » ni sur « l'adéquation du prix à la prestation ». De cette manière, on peut considérer qu'aucune clause essentielle à l'existence du contrat n'est concernée.

523. Dans cette hypothèse cependant, il faudrait admettre la disparition du contrat en entier, sauf à considérer que le juge peut modifier le contenu d'une telle clause, ce à quoi l'économie du texte n'invite pas. Au demeurant, même si la clause était essentielle pour une des parties, et notamment pour celui qui l'a imposée, la nullité du contrat entier ne pourrait être prononcée. L'article 1184, alinéa 2 du Code civil énonce en effet que « le contrat est maintenu » en dépit du caractère déterminant de la clause, lorsque « la loi la répute (...) non écrite ».

524. Ainsi, le texte classique du droit de la consommation a bien été transposé dans le droit commun des contrats. Ce droit commun pourra s'appliquer à certains professionnels exclus de l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du Code de commerce, et plus particulièrement les professionnels libéraux<sup>602</sup>. On vérifie donc encore une fois l'importance du droit de la consommation dans la lutte contre les clauses abusives, ainsi que sa grande influence sur les autres domaines du droit. Le droit commun des contrats français compte donc avec deux procédés : la nullité partielle (art. 1184) et le réputé non écrit (article 1171) ; cette dernière restant oubliée en droit brésilien.

---

<sup>601</sup> V. Ph. Dupichot, Erwan Merly et al., « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 05, p. 352 : « Le projet initial de la Chancellerie du 25 février 2015 avait même envisagé une généralisation de la prohibition des clauses abusives à l'ensemble des contrats. Mais la voie retenue a été d'une semi-généralisation aux seuls contrats auxquels, suivant le mot de Carbone, on adhère plus qu'on ne consent. Or, même ainsi entendus, il ne saurait être exclu que l'on rencontre des contrats d'adhésion dans les relations entre professionnels (B to B) pourvu que la plume n'ait été tenue que par l'un d'entre eux. En ce cas, la clause qui créera un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties sera réputée non écrite ». V. aussi : N. Dissaux, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Droit & patrimoine*, n° 240, 2014, p. 53 sq.

<sup>602</sup> V. *infra* 633.

## B. Le réputé non écrit, oubli du droit brésilien

525. Si dans les droits spéciaux et commun français on retrouve le réputé non-écrit comme sanction contre le déséquilibre significatif, cette sanction n'existe pas dans le droit brésilien. Dans le droit commun brésilien est prévu la sanction de la nullité totale des clauses abusives, avec des aménagements possibles selon l'analyse du cas concret qu'en feront les juges brésiliens.

526. Comme nous l'avons déjà évoqué, il n'existe pas en droit brésilien de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives. Par conséquent, n'y est pas non plus prévu un système de sanction à l'exemple de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français. Ainsi, les juges brésiliens appliquent-ils sporadiquement et selon leur convenance<sup>603</sup> à l'égard d'un contrat entre professionnels la sanction prévue dans le Code de la consommation ou à défaut, celle qui est prévue dans le droit commun ; cela sans appliquer de critère juridique régulier.

527. En droit commun brésilien, selon l'article 424 du Code civil, dans les contrats d'adhésion les clauses qui stipulent une renonciation anticipée à l'affaire sont nulles. Par ailleurs, dans le droit spécial, le Code de la consommation brésilien, dans son article 51, énonce que « les clauses contractuelles abusives sont nulles de plein droit » et énumère une liste de seize clauses considérées comme abusives et nulles de plein droit.

528. L'expression « nulles de plein droit » qui a été choisie par les législateurs du Code de la consommation brésilien, sous l'inspiration du §307 présent dans le BGB (Code civil allemand), est controversée. Pour certains auteurs<sup>604</sup>, la nullité prévue par le Code de la consommation est identique à celle qui est prévue dans le Code civil. Il s'agirait alors seulement d'un renforcement du caractère absolu de cette nullité.

529. Au Brésil, le Code de la consommation a prévu dans son article 52, §2 que la nullité d'une clause abusive n'invalide pas le contrat, sauf quand l'absence de cette clause a pour conséquence la charge excessive de l'une des parties. Ainsi, l'article 6 du Code de la consommation propose aux consommateurs la modification des clauses qui établissent des

---

<sup>603</sup> Surtout pour ceux qui adhèrent à la théorie « finaliste approfondie » pour définir les consommateurs.

<sup>604</sup> V. Ruy Rosado de Aguiar Junior, « Clausulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor », in Marques, Cláudia Lima (coord.), *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, pp. 27 et 30 ; A. Becker « A natureza jurídica da invalidade cominada às clausulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor », *Revista de Direito do Consumidor* 22/132 Sao Paulo, avr.-juin 1997.

prestations disproportionnées (lésion) ou la révision du contrat lorsque, par des faits postérieurs et disproportionnés, celui-ci ils devient onéreux.

530. Dans un autre sens, certains auteurs considèrent que les nullités prévues dans le Code de la consommation brésilien relèvent d'un système propre, spécifique des relations de consommation et indépendant de celui du Code civil<sup>605</sup>. Cela signifie que la dichotomie existant dans le Code civil entre nullités relatives et absolues, dichotomie existant aussi dans le Code civil français, ne s'appliquerait pas dans les relations de consommation. Pour ces mêmes auteurs, les relations de consommation obéissent à des règles particulières quant à la responsabilité civile et aux actions collectives.

531. À la controverse qui anime les auteurs brésiliens autour de l'expression « nullité de plein droit », il faut ajouter une difficulté de traduction de cette expression. En effet, selon Mme Gaudemet, « encore faut-il, dès à présent, prévenir une confusion terminologique : les expressions “nullité de plein droit” et “nullité de droit” semblent parfois employées l'une pour l'autre. Le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant ne tient-il d'ailleurs pas les expressions “de plein droit” et “de droit” pour synonymes<sup>606</sup> ? La proximité de vocabulaire conduit alors parfois à assimiler deux réalités qui doivent au contraire être nettement distinguées. Il s'agit, dans un cas, de désigner une nullité qui opère d'elle-même, indépendamment en particulier d'une action en justice. L'hypothèse est souvent qualifiée de “nullité de plein droit” [...] Dans l'autre cas, il s'agit, de façon très différente, de caractériser l'obligation qui est faite au juge, et alors que la nullité suppose son intervention, de prononcer cette sanction, autrement dit d'annuler l'acte ou la clause. L'hypothèse est en général qualifiée de “nullité de droit”, étendu par opposition à une nullité facultative »<sup>607</sup>.

532. Puisque la protection des professionnels brésiliens se fait parfois à travers l'application du droit de la consommation, il convient donc de comprendre ce « micro-système », ainsi que la sanction provenant du droit de la consommation. Considérant le dispositif brésilien de protection des consommateurs et l'article 1<sup>er</sup> du Code de la consommation brésilien qui pose que les normes prévues dans ce Code sont d'ordre public et d'intérêt social et que la violation de ce genre de normes a pour conséquence la nullité absolue, nous pensons que la traduction la plus adéquate est : « nullité de plein droit ».

<sup>605</sup> Nery Jr., Nelson *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 6<sup>e</sup> éd., 1999, p. 490.

<sup>606</sup> V<sup>o</sup> De plein droit (« *Syn. De droit* »).

<sup>607</sup> S. Gaudemet, *op. cit.*, p. 64.

533. Malgré ce système protecteur du consommateur au Brésil, les juristes et avocats brésiliens ont été surpris, en 2009, par un énoncé de justice qui stipule : « dans les contrats bancaires, le juge ne peut pas connaître d'office la nullité d'une clause abusive ». Il s'agit de la *Sumula 381* du Suprême Tribunal de Justice<sup>608</sup>.

534. Cet énoncé est contraire aux dispositions d'ordre public de protection des consommateurs mais, pour des raisons politiques, il est encore appliqué dans les décisions de la justice brésilienne. En principe, dans les relations d'inégalité (entre consommateurs et banques), les lois devraient offrir la protection à la partie la plus faible, en accord avec Lacordaire qui écrivait : « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ».

535. Dans cette perspective, le Tribunal Suprême de Justice devrait révoquer cet énoncé pour une protection efficace des consommateurs contre les clauses abusives. Néanmoins, comme il s'agit d'un énoncé de nature économique en défense des professionnels du secteur bancaire, la révocation de cette *Sumula* contradictoire avec le système brésilien de protection contre les clauses abusives paraît en réalité peu probable.

536. Ainsi, selon le système brésilien de protection des consommateurs contre les clauses abusives, celles-ci seront déclarées nulles lorsqu'elles sont présentes dans les contrats de consommation. Cela différencie le droit brésilien des droits allemand et français de protection des consommateurs, selon lesquels la clause abusive dans un contrat de consommation sera déclarée inefficace ou réputée non écrite.

537. Malgré cette disposition sévère du droit brésilien, il existe dans le Code de la consommation, à l'article 47, une possibilité « d'interprétation intégrative ». En d'autres termes, il s'agit d'une exception du système de protection des consommateurs qui prévoit la possibilité pour les consommateurs de demander au juge la modification d'une clause spécifique. Cela provient du fait que, selon cet article 47, « les clauses seront interprétées de la manière la plus avantageuse aux consommateurs ».

---

<sup>608</sup> Pour mieux comprendre le système des *Sumulas* en droit brésilien : « Après quelques décisions répétées sur un même sujet, la Cour Suprême de la Justice approuve des *Sumula*, qui ont des effets impératifs par rapport aux autres organismes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique, soit aux plans fédéral, provincial ou municipal. Le but est de contrer la morosité judiciaire. La *Sumula* obligatoire a des antécédents en Allemagne, dont le système concentré de constitutionnalité avait déjà influencé l'établissement de l'action déclaratoire de constitutionnalité au Brésil. Le mot "*sumula*" vient du latin *Summula* qui signifie un extrait, un résumé de plusieurs décisions. Ce sont des décisions des tribunaux supérieurs qui adoptent la même interprétation sur un sujet particulier ». (Patricia Galindo da Fonseca, « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, 2010, p. 134).

538. Cependant, selon le principe de la « conservation du contrat » et en raison de la protection de sa fonction sociale<sup>609</sup>, le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions, autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans lesdites clauses. Le Code de la consommation français présente des dispositions similaires, avec le réputé non écrit.

539. D'après une analyse systématique du droit brésilien de protection contre les clauses abusives, on observe qu'il existe en dehors des relations de consommation une protection spéciale relative aux contrats d'adhésion, y compris les contrats d'adhésion entre professionnels. Dans ce cadre, les parties doivent observer les règles prévues par l'article 187 du Code civil brésilien<sup>610</sup>, fondées sur la bonne foi, de l'équilibre économique et financier des prestations, de la fonction sociale du contrat, des bonnes mœurs et des limites imposées par l'ordre public.

540. En droit brésilien, il existe donc une protection graduelle selon le degré de vulnérabilité des parties. Le consommateur personne physique, considéré comme vulnérable par principe, bénéficiera d'une forte protection ; le consommateur personne morale jouira d'une protection limitée à certaines conditions, par exemple contre la clause limitative de responsabilité ; en dehors d'une relation de consommation, la partie vulnérable sera protégée contre les clauses abusives dans un contrat d'adhésion ; enfin, les parties qui négocient librement leurs conditions générales de vente disposeront d'une protection contre l'abus de droit.

541. À chaque hypothèse et relation contractuelle correspond un certain degré de protection législative. Ce qui manque donc au système brésilien, c'est une protection spécifique contre les clauses abusives dans un contrat entre professionnels, dans les termes de celle que consacre le Code du commerce français après la promulgation de la loi de modernisation de l'économie qui a inséré l'article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup><sup>611</sup>.

542. Mentionnons que la jurisprudence brésilienne a décidé que les clauses seront nulles de plein droit, par exemple dans un contrat d'assurance qui prévoit que dans le cas d'un vol « simple » de biens assurés l'assureur n'aura aucune responsabilité quant aux dommages causés à la victime. Selon la jurisprudence brésilienne, le contractant n'est pas capable, au moment de la signature d'un contrat d'adhésion, d'établir une distinction entre le vol simple et sa forme

<sup>609</sup> V. *supra* n° 65. V. aussi : Th.-Jr., Humberto, *O contrato e sua função social*, São Paulo, Forense, 2003 ; C.-L., Godoy, *Função social do contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004.

<sup>610</sup> Selon l'article 187 du Code civil brésilien : « Commet aussi un acte illicite le titulaire d'un droit qui, lors de son exercice, excède manifestement les limites imposées par son but économique ou social, par la bonne foi ou par les bonnes mœurs ».

<sup>611</sup> V. *infra* n° 729.

aggravée. Ainsi, l'assureur n'est pas dispensé d'indemniser son client ; la clause est considérée nulle de plein droit<sup>612</sup>.

543. On observe donc dans l'ordre juridique brésilien une jurisprudence unanime quand il s'agit des sanctions appliquées aux contrats de consommation. Pourtant, quand il s'agit d'un contrat entre « égaux », il n'existe pas d'accord dans la jurisprudence, faute de législation explicite et d'une protection efficace.

544. En France, contrairement au système brésilien, on observe que la nullité de « plein droit » n'est pas une sanction appliquée parce que « la crainte de voir le contrat annulé dans son entier peut être un frein à la demande en nullité d'une clause illicite. Cette crainte peut parfois être suffisamment forte pour dissuader la victime d'intenter une action, notamment lorsque l'annulation du contrat peut avoir des conséquences particulièrement fâcheuses pour elle »<sup>613</sup>. Cette motivation pourrait également être retenue au Brésil, afin que la présence d'une clause abusive dans un contrat entre consommateur et professionnel ou entre professionnels ne signifie pas la fin du contrat.

545. En ce sens, « le mécanisme du réputé non écrit ne paraît, en effet, pas devoir exclure la nullité partielle, mais avoir sa place à côté d'elle. Il y a là une gradation dans la sanction des irrégularités des clauses d'un contrat dont il serait regrettable que le droit français se prive »<sup>614</sup>. Abordons désormais les sanctions qui concernent les contractants.

## Section II – Les sanctions des contractants

546. Au Brésil, le régime juridique de protection des professionnels contre les clauses abusives est, on l'a vu, encore lacunaire. Nous allons analyser le droit français avant de proposer, dans le prochain chapitre, une protection spécifique pour le droit brésilien. Ainsi notera-t-on encore une fois un déséquilibre dans le droit comparé franco-brésilien, faute de sanction spécifique pour un déséquilibre significatif entre professionnels dans le droit brésilien. À ce stade de l'étude, nous aborderons la multiplicité des sanctions prévues dans le système français en comparaison du système brésilien (§1), en notant cependant la versatilité de telles sanctions (§2).

<sup>612</sup> TJMS, 2a T., ApCiv 61.153-8, rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, j. 30.03.1999 – RT 768/329.

<sup>613</sup> C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op. cit.*, p. 94.

<sup>614</sup> S. Gaudemet, *op. cit.*, p. 304.

## §1. L'omniprésence des sanctions

547. En comparaison avec le système de protection prévu en droit brésilien, on trouve en droit français une multiplicité de sanctions visant la protection des professionnels contre le déséquilibre significatif. Nous avons déjà noté qu'il n'existe pas au Brésil de protection spécifique des professionnels contre le déséquilibre significatif. Nous analyserons alors les sanctions contre les clauses abusives considérées en droit brésilien et celles qui sont prévues dans le droit français.

548. Sur l'application de la sanction adéquate contre les clauses abusives, on relèvera la distinction faite par M. Denis Mazeaud entre les clauses « intrinsèquement, structurellement abusives » et celles « dont l'exercice, plus que leur simple existence, est susceptible de leur conférer un caractère abusif »<sup>615</sup>. Nous allons analyser les sanctions susceptibles d'être appliquées contre la présence d'une clause abusive dans un contrat entre professionnels car « c'est le fondement de la règle transgressée qui doit commander le caractère de la sanction »<sup>616</sup>.

549. Toutefois, cette multiplicité de sanctions n'est pas toujours synonyme d'efficacité. À ce stade s'impose donc une comparaison des domaines dans lesquels s'appliquent les sanctions contre le déséquilibre significatif et la *parenté*<sup>617</sup> des sanctions prévues dans chaque système. Nous comparerons les sanctions prévues dans le droit spécial de protection des professionnels avec celles qui le sont dans le droit de la consommation.

550. Toute sanction possède une dimension dissuasive ; cependant, on peut distinguer celles qui ont une fonction préventive (A) de celles disposant d'une fonction répressive (B).

### A. Les sanctions préventives

551. Dans un contrat entre professionnels présentant un déséquilibre significatif, la cessation des pratiques illicites mentionnées à l'article L. 442-6, III du Code de commerce peut être demandée par le ministre chargé de l'Économie et le ministère public. Il s'agit d'une sanction à la fois répressive et préventive dans la mesure où la cessation de la pratique abusive est un facteur important pour la prévention d'éventuels futurs abus. On évoquera donc la

---

<sup>615</sup> D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin, D. Mazeaud, dir.), Paris, Economica, 1998, p. 33, spéc. n° 5.

<sup>616</sup> J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, I. L'acte juridique*, Paris, Sirey, coll. « Sirey Université », 15<sup>e</sup> éd., 2012, n° 328.

<sup>617</sup> Expression utilisée par M. Mazeaud, voir : D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 466.



cessation des pratiques illicites, dans la perspective d'une sanction préventive contre le déséquilibre significatif.

552. Cette demande du ministre chargé de l'Économie et du ministère public est recevable même si les clauses ont été déjà supprimées par le professionnel. Ainsi, la Cour de cassation<sup>618</sup> a-t-elle décidé le 29 septembre 2015 que la demande du ministre d'ordonner la cessation des pratiques illicites était recevable, peu importe que les clauses « aient d'ores et déjà été supprimées par la société ».

553. Concernant une autre affaire, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 3 mars 2015<sup>619</sup>, que la demande de cessation de pratiques illicites formée par le ministre chargé de l'Économie « était fondée sur l'analyse de clauses des contrats commerciaux et annexes proposées à la négociation par la société Eurauchan, et mise en œuvre sans modification depuis 2009, la cour d'appel a fait l'exacte application de ce texte en déclarant la demande recevable en ce qu'elle visait la suppression pour l'avenir de telles clauses », et pour cette raison a rejeté le grief du demandeur.

554. La Cour d'appel de Paris a décidé, en termes semblables, que « la qualification d'une clause comme contraire à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce par une juridiction porte effet pour l'avenir et empêche la réintroduction de celle-ci dans les contrats signés ultérieurement ; que le prononcé de l'interdiction d'une clause demandée par le ministre ne peut être par conséquent limité aux seules pratiques en vigueur, mais également à celles qui ont pu exister, mais qu'il y a lieu d'interdire pour l'avenir »<sup>620</sup>.

555. Depuis la loi du 17 mars 2014, cet esprit de prévention est à l'œuvre dans le Code de la consommation français qui prévoit lui aussi désormais, à l'article L. 421-6, que les associations et les agents de la DGCCRF puissent demander au juge de déclarer que la clause qui crée un déséquilibre significatif soit réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs. Le juge peut également ordonner au professionnel d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés. Cette mesure, au même titre que la cessation des pratiques illicites prévue par le

---

<sup>618</sup> Cass. 29 sept. 2015, n° 13-25.043, *EMC c/ Ministre de l'Économie* ; JCP E 2016, 1040, note S. Legac-Pech.

<sup>619</sup> Cass., 3 mars 2015, *Eurauchan c/ Ministre de l'Économie*, n° 13-27.525 ; *Contrats, conc., consom.* 2015, comm. 115, note N. Mathey.

<sup>620</sup> CA Paris, 11 mars 2015, *Ministre de l'Économie c/ ITM*, n° 13/04879.

Code de commerce, renforce la protection contre le déséquilibre significatif, dans la mesure où la décision qui juge une clause réputée non écrite a désormais effet *erga omnes*<sup>621</sup>.

556. En droit brésilien, nous l'avons vu, il existe concernant la protection des consommateurs plusieurs mesures répressives et préventives afin de sanctionner le déséquilibre présent dans un contrat entre un professionnel et un consommateur. Cependant, dans un contrat entre professionnels, il n'existe pas de protection équivalente à celle que l'on trouve en droit français. Pour les contractants considérés comme égaux, la possibilité que la nullité d'une clause abusive ait un effet *erga omnes* n'existe pas. Il s'agit donc d'une mesure importante dans la recherche d'un rééquilibrage contractuel et aussi d'une manière de soulager la justice brésilienne qui pourra appliquer une décision rendue à tous les contrats où cette clause déjà considérée comme abusive est présente.

## B. Les sanctions répressives

557. Trois sanctions participent d'une fonction répressive : la mise en cause de la responsabilité civile (1), la répétition de l'indu (2) et les amendes civiles (3).

### 1. La responsabilité civile

558. En droit français, la protection contre le déséquilibre significatif prévu dans le Code de commerce fait figurer parmi ses sanctions la responsabilité civile de l'auteur du déséquilibre. Précisément, selon l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français, la première sanction visant à sanctionner le déséquilibre significatif est l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du déséquilibre significatif. Ainsi, aux termes dudit article, « 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 : [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

559. La *ratio legis* de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est donc la sanction du contractant, créateur du déséquilibre significatif, pour le fait de soumettre ou de tenter de soumettre à son partenaire une clause qui crée un déséquilibre significatif. C'est donc l'attitude de la personne, c'est-à-dire son comportement abusif, qui est punie. Ainsi, est première la sanction de la personne qui tend à éradiquer, dans l'intérêt général, les comportements

---

<sup>621</sup> V. D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 465 ; H. Aubry, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation : des apports réels pour la protection des consommateurs », *RLC*, mai 2014, sp. n°12.

« néfastes pour l'économie (et pour le consommateur) »<sup>622</sup> – ce qu'accrédite le caractère absolu, semble-t-il<sup>623</sup>, de la nullité – . En somme, le texte ne sanctionne pas tant la cause que le fait – comme il le dit d'ailleurs lui-même<sup>624</sup> – d'avoir imposé la clause par la force »<sup>625</sup>.

560. Ainsi, « la nuance paraîtra subtile, mais elle est réelle puisque le texte sanctionne au même titre le fait de “tenter de soumettre”, ce qui suppose que la sanction est possible alors même qu'une clause déséquilibrée n'a pas, in fine, été introduite. Ce n'est pas la clause qui compte, c'est le fait d'avoir tenté d'insérer une clause »<sup>626</sup>. Une telle spécificité n'existe pas en droit brésilien, qui s'est arrêté à la responsabilité générale prévue dans le Code civil et à la responsabilité spéciale prévue dans le Code de la consommation. En effet, le droit brésilien, très protecteur de la partie considérée comme faible et vulnérable, a laissé sans protection spécifique efficace les partenaires engagés dans une relation *a priori* égalitaire. Considérant que les forts, ou ceux qui en ont l'apparence, sont capables de se protéger par leurs propres moyens, le droit brésilien n'a pas prévu de système protecteur particulier à l'exemple du droit français.

561. Il n'existe donc pas au Brésil d'article comparable à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français qui engage la responsabilité de l'auteur pour avoir soumis ou tenté de soumettre son partenaire à un déséquilibre significatif<sup>627</sup>. Il existe en droit brésilien seulement un article général qui engage la responsabilité de l'auteur d'un acte illicite ou abusif. Ainsi, selon l'article 927 du Code civil brésilien, « celui qui, par un acte illicite (articles 186 et 187), cause un dommage à autrui est obligé de le réparer ». Il s'agit alors de prouver la présence des conditions d'engagement de la responsabilité générale. Dans l'ordre juridique brésilien, tous les cas de responsabilité doivent obéir à des exigences communes : a) la présence d'un dommage, qu'il soit matériel ou moral ; b) un lien de causalité, effet entre l'événement déclencheur et les dommages et c) le résultat de ce dommage. Le juge devra déterminer le montant éligible à titre de dommage et intérêts. Ainsi, en l'absence de protection spécifique, le droit brésilien utilise-t-il la protection générale prévue dans son Code civil pour engager la responsabilité de l'auteur d'un déséquilibre dans un contrat entre partenaires considérés comme égaux.

<sup>622</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n° 11/17941, *Eurachan c/ Ministre de l'Économie* : *JurisData* n° 2013-019306.

<sup>623</sup> CA Paris, 29 oct. 2014, s'appuyant sur Cass., com., 11 sept. 2012, n° 11-17.458 : « nullité d'ordre public économique des contrats de coopération commerciale » ; Lettre distrib. 2012/10, p. 2 ; *Concurrences* 2012/4, p. 98, obs. J.-L. Fourgoux.

<sup>624</sup> « I. – Engage la responsabilité de son auteur [...] le fait [...] 2° de soumettre ou tenter de soumettre [...] ».

<sup>625</sup> O. Deshayes *et al.*, *op. cit.*, pp. 301-302.

<sup>626</sup> *Ibidem*, p. 302, note bas de page, n° 505.

<sup>627</sup> *V. infra* n° 729.

562. En droit français, depuis la réforme du droit des obligations, l'article 1171 du Code civil, reconnaît la protection contre le déséquilibre significatif en sanctionnant celui-ci par la clause réputée non écrite. Il ne propose pas de système de responsabilité comme le fait l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. À simple titre de comparaison, il convient de noter que le droit de la consommation français conçoit parfaitement la responsabilité civile du professionnel qui impose une clause abusive dans un contrat, si le consommateur apporte la preuve du préjudice causé par cette clause, ainsi que d'un lien de causalité entre la clause et le préjudice causé. On observe donc des similitudes entre les systèmes protecteurs contre le déséquilibre significatif. Cela n'a cependant rien d'étonnant, car il s'agit de réponses apportées à un même problème : le déséquilibre significatif.

## 2. La répétition de l'indu

563. La restitution des sommes indument payées en violation des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce varie en fonction des circonstances particulières de chaque affaire. Ainsi, selon le bilan judiciaire 2015 disponible sur le site du Gouvernement<sup>628</sup>, « il avait atteint 18 837 992 € en 2012 (une enseigne a été condamnée, à elle seule, à verser plus de 17 millions d'indu). En 2013 en revanche, seulement deux affaires ont donné lieu à des restitutions de sommes indument perçues, pour un total de 72 179,50 €. En 2014, ce chiffre ne dépassait pas 16 000€, peu d'affaires concernaient l'obtention d'avantages sans contrepartie, permettant de restituer de l'indu aux fournisseurs lésés. En 2015, un montant exceptionnel d'indu a été obtenu par le ministre pour un montant de 78 259 791 € grâce à la condamnation de deux enseignes GALEC (pour un montant de plus de 61 M€) et Carrefour (pour un montant de plus de 17 M€) »<sup>629</sup>.

564. Le droit brésilien ne prévoit pas de sanction équivalente pour la protection des professionnels contre les clauses abusives ; ni dans le droit spécial ni dans le droit commun. La sanction y est conçue avant tout comme une mesure répressive dont le but est d'éviter que le même cas de déséquilibre significatif ne se répète.

---

<sup>628</sup> Source :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2015\\_dgccrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf)

<sup>629</sup> Source :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2015\\_dgccrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf)

### 3. Les amendes civiles

565. S'agissant des amendes civiles, selon l'article L. 442-6, III du Code de commerce, « le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander [...] le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ».

566. Nous proposons à ce propos une comparaison. À l'exemple du Code de commerce, le Code de la consommation prévoyait dans son ancien article L. 132-2 deux sanctions administratives. Avec l'ordonnance du 14 mars 2016 ces sanctions sont reprises dans le nouvel article L. 241-2. Cet article propose une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, lorsque des clauses abusives – présentes dans un contrat conclu entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs – sont inscrites sur la « liste noire ».

567. Encore une fois, le système de protection des consommateurs se retrouve au cœur de notre thèse. Mais est-il possible de faire autrement ? Nous avons montré comment le droit commercial, concernant la protection des professionnels contre les clauses abusives, a inspiré le droit de la consommation. Nous relevons ici que le Code de la consommation inspire le nouveau système de protection des professionnels. C'est suivant une logique de coopération qu'un droit évolue et sert de source d'inspiration à un autre.

568. Mais revenons au Code de commerce français et à la protection des professionnels dans le droit français. L'amende civile prévue par l'article L. 442-6, III du Code de commerce révèle la visée dissuasive des sanctions. Il s'agit de protéger le marché contre la répétition de ce type de clauses dans les contrats entre professionnels en imposant des sanctions répressives contre la pratique abusive d'un déséquilibre dans un contrat entre professionnels. En prévoyant cette sanction, le législateur vise non seulement le professionnel responsable de la création du déséquilibre, mais aussi les futurs contractants. Dans ce contexte, les sanctions pénales sont plus efficaces surtout quand elles sont combinées aux sanctions civiles.

569. Il en va différemment dans le nouveau système prévu par le Code civil qui, avec son nouvel article 1171, vise seulement la correction du contrat et consacre une démarche plus objective, dénuée de l'esprit répressif présent dans le Code de commerce<sup>630</sup>.

570. Dans le Code de la consommation français on trouve par ailleurs la mention suivante : « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ». Est bien considérée une amende, mais elle joue là un rôle plus dissuasif que réellement répressif. En effet, on notera tout d'abord que son montant prévu par le Code de commerce est plus significatif que celui prévu par le Code de la consommation, et en second lieu, qu'il s'agit d'une amende non civile mais administrative.

571. Cela montre le caractère plus objectif de la sanction – qui vise à sanctionner davantage le contrat que la personne du contractant – dans le Code de la consommation, qui s'aligne sur la sanction telle qu'elle est désormais prévue dans le Code civil français. En 1995 déjà, le législateur français avait supprimé l'exigence de la preuve d'un abus de puissance économique du professionnel, anticipant ainsi l'esprit de protection objective présent dans le Code de la consommation.

572. A titre d'exemple, relevons que dans un jugement du 6 janvier 2010, le tribunal de commerce de Lille<sup>631</sup> a condamné la société Castorama à payer 3000 000 euros pour trois pratiques abusives : « le fait d'avoir exigé le paiement des ristournes par acomptes mensuels au surplus assortis d'une clause pénale moratoire excessive, le fait d'en avoir exigé le paiement par virement, et le fait de n'avoir pas prévu de clause de révision des acomptes, en cas de modification du chiffre d'affaires fait avec ce grand distributeur. La sanction est mesurée : injonction de cesser les pratiques et amende civile de 300 000 euros pour tenir compte de la bonne foi présumée du distributeur et de sa coopération à l'enquête »<sup>632</sup>.

---

<sup>630</sup> V. O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 302 : « Tout différemment, l'article 1171 vise quant à lui la correction du contrat pour lui-même et entend opérer le rééquilibrage dans une démarche plus objective – sans esprit répressif ».

<sup>631</sup> TC Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184, *Castorama c/ Ministre de l'Économie*.

<sup>632</sup> V. note M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », *Revue des contrats*, n° 3, 1<sup>er</sup> juillet 2010, n° 3, p. 929, pp. 928-934.

573. Dans cette affaire, le juge<sup>633</sup> mentionne que la clause imposant le virement n'a pas fait l'objet de négociation entre les parties. Ainsi, selon le tribunal de commerce de Lille, la négociation n'était-elle que partielle ; il a par conséquent qualifié ce contrat comme étant « d'adhésion » et déséquilibré.

574. Plus récemment, le tribunal de commerce de Lille a condamné la société Auhan à une amende de 1.000.000 euros, soulignant la nécessité d'un « effet suffisamment exemplaire et dissuasif »<sup>634</sup>. Le Code de commerce a donc été plus rigoureux du point de vue de la sanction que le Code de la consommation français.

575. Dans une autre affaire, la Cour d'appel d'Amiens<sup>635</sup> a partiellement invalidé le jugement du tribunal de commerce de Compiègne. La Cour d'appel d'Amiens a réduit l'amende civile totale, fixée à 490.000 € en 1<sup>re</sup> instance, à 50.000 €. Il s'agissait d'une assignation visant la société SCAPARF pour obtention d'un avantage disproportionné : la facturation de salons à des fournisseurs de parfums. Le ministre chargé de l'Économie avait fondé sa demande sur l'article L. 442-6, I, 2° b) et 8° du Code de commerce.

576. S'agissant des demandes formulées sur la base des dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° a) du Code de commerce, la Cour d'appel a débouté le ministre de sa demande de condamnation à 390.000 € d'amende civile, au motif qu'il n'était pas avéré que la société avait obtenu ou tenté d'obtenir un avantage commercial sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard du service rendu<sup>636</sup>.

577. D'autre part, dans une affaire pour laquelle le ministre chargé de l'Économie avait sollicité la condamnation d'une enseigne à une amende de 15 M€ afin de décourager toute récidive, la Cour d'appel de Paris a décidé de limiter l'amende à la somme de 2 M€, tenant compte du fait que « la gravité de la pratique illicite est tempérée par la circonstance que le GALEC ne l'a imposée qu'à un nombre limité de ses fournisseurs et sur une période de deux années »<sup>637</sup>.

---

<sup>633</sup> V. jugement TC Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184, *Castorama c/ Ministre de l'Économie*, p. 20 : « ce choix n'a pas fait l'objet de négociations avec ses fournisseurs ».

<sup>634</sup> TC Lille, 7 sept. 2011 : Jurisdata n° 2011-020988 ; CCC 2011. comm. 234, obs. N. Mathey.

<sup>635</sup> CA Amiens, 3 déc. 2015, n° 13/01532, *SCAPARF c/ Ministre de l'Économie*

<sup>636</sup> Source :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2015\\_dgccrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf)

<sup>637</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 13/19251, *Ministre de l'Économie c/ GALEC*. V. *infra* n° 296.

578. Le tribunal de commerce de Paris a débouté le ministre chargé de l'Économie de sa demande d'amende civile au motif que « le caractère intentionnel de la faute n'[était] pas démontré » et que la présence des organisations professionnelles à l'instance était une garantie suffisante de la compréhension et de la diffusion de la décision<sup>638</sup>. Les sanctions prévues par le Code de commerce contre le déséquilibre significatif sont donc plus rigoureuses que celles qui le sont dans le Code civil (article 1171) et dans le Code de la consommation. Dans ces conditions, « il est essentiel de ne pas admettre qu'il y a "déséquilibre significatif" au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, aussi facilement qu'on l'admet *en droit de la consommation* »<sup>639</sup>. Voilà ce qui manque dans le droit brésilien pour une protection effective contre le déséquilibre significatif entre professionnels.

## §2. La polyvalence des sanctions

579. La représentation classique du contrat a bien changé ces derniers temps<sup>640</sup> et cette mutation commence à se manifester dans le droit positif de chaque pays. Cette représentation englobe la question des sanctions. Elles figurent aujourd'hui dans le droit privé de la plupart des pays de *Civil Law*, dont les systèmes polyvalents et versatiles permettent de maintenir le contrat en supprimant les clauses qui créent un déséquilibre significatif.

580. Il en va ainsi afin de permettre aux individus – un consommateur, un professionnel, une personne physique ou encore une personne morale – victimes d'une clause qui crée un déséquilibre significatif de bénéficier d'une protection juridique : « dès lors qu'il ressort de l'examen des stipulations d'une convention, qu'un profit abusif a été exigé par l'un des contractants, en spéculant sur la faiblesse, la détresse ou l'ignorance de l'autre partie, on demande à la loi civile de fournir une sanction, pour porter remède à cette situation »<sup>641</sup>.

581. Ces changements sont confirmés par la réforme du droit des obligations français. La versatilité et la souplesse du droit des contrats français sont notables dans la généralisation de la sanction : le réputé non-écrit (en droit de la consommation et en droit commun), l'engagement de la responsabilité, la cessation de l'indu, l'application des amendes en droit français de la

<sup>638</sup> TC Paris, 7 mai 2015, *Ministre de l'Économie c/ Expedia*, n° 2015 0000040. La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement dans un arrêt rendu le 21 juin 2017, n° 15/18784 ; *Concurrences* 2017/4, p. 117, note F. Buy ; Lettre distrib. 2017/7-8, p. 3, obs. F. Leclerc.

<sup>639</sup> M. Behar-Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels ». In : *Revue des contrats*, n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2009 p. 203.

<sup>640</sup> Le contrat est vu comme une « entité contractuelle », lien entre les parties dont il est l'œuvre commune ... V. J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier*, 1985, p. 56. p. 41-56

<sup>641</sup> M. Dijol, *La nullité des contrats lésionnaires*, Thèse, Recueil Sirey, 1918, p. 80.



concurrence. Une telle polyvalence se manifeste également dans le fait que plusieurs acteurs interviennent dans la protection de la partie faible : le ministre chargé de l'Économie, le ministère public, le président de l'Autorité de la concurrence. Cette multiplicité d'acteurs se justifie dans la mesure où il peut exister chez les professionnels une crainte ou une certaine hésitation à former une action visant à les protéger contre le déséquilibre significatif.

582. Au Brésil, cette polyvalence en matière de protection contre les clauses abusives n'existe pas encore, puisque le système de protection brésilien compte sur la nullité de plein droit pour éradiquer les clauses dite abusives. Toutefois, et fort heureusement, le droit brésilien compose avec une pluralité d'acteurs jouant un rôle de protection contre les clauses abusives ; cette pluralité n'existant cependant que pour la protection des consommateurs. Ce domaine profite en effet de l'intervention active du ministère public, des associations de protection des consommateurs et des *Procons* qui jouent un rôle très important.

583. Il serait donc temps d'étendre cette protection et de la légitimer expressément, à l'instar de la France, en introduisant un article spécifique de protection des professionnels dans le Code civil brésilien, mais aussi en choisissant une sanction qui conserverait le contrat en réputant non écrite la clause abusive.

584. Autrefois, le juge français optait traditionnellement pour la logique du « tout ou rien » ; il privilégie aujourd'hui les sanctions qui conservent la validité du contrat. Aujourd'hui, le juge brésilien devrait pouvoir disposer des moyens, qui seraient explicitement prévus dans un article du Code civil, de conserver le contrat . Cela n'est pas encore le cas, car la bonne foi (« *bonne à tout faire* » en droit brésilien), la fonction sociale du contrat et la justice contractuelle sont inscrites dans les principes généraux du droit.

585. Selon M. Coulon, il existe une influence de la durée du contrat sur le choix de la sanction par les parties ou par le juge, mais aussi sur le rôle de cette sanction<sup>642</sup>. On observe donc que les trois systèmes de protection contre les clauses abusives existant en France – le Code de la consommation, le Code de commerce et désormais le Code civil – proposent des sanctions similaires contre le déséquilibre significatif. Cela nous paraît cohérent dans la mesure où il s'agit de remédier à une maladie identique dans les deux types de contrats (professionnel-

---

<sup>642</sup> C. Coulon, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, (F. Collart-Dutilleul, C. Coulon, dir.), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », t. 28, 2007, p. 39 (pp. 29-43).

consommateur ; entre professionnels). Il convient toutefois de clarifier le domaine d'application de chacun des systèmes.

586. Au Brésil, puisque cette protection spécifique du professionnel n'existe pas, les juges appliquent parfois le Code de la consommation même aux professionnels, voire le Code civil dans les cas où la faiblesse du professionnel n'est pas évidente. Le droit brésilien devrait donc suivre cette évolution en adoptant dans son Code de la consommation le dispositif français du réputé non-écrit, mais aussi ajouter dans son Code civil un article tendant à la protection des professionnels selon le modèle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français (en changeant la sanction de la nullité partielle par celle du réputé non-écrit). Il semble donc important de créer un système de protection spécifique des professionnels au Brésil et d'apporter des améliorations dans le système français.

#### Conclusion – La prolifération des sanctions

587. On remarque, au Brésil comme en France, que « le sauvetage du contrat est aujourd'hui une constante de nombre de législations ; il devient une préoccupation du juge. Le maintien du contrat, sa bonne fin, apparaît en effet comme des priorités sociales et la dénonciation de celui-ci, pour l'illégalité d'une de ses clauses, comme une sanction souvent inadéquate. La sanction consistant à réputer non écrite une clause fait partie de ces procédés de sauvetage du contrat, aujourd'hui particulièrement sollicités »<sup>643</sup>. La clause réputée non écrite figure donc parmi les sanctions abordées dans cette thèse, non seulement parce qu'elle est prévue dans le droit français mais aussi parce qu'elle semble être la sanction la plus adéquate contre le déséquilibre significatif.

588. Dans le système de protection des consommateurs au Brésil, les conséquences du principe du *pacta sunt servanda* permettront une modification de la clause ou la révision du contrat selon prévision de l'article 6, alinéa V du Code de la consommation brésilien. Le juge peut encore décider que les efforts entrepris pour maintenir le contrat occasionnent un coût excessif pour les parties (article 51, §2 du Code de la consommation brésilien). Le juge dispose donc d'un pouvoir important au regard des limites de la sanction qui proclame la nullité d'une clause abusive. Ce pouvoir laissé au juge peut toutefois se révéler dangereux et générateur d'une insécurité juridique. L'existence d'une disposition explicite de protection contre les clauses abusives, avec des sanctions bien précises et déterminées, favoriserait, la sécurité juridique.

---

<sup>643</sup> S. Gaudemet, *op. cit.*, p. 20.

Ainsi, prendre position sur les sanctions contractuelles signifie prendre position sur une certaine conception du contrat<sup>644</sup>. Selon M. Laithier, « il faut toujours garder à l'esprit que la nullité est une sanction qui facilite les comportements opportunistes »<sup>645</sup>. Choisissons donc la meilleure sanction, la plus appropriée, pour la protection contre le déséquilibre significatif dans un contrat entre « égaux » comme dans un contrat entre « inégaux ».

## Conclusion – LES LIMITES DU RÉGIME

589. Appréhender les limites du régime de protection des professionnels contre les clauses abusives permet de mieux comprendre l'efficacité de cette protection dans les droits brésilien et français. Il apparaît alors qu'aucun des systèmes n'est parfait et que la protection des professionnels contre les clauses abusives demeure à ce jour encore caractérisée par des insuffisances. On observe dans les deux pays une multiplication des acteurs impliqués dans la protection contre les clauses abusives et une prolifération des sanctions. On regrette toutefois un rôle parfois trop limité des autorités administratives dans une protection accordée de surcroît seulement aux consommateurs et l'absence, surtout en droit brésilien, d'un acteur spécialement dédié à la protection des professionnels. Il convient néanmoins de reconnaître que les autorités administratives, le juge et le ministère public, jouent dans chaque pays un rôle essentiel. Le juge français est souvent conduit à donner une interprétation aux clauses qui ne sont pas définies par la loi. Il sera donc éventuellement appelé à donner une interprétation au déséquilibre significatif. Le juge français devra encore se prononcer sur le nouveau critère choisi par le législateur après la loi de ratification du 20 avril 2018 pour la définition du contrat d'adhésion. Il devra se prononcer non seulement pour déterminer la présence d'un déséquilibre significatif, mais encore pour trancher la question de savoir si l'ensemble des clauses dans le contrat d'adhésion doit être interprété d'une manière restrictive (plusieurs clauses essentielles au contrat) ou extensive, une ou deux clauses non négociables suffiraient pour qualifier un contrat de contrat d'adhésion. De plus, le juge français pourrait refuser d'appliquer l'article 1171 du Code civil si la clause litigieuse définit l'objet principal du contrat, selon les termes de l'alinéa 2 de cet article. Le juge brésilien lui aussi joue un rôle important dans l'interprétation des clauses générales au regard de la fonction sociale du contrat, la bonne-foi... Le Code civil de 2002 est pour cette raison appelé

---

<sup>644</sup> J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », in « La réforme du droit des contrats : Projet et perspectives (Actes du colloque du 25 octobre 2005) », *RDC*, 2006/1, pp. 113 *sq.*, spéc., n° 28.

<sup>645</sup> Y.-M. Laithier, note sous Cass., 3<sup>e</sup> civ., 8 octobre 2008, *RDC*, 2009, pp. 51 *sq.*

par certains « le code du juge ». Le ministère public au Brésil, au contraire de la France, joue un rôle primordial dans la protection des parties faibles, quittant un rôle traditionnellement limité en principe au droit pénal pour une protection active des intérêts généraux, parmi lesquels la protection des consommateurs contre les clauses abusives par le biais de l'action de groupe. En droit français, à l'opposé du droit brésilien, on observe une polyvalence des sanctions contre les clauses abusives : le réputé non écrit, la responsabilité civile, la répétition de l'indu, les amendes civiles... On constate donc l'existence dans les deux pays d'un régime de protection des professionnels contre les clauses abusives qui reste encore limité. C'est la raison pour laquelle nous proposons des changements afin que les deux systèmes juridiques adoptent davantage de mesures tendant à garantir la protection de la partie faible, en l'espèce du professionnel faible.

## 2.2 Les espoirs du régime

590. Les droits français et brésilien ont connu ces dernières décennies de profondes modifications. On observe dans ce processus un « sociologisme » croissant du droit des contrats ayant pour conséquence que la qualité du contractant est prise en considération pour le choix de sa protection. Un particularisme est en train de se forger dans les pratiques commerciales en droit français, où l'on protège les professionnels contre le déséquilibre significatif. En droit brésilien, malgré une forte protection accordée aux parties considérées comme faibles « *par nature* », les professionnels sont délaissés, car considérés comme forts « *par principe* ». Quels sont les remèdes et les espoirs face à cette carence d'attention ? Faut-il accorder une protection spécifique aux professionnels en droit brésilien ? Et si oui, de quel type ?

591. D'après la description du droit brésilien de protection contre les clauses abusives, des devoirs sont imposés par des clauses générales<sup>646</sup> dans l'ensemble de l'ordre juridique brésilien ; avec la bonne foi, le principe de la fonction sociale du contrat, la lutte contre l'abus et la lésion. Dans le droit français règne en revanche une pluralité législative de protection des professionnels contre le déséquilibre significatif ; au point que l'on se demande si le champ d'application de chaque code et de chaque loi qui traite de la question est bien délimité.

---

<sup>646</sup> Selon un auteur brésilien : « les clauses générales sont des fenêtres ouvertes dans le système, contribuant à la fois à l'élaboration de préceptes juridiques et d'autres à l'insertion des facteurs et/ou concepts qu'il lui manque ». R. Rosado de Aguiar Jr., « Cláusulas abusivas no Código do Consumidor », in *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL/ Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*, Seção do Rio Grande do Sul; coord. de Cláudia Lima Marques, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 13 (pp. 13-32).

592. En réalité, la réforme du droit français des obligations insère une nouvelle règle générale protectrice contre le déséquilibre significatif. Dans le droit français, trois codes protègent actuellement, d'une manière générale, contre les clauses abusives : le Code de la consommation, le Code de commerce et, depuis plus récemment, le Code civil. Au Brésil, la protection contre les clauses abusives est prévue dans le Code civil et le Code de la consommation.

593. Il importe alors de préciser la délimitation de chaque système protecteur dans chaque pays. Une protection plus générale contre les clauses abusives existe dans les Codes civils au Brésil et en France, puis une protection spécifique dans les Codes de la consommation dans les deux pays, et dans le Code du commerce en France.

594. On constate ainsi que les champs d'application des codes et d'intervention du juge ont besoin d'être à nouveau bornés. L'efficacité de la protection des professionnels contre les clauses abusives exige donc de revenir à la délimitation des systèmes de protection existants en France et au Brésil (**Chapitre I**), puis d'exposer des propositions à cet égard pour chacun des systèmes (**Chapitre II**).

### 2.2.1 La délimitation des systèmes de protection existants

595. Nous avons déjà constaté une multiplication des acteurs en matière de protection contre les clauses abusives, dont le juge et les autorités administratives<sup>647</sup> : « deux acteurs, la loi et le juge, animent le mouvement d'interventionnisme sur le contrat »<sup>648</sup>. C'est pour cette raison que cette interaction entre la loi et le juge doit être clairement délimitée. Comme le précise M. Fontaine, « autant les techniques sont variées, autant leur efficacité est variable »<sup>649</sup>. Les techniques de protection contre le déséquilibre significatif sont variées selon les contractants et selon le cadre légal appliqué à chaque cas spécifique.

596. Avec l'entrée en vigueur en France de l'ordonnance du 10 février 2016, se manifeste à nouveau la difficulté d'articuler tous les textes sanctionnant le déséquilibre significatif ; au

---

<sup>647</sup> V. *supra* n° 331.

<sup>648</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2011, p. 443.

<sup>649</sup> M. Fontaine, « La protection de la partie dans les rapports contractuels » (rapport de synthèse), in *La protection de la partie dans les rapports contractuels comparaisons franco-belges*, (J. Ghestin, M. Fontaine, dir.), Paris, LGDJ, 1996, p. 650.

Brésil, c'est l'articulation entre le droit de la consommation et le droit commun qui doit être urgemment encadrée. Nous essayerons donc, dans le présent chapitre, de vérifier la délimitation du champ d'application des codes pour la protection contre le déséquilibre significatif (Section I) et d'encadrer la pluralité des sanctions existantes (Section II).

### Section I. La délimitation du champ d'application des Codes

597. Il existe aujourd'hui, avec cette pluralité de codes, un risque de pluralité normative ; des règles perdues dans une multitude de législations diverses. Les codes sont souvent structurés selon la notion d'égalité entre les parties ; mais cette notion reste abstraite. En effet, les codes ne sont pas toujours suffisants pour répondre aux questions relatives aux inégalités existantes dans les contrats de consommation, ainsi que dans certains contrats entre professionnels. C'est pour cette raison, qu'il est nécessaire de remédier à cette inspiration imprécise (§1), ainsi qu'à une accumulation génératrice de confusion (§2).

#### §1. Le remède à l'inspiration

598. La reconnaissance du besoin de protection des professionnels contre le déséquilibre significatif n'implique pas d'assimiler les professionnels aux consommateurs et *vice-versa*. Il importe donc que le champ d'application de chaque code soit délimité, car on observe une multiplication désordonnée des interprétations par analogie à laquelle il faut remédier. La principale critique faite au système juridique brésilien vise le recours fréquent des juges au Code de la consommation pour la protection des professionnels contre les clauses abusives. En effet, nous l'avons déjà souligné, il n'existe pas au Brésil de règle spécifique de protection des professionnels, ce qui a pour conséquence un manque de cohérence des décisions judiciaires<sup>650</sup>.

599. La doctrine brésilienne a donc essayé de trouver une justification à cette accumulation, à savoir une théorie capable d'expliquer, voire d'autoriser, cette application cumulative du Code civil et du Code de la consommation – règle générale et règle spéciale – sans que l'un n'exclue l'autre. Il convient donc d'abord d'explicitier cette justification imprécise (A), avant d'aborder l'interprétation par analogie qu'il serait nécessaire de prohiber (B).

#### A. La justification imprécise des interprétations par analogie

---

<sup>650</sup> Voir *supra* n° 257.

600. Le Code civil brésilien de 2002 régit les relations entre égaux, les relations civiles et les relations commerciales<sup>651</sup>. Il a comme directives l'éthique, la socialité et l'opérabilité<sup>652</sup>. L'entrée en vigueur au Brésil du nouveau Code civil de 2002 marque la nécessité de délimiter le champ d'application de chaque Code dans la protection de la partie faible, au sein d'une relation dite « entre égaux ». Le « jeune » Code brésilien, qui a déjà toutefois atteint ses 15 ans, a intégré dans le système juridique plusieurs normes générales protectrices des contractants faibles ; comme la bonne-foi, la fonction sociale du contrat, la justice contractuelle. Malgré cette protection des parties faibles qu'offre le Code civil en dehors d'une relation de consommation, la jurisprudence a continué d'utiliser le Code de la consommation, même lorsque la partie faible n'entrait pas dans le cadre juridique du statut de consommateur, en appliquant les théories maximalistes ou le concept de consommateur par assimilation<sup>653</sup>. En effet, le projet de nouveau Code civil brésilien, qui a été en discussion pendant 30 ans, a été modifié plusieurs fois avant d'être finalement publié en janvier 2002. Les juges brésiliens ont eu l'énorme tâche de l'adapter à la société brésilienne contemporaine.

601. Il s'agit en effet d'un Code dominé par les principes de la bonne foi et de la fonction sociale du contrat, très chers au droit brésilien. En attendant cette nouveauté législative, le Code de la consommation était celui qui s'adaptait le mieux à la société brésilienne. L'utilisation réitérée des dispositions générales du Code de la consommation dans les relations entre professionnels a au moins eu l'avantage de permettre une transposition de ces avancées jurisprudentielles pour la mise en œuvre du Code civil 2002. Le droit de la consommation a donc servi de modèle au droit commun brésilien dans la protection contre les clauses abusives.

602. Ainsi, après la publication du nouveau Code civil de 2002, la question se posait de savoir si l'on devrait appliquer le Code de la consommation de 1990, autrement dit s'il était possible de concilier la nouvelle règle générale prévue par le Code civil avec la règle spéciale antérieure prévue par le Code de la consommation. Il fut décidé que si la relation était de consommation – présence du consommateur – on appliquerait le Code de la consommation et, seulement en second recours et si nécessaire, le Code civil de 2002. Dans la pratique

---

<sup>651</sup> Comme nous l'avons déjà souligné, en droit brésilien le Code de commerce fait partie du Code civil ; des projets visant à séparer ces deux codes sont à l'étude.

<sup>652</sup> Selon M. Reale, « les trois directives ou principes fondamentaux du Code civil brésilien sont : l'éthique, la socialité et l'opérabilité ». Voir M. Reale, « Visão geral do novo Código Civil », *Revista de direito privado*, vol. 9, São Paulo, éd. RT, janv.-mar. 2002, p. 12.

<sup>653</sup> V. *supra* n° 111.

brésilienne, le Code de la consommation reste toutefois très souvent appliqué en dehors de toute relation de consommation.

603. En ce qui concerne la protection contre les clauses abusives, le problème est que le Code civil brésilien (règle postérieure et générale) ne définit pas le contrat d'adhésion. Il dispose seulement d'un article général de protection contre les clauses abusives, l'article 424 : « dans les contrats d'adhésion, sont nulles les clauses qui stipulent la renonciation anticipée de l'adhérent à un droit résultant de la nature de l'affaire ». Cet article, mal rédigé, contraint le juge brésilien à appliquer par analogie la définition du Code de la consommation pour les contrats entre égaux. Cette définition est énoncée à l'article 54 du Code de la consommation brésilien : « sont d'adhésion les contrats dont les clauses sont approuvées par l'autorité compétente ou établies unilatéralement par le professionnel, sans que le consommateur puisse négocier ou modifier substantiellement son contenu ».

604. Face à cette nécessité d'interpréter par analogie des articles du Code de la consommation pour les appliquer à une relation qui n'est pas de consommation, certains auteurs brésiliens ont été conduits à créer des théories permettant une utilisation concomitante de tous les instruments de protection prévus dans le système brésilien, sans que cela ne produise pour autant des conflits entre les codes. Le système de « dialogue des sources » a été pensé dans le droit brésilien par le professeur Claudia Lima Marques<sup>654</sup>. Il existe, selon elle, un dialogue des sources entre les plusieurs systèmes de protection de la partie faible. Ainsi, un système n'exclut pas l'autre dans la protection contre les clauses abusives ; ils se complètent mutuellement.

605. Tel est le « génie » brésilien que de trouver des solutions parfois inédites pour résoudre des problèmes de fond. C'est ainsi qu'existe un « dialogue » entre le Code civil et le Code de la consommation. Ce dialogue serait un dialogue *a contrario* : il s'agit de retrouver une définition dans un système de règles spéciales. Cette définition prévue par le système spécial serait étendue pour inclure tous les contrats d'adhésion, y compris ceux qui sont signés entre des parties égales.

---

<sup>654</sup> V. C.L.Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor, o novo regime das relações contratuais*, RT, 6<sup>e</sup> éd., revue et actualisée, 2011, pp. 609sq.



606. Prenons l'exemple de l'affaire *Teka versus Aiglon*<sup>655</sup> : dans un contrat international d'importation de matières premières en vue de leur transformation, la Cour brésilienne a considéré qu'il ne s'agissait pas, malgré l'utilisation d'un formulaire standard, d'un contrat d'adhésion entre professionnels. L'argument qu'elle a retenu était la distinction entre finalité et fonction (de commerce ou de consommation), qui permet de considérer comme non applicable l'article 54 du Code de la consommation.

607. Le contrat de location constitue un autre exemple du refus injustifié du juge brésilien d'appliquer le droit de la consommation. Selon la doctrine majoritaire au Brésil, le Code de la consommation ne s'applique pas à un contrat de location : quand bien même il s'agit d'un contrat d'adhésion, il reste régi par les normes du Code civil. Imaginons néanmoins qu'un propriétaire achète un contrat pré-rédigé (au Brésil, il est possible d'acheter un modèle de contrat, de location par exemple, dans les papeteries) pour louer son garage pendant les vacances ou pour une période d'un an. Dans ce cas, la définition de l'article 54 du Code de la consommation ne sera pas appliquée, car il ne s'agit pas d'une relation de la consommation. Le juge peut cependant considérer que le locataire est dans une position de faiblesse et procéder, pour interpréter l'article 424 du Code civil, à une application par analogie de la définition du Code de la consommation.

608. Les auteurs qui considèrent que le contrat de location est un contrat de consommation proposent une solution différente quand l'une des parties est un agent immobilier et que, pour cette raison, s'applique non seulement l'article 54 du Code de la consommation mais également tout le système protecteur des consommateurs. Il existe donc une infinité de possibilités pour résoudre dans la pratique un conflit entre deux parties, surtout si les parties sont considérées comme égales.

609. Il s'agit cependant d'un « bricolage juridique » contraire à la sécurité juridique, c'est pourquoi il importe que soit délimité avec davantage de rigueur le champ d'application du Code de la consommation (selon son but de protection du consommateur – « faible *par nature* ») et que soit définie une extension précise bien définie du domaine d'application du Code civil brésilien à la protection de professionnels.

---

<sup>655</sup> V. *supra* n° 260. SEC 5.847-1, *Teka v. Aiglon*, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999.

610. Le remède à cette application du droit de la consommation par le juge brésilien n'est certes pas aisé à composer. En droit français, nous l'avons vu, la jurisprudence avant la loi de modernisation de l'économie – qui a intégré un article protecteur des professionnels dans le Code du commerce – appliquait elle aussi par analogie le Code de la consommation, dans certaines hypothèses, pour la protection des professionnels contre les clauses abusives<sup>656</sup>. Néanmoins, et même avec la loi de modernisation de l'économie, le besoin d'une délimitation claire de cette protection reste d'actualité ; que ce soit à cause d'une décision confuse de la jurisprudence française ou par nécessité de clarifier l'articulation entre le Code civil et les codes spéciaux. En réalité, une décision récente de la Cour de cassation a bouleversé ce qui s'annonçait pourtant comme un « long fleuve tranquille ».

611. Dans un récent arrêt du 4 février 2016, la Cour de cassation a en effet confirmé le jugement selon lequel une SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier et non un professionnel de la construction : la Cour d'appel « a pu retenir que celle-ci devait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation »<sup>657</sup>.

612. Cette décision, qui laisse « perplexe »<sup>658</sup> la doctrine, a été qualifiée de « coup de théâtre » par certains auteurs<sup>659</sup>. En effet cette application de la définition du non-professionnel quand le Code de commerce protège les professionnels contre les clauses abusives est assez extravagante. Il s'agirait donc d'une renaissance du critère de l'incompétence qui permettait au juge français d'étendre la protection contre les clauses abusives au professionnel qui se trouvait « dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur »<sup>660</sup>. Selon Me Sauphanor-Brouillaud cette « décision est à ce titre critiquable puisque ce critère subjectif de la compétence

---

<sup>656</sup> V. *supra* n° 263.

<sup>657</sup> Cass., 3<sup>e</sup> civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.347, *Bull. civ.* 2016. V. D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglio... » *Gazette du Palais*, n° 12, 22 mars 2016; note C.-M. Péglion-Zika, *Dalloz*, 2016, p. 629 ; obs. S. Bernheim-Desvaux, *Contrats, conc., consom.*, 2016, comm., p. 105 ; obs. Y.-M. Serinet, *JCP G* 2016, p. 796 ; J.-D. Pellier, « Retour sur le domaine et la sanction des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », in *Petites affiches*, 10/06/2016, n° 116, p. 12. V. aussi décision contraire : Cass., com., 16 fév. 2016, n° 14-25.146 : La Chambre commerciale a décidé que : « en ce qu'elles visent les consommateurs, ne concernent que les personnes physiques et, en ce qu'elles visent les non-professionnels, sont inapplicables aux contrats qui ont un rapport direct avec leur activité professionnelle ».

<sup>658</sup> D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglio... », *ibidem* : « la Cour de cassation admet la qualification de « non-professionnel » pour un professionnel de l'immobilier ayant contracté avec un professionnel de la construction mais se fonde ensuite sur le droit commun au lieu du droit de la consommation pour neutraliser la clause litigieuse ».

<sup>659</sup> V. O. Deshayes et al., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 300 (note de bas de page n° 496).

<sup>660</sup> V. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1987, n° 85-13674.

a été abandonné par la première chambre civile de la Cour de cassation, dans le cadre de l'application de la législation sur les clauses abusives »<sup>661</sup>. Ainsi, même en France, et malgré une protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives dans le Code de commerce, il arrive que le législateur « se trompe » et applique la protection prévue dans le Code de la consommation. Le nouvel article 1171 du Code civil sera-t-il victime du même « coup de théâtre » ? Il apparaît nécessaire et urgent que les incohérences assez fréquentes du droit brésilien et un peu plus rares du droit français soient écartées.

### B. La prohibition des interprétations par analogie

613. Malgré l'existence d'une protection spécifique dans le Code de commerce français, le Code de la consommation continue donc parfois à être appliqué en vue de la protection des professionnels<sup>662</sup>. Pour cette raison, et parce que le droit de la consommation est la source d'inspiration de la protection contre les clauses abusives dans les deux pays, cette interprétation par analogie, source d'insécurité juridique, ne peut plus être admise. Le Code de la consommation est en effet une importante source d'inspiration dans la protection contre le déséquilibre significatif. Dans ce contexte, selon M. Cabrillac, « l'influence du droit de la consommation, dans lequel la clause abusive joue un rôle fondamental depuis sa consécration par la loi du 10 janvier 1978, l'idéologie consumériste, ont favorisé le développement de la justice contractuelle au détriment de la liberté contractuelle en droit civil des contrats »<sup>663</sup>.

614. Le champ d'application de cette protection accordée par le Code de la consommation français existe donc depuis au moins un demi-siècle et, pour cette raison, soulève moins de difficultés en comparaison de la protection accordée aux professionnels depuis peu de temps en droit français, et presque inexistante en droit brésilien.

615. La protection accordée par le droit de la consommation est généralement restreinte à des conditions très précises. Par exemple, les contrats quotidiens de la personne morale sont exclus de cette protection, seulement accordée aux personnes morales qui concluent des contrats en dehors de leur activité principale. Ainsi, si la personne morale occupe la place du professionnel dans une relation contractuelle, elle ne bénéficiera pas de la protection garantie

---

<sup>661</sup> V. N. Sauphanor-Brouillaud, « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *Revue des contrats*, n° 1, 1<sup>er</sup> mars 2017, p. 109.

<sup>662</sup> Voir *supra* n° 611.

<sup>663</sup> M. Cabrillac, « Les clauses abusives appréhendées par le droit civil français », in *Les clauses abusives, approches croisées franco-espagnoles*, (Y. Picod, D. Mazeaud, E. Lauroba, dir.), SLC, 2013, p. 23 (pp. 23-30).

par le Code de la consommation et le professionnel devra chercher un autre fondement pour faire valoir sa protection.

616. Le rôle du juge est aussi important dans cette interdiction, non seulement au moment de décider et d'annoncer la solution aux parties, mais aussi dans la mesure où ses décisions influenceront le législateur. Il existe donc une articulation entre le juge et le législateur : « Si l'art législatif réside essentiellement dans le passage du fait au droit, le juge a nécessairement sa place dans le processus d'élaboration de la loi. Il est d'abord la rampe d'essai des lois existantes car il saisit mieux que quiconque quand et pourquoi le droit en vigueur est critiquable. Il relève par conséquent les adaptations nécessaires. La concertation du législateur et du juge permet d'allier la souplesse de la jurisprudence et la sécurité juridique de la loi. Cette sécurité dépend encore, dans une certaine mesure, de l'adhésion des juges à la loi. Il est donc souhaitable d'associer ceux-ci à la préparation des textes »<sup>664</sup>.

617. Dans l'attente d'une nouvelle législation spécifique de protection des professionnels en droit brésilien, le juge doit donc se limiter à l'application du Code de la consommation pour les relations de la consommation et du Code civil pour une relation purement entre professionnels : pour rappeler la formule de Josserand, « qui dit contractuel, dit juge, en quelque sorte ! »<sup>665</sup>.

618. Cette restriction des interprétations par analogie sera certainement plus efficace dès lors qu'aura été trouvé un remède à cette accumulation génératrice d'ambiguïtés.

## §2. Le remède à l'accumulation

619. Face à cette pluralité législative incitant à une interprétation analogique visant la protection contre le déséquilibre significatif, le droit commun a une vocation imprécise (A) qui doit être limitée (B).

<sup>664</sup> J.-L., Bergel, « La loi du juge. Dialogue ou duel ? », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Tome I, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 34.

<sup>665</sup> M. Mekki, « Réformer le droit des contrats, Du mythe à la réalité », in *Note n°9 FJJ*, Fondation Jean-Jaurès/Thémis - Observatoire justice et sécurité, 23 mai 2014, p. 6. (pp. 1-6). Disponible sur : Réformer le droit des contrats. Du mythe à la réalité ; disponible sur : <http://www.jean-jaures.org/Publications/Notes/Reformer-le-droit-des-contrats>.

## A. La vocation imprécise du droit commun

620. Depuis 2004, le Code civil français s'est engagé dans un long processus de réforme ; le Code civil brésilien a vécu la même histoire pendant 86 ans<sup>666</sup>. Les deux codes, brésilien (1) et français (2), ont donc une vocation imprécise.

### 1. L'imprécision du Code civil brésilien

621. Malgré une longue période de maturation<sup>667</sup>, le nouveau Code civil brésilien comporte des failles et incohérences. On constate notamment des difficultés quant à la définition de certains principes, d'autres principes ne sont même pas définis et l'ensemble manque de clarté<sup>668</sup>. Prenons l'exemple de la détermination de la règle applicable en cas d'abus dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Dans un premier moment, le juge analysera ce contrat en relation avec l'article 421 du Code civil qui énonce : « La liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat ». La fonction sociale du contrat est intéressante, mais quelle est sa définition ? Dans le silence du code, la doctrine a essayé de définir cette fonction sociale mais le terme est tellement flou et imprécis que certains auteurs ont été jusqu'à lier la fonction sociale du contrat à la dignité de la personne humaine<sup>669</sup>.

622. Effectivement, ce principe, très cher au droit brésilien, est particulièrement difficile à cerner. Le principe de la fonction sociale du contrat, qui influence tant l'action du juge brésilien dans l'interprétation du contrat, a été conçue comme un concept indéterminé par le législateur. Dans le cas concret, par exemple, d'un contrat d'adhésion, le juge doit, au moment d'enquêter sur la légitimité d'une clause, prendre en considération non seulement les parties au contrat mais aussi les tiers. Or, quand on sait la difficulté de résoudre un conflit entre parties, on imagine très bien la difficulté, voire l'impasse, que génère la prise en compte aussi de tiers.

623. Au Brésil, la fonction sociale du contrat est en effet une règle d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger. Le juge doit donc analyser les effets socio-économiques et les « vrais » intérêts qu'il importe de protéger. La nécessité de cette démarche de la part du juge est la conséquence du caractère imprécis et flou du droit commun brésilien. Cette

---

<sup>666</sup> Voir *supra* n° 30.

<sup>667</sup> Le nouveau Code civil brésilien est entré en vigueur le 10 janvier 2003, se substituant à l'ancien Code qui datait de 1916. Il aura ainsi fallu 86 ans pour que s'achève cette procédure de réforme du droit civil brésilien.

<sup>668</sup> Voir les critiques au nouveau Code civil de 2002 : G. Tepedino, « Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 », in *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, RJ-SP, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2<sup>e</sup> éd. revue, 2003, p. XV.

<sup>669</sup> V. *supra* n° 62.

imprécision pourrait-elle être atténuée par la séparation du Code de commerce et du Code civil ? Cela dépend de la précision que le Code de commerce donnera aux clauses abusives entre professionnels.

624. Ces imprécisions sont renforcées par l'absence de Code de commerce adapté à la réalité brésilienne. Nous avons déjà évoqué le fait que celui-ci, qui a été intégré dans le Code civil, date de 1850 et n'a pas été modifié depuis. Le droit brésilien doit donc compter avec les principes de protection généraux présents dans son Code civil et surtout dans la Constitution fédérale brésilienne, qui sert d'« outil fourre-tout » pour utiliser une expression connue en droit français, pour assurer une protection contre le déséquilibre significatif<sup>670</sup>.

625. Grâce à la liberté qui lui est accordée par la loi, le juge brésilien a donc le pouvoir de « remplir le contenu contractuel ». Il est ainsi en mesure d'utiliser les clauses générales ou les concepts indéterminés ; comme la bonne foi, les bonnes mœurs, l'ordre public, ainsi que la dignité de la personne humaine. Une délimitation est urgente.

## 2. L'imprécision du Code civil français

626. En France, avant la publication de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, le système juridique de droit commun ne connaissait pas de protection générale contre les clauses abusives. Dans sa thèse soutenue en 1982, Mme Bricks affirmait à ce propos : « une règle générale permettant de lutter contre toutes les clauses abusives, quel que soit leur objet, quel que soit le contrat dans lequel elles sévissent, voilà la protection idéale que nous souhaiterions rencontrer dans notre droit commun »<sup>671</sup>. Sa volonté a été « presque » exaucée depuis le 10 février 2016 ; « presque » dans la mesure où le Code civil français contient bien une protection contre le déséquilibre significatif mais elle est limitée aux seuls contrats d'adhésion, comme nous le verrons.

627. Il aura donc fallu attendre le 1<sup>er</sup> octobre 2016, date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 pour qu'un changement ait lieu dans le Code civil français<sup>672</sup>. Ce changement était-il nécessaire ? Pour répondre à cette question, il convient d'abord de déterminer le champ d'application du nouvel article 1171 du Code civil et son articulation avec le Code de la consommation et le Code de commerce. Certains auteurs sont d'avis que le champ d'application spécifique des articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du

<sup>670</sup> V. *supra* n° 54.

<sup>671</sup> H. Bricks, *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1982, p. 136.

<sup>672</sup> V. *infra* n° 228.

Code de commerce n'est pas encore bien délimité, et la nouveauté introduite dans le système français par l'article 1171 du Code civil ne facilite pas la tâche<sup>673</sup>.

628. En effet, il n'existait pas, avant l'introduction de cet article 1171, de protection générale contre les clauses abusives. Les représentants du monde économique se montrent inquiets, car il devient dès lors possible à la justice d'intervenir dans un contrat négocié selon eux « d'égal à égal »<sup>674</sup>. Cette inquiétude est-elle fondée ? Existe-t-il une concurrence ou une complémentarité entre le Code civil et le Code de commerce ? Ce risque d'insécurité juridique se double d'un risque de judiciarisation du contrat.

629. Sur la base de l'expérience brésilienne et malgré le mélange introduit par la doctrine et la jurisprudence concernant la protection des professionnels et consommateurs, on peut affirmer que l'introduction de cette protection dans le Code civil est plutôt positive. D'un point de vue symbolique, l'introduction de la protection contre le déséquilibre significatif dans le code qui régit le droit commun, montre l'intention du législateur et du système dans son ensemble de protéger la partie faible, voire de considérer qu'il est toujours possible que l'un soit plus faible que l'autre, même entre deux contractants *a priori* « égaux ».

#### B. La vocation délimitée du droit commun

630. La question de la vocation délimitée du droit commun se pose essentiellement à propos du domaine d'application de cette réforme du droit des contrats français, spécialement au sujet du nouvel article 1171 du Code civil<sup>675</sup>. Il importe de réfléchir sur la manière dont « le droit s'efforce, avec des bonheurs variables, de concilier les deux impératifs opposés de la sécurité juridique qui tend à stabiliser le passé, et le respect de la légalité, voire du progrès nécessaire du droit, au nom desquels il s'impose souvent de réaménager ce passé que l'on croyait pourtant établi »<sup>676</sup>.

<sup>673</sup> O. Deshayes et al., *op cit.*, pp. 302 *sq.* Pour une analyse globale de l'article 1171, voir : F. Chénéde, « Le nouveau droit des obligations et des contrats », in *Hors collection*, Dalloz, 2016, p. 361 et ss.

<sup>674</sup> V. J. Vogel, « Réforme du droit des contrats : "Le juge devient une troisième partie au contrat" », Propos recueillis par Delphine Iweins ; disponible sur : <http://www.actuel-direction-juridique.fr/content/reforme-droit-des-contrats-force-de-vouloir-faire-lequilibre-du-contrat-aboutit-en-realite>. Selon l'auteur, « à force de vouloir faire l'équilibre du contrat, nous aboutissons, en réalité, au déséquilibre, à l'insécurité juridique et à la fragilisation de la relation contractuelle ».

<sup>675</sup> « La question de protection de la personne morale professionnelle contre les clauses abusives semble devoir nécessiter une distinction. En effet, d'une part, certaines de ces personnes morales peuvent recourir au droit des pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'elles s'estiment lésées par un déséquilibre significatif. D'autre part, le droit commun, réformé en 2016, offre également une protection contre les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui peut s'adresser aux personnes morales ». A. Fortunato, « La protection des personnes morales contre les clauses abusives », in *AJ Contrat*, 2017, p. 26 (pp. 25-32).

<sup>676</sup> F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Editions Odile Jacob, 1999, p. 149.

631. Essayons donc d'abord de comprendre comment ce nouvel article 1171 a été élaboré par le législateur<sup>677</sup> et surtout de réfléchir sur la nécessité de la délimitation de son domaine d'application quant à la protection contre le déséquilibre significatif (1), ainsi que celle de son articulation/complémentarité avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (2).

### 1. La délimitation du nouvel article 1171 du Code civil

632. Selon plusieurs auteurs, le champ d'application de l'article 1171 du Code civil sera très limité<sup>678</sup>. Mais quand bien même, il importe avant tout qu'il soit d'abord bien délimité. De ce fait, soit on opte pour une application de l'article 1171 restreinte aux seuls professionnels libéraux (a), soit on en fait une interprétation plus ample, selon la *ratio legis* de protection de cet article (b).

#### a) Restriction aux professionnels libéraux de l'article 1171

633. La nouvelle règle de protection contre le déséquilibre significatif présente à l'article 1171 du Code civil français ne se réfère pas à une qualité spéciale des parties. En effet selon cet article, « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non-écrite ». En d'autres termes, si le Code de la consommation s'applique aux consommateurs et non-professionnels dans une relation avec un professionnel et le Code de Commerce aux professionnels en relation avec leur partenaire commercial, la nouvelle règle de protection du Code civil ne précise pas quant à elle la qualité des parties au contrat auxquelles elle s'applique. Face au silence du législateur, il revient donc à la jurisprudence de limiter ce champ d'application avec l'aide de la doctrine. La seule délimitation prévue est l'application de l'article à un contrat d'adhésion – « par bonheur », le contrat d'adhésion a été défini dans le nouvel article 1110 du Code civil, même si l'on regrette que cette définition ne soit pas la plus appropriée<sup>679</sup>.

634. Les parties non comprises dans le cercle de protection du droit spécial (droit de la consommation et droit de la concurrence) pourront ainsi bénéficier de la protection désormais proposée par le droit commun. Le droit commun offre donc bien une protection restrictive. Pourront invoquer à titre subsidiaire la protection offerte par l'article 1171, les

---

<sup>677</sup> Voir *infra* n° 714.

<sup>678</sup> V. M. Mekki, « La réforme du droit des obligations : questions pratiques – Fiche pratique sur les clauses abusives : quels *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, n° 17, 10 mai 2016, p. 11.

<sup>679</sup> V. *infra* n° 714.



personnes morales auxquelles la qualité de non-professionnel n'est reconnue que de manière restreinte par la Cour de cassation, mais aussi le consommateur qui contracte avec une personne dont la qualité de professionnel est susceptible d'être écartée par les tribunaux<sup>680</sup>. En d'autres termes, l'article 1171 du Code civil s'appliquerait aux relations entre particuliers dans l'hypothèse de « véritables » contrats de gré à gré<sup>681</sup>, aux relations entre un professionnel et une personne qui ne serait ni consommateur ni non-professionnel<sup>682</sup>, ainsi qu'aux rapports entre professionnels qui ne sont pas partenaires commerciaux au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

635. Si l'on adopte cette analyse, l'article 1171 du Code civil n'aura qu'une application restreinte. Il est donc nécessaire de bien délimiter la zone intermédiaire entre les « véritables » contrats de gré à gré et le « pur » contrat d'adhésion<sup>683</sup>; cela sera objet de notre prochain chapitre. Mais la question qui se pose ici est de savoir si le *ratio legis* de l'article 1171 du Code civil est vraiment d'application seulement restreinte ?

#### b) Respect de la *ratio legis* de l'article 1171

636. Selon la réforme de droit des contrats qui a introduit une clause générale de protection contre les clauses abusives dans le Code civil français, une restriction était nécessaire : le champ d'application de l'article 1171 est restreint aux contrats d'adhésion. Dès lors, il reste encore aux juges le pouvoir de décider s'il s'agit d'un contrat d'adhésion ou d'un contrat de gré à gré. Mais l'équation risque de ne pas être simple à résoudre « lorsque ces contrats seront en même temps des contrats d'adhésion, ce qui se produira très fréquemment, notamment dans le rapport entre un professionnel et un consommateur »<sup>684</sup>. L'importance de cerner la *ratio legis* de cet article se justifie par le fait que chaque code possède ses propres particularités. S'agissant, par exemple, de l'application conjointe de la protection accordée par le Code de la consommation et de celle qui est désormais prévue dans le Code civil (issue de l'article 1171), le fameux système des listes s'appliquera s'il s'agit d'une relation de consommation. Il sera bien évidemment exclu pour manque de prévision législative dans le Code civil et dans le Code de commerce s'il s'agit d'une relation hors consommation. Par

<sup>680</sup> *Concurrence, consommation*, Éditions Francis Lefebvre, 2017, pt. 8530, p. 261.

<sup>681</sup> S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., cons.*, dossier spécial, mai 2016, p. 27, spéc. n° 7.

<sup>682</sup> Le Code de la consommation définit désormais le consommateur et le professionnel depuis la réforme législative du 14 mars 2016 ; on trouve dans son article liminaire une définition du consommateur, professionnel et non-professionnel. V. *infra* n° 124.

<sup>683</sup> S. Gaudemet, *loc. cit.*

<sup>684</sup> O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 300.

ailleurs, le déséquilibre significatif ne sera pas apprécié de la même façon s'il s'agit de l'une ou de l'autre des relations contractuelles<sup>685</sup>.

637. Comment sont donc articulés les deux articles qui protègent les parties contre le déséquilibre significatif, dans le Code civil et dans le Code de commerce ?

## 2. L'articulation avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

638. Ainsi que le prévoit la règle de la spécialité, le spécial déroge au général (*specialia generalibus derogant*) : la loi spéciale s'applique et doit prévaloir sur la règle générale<sup>686</sup>. Cette règle est prévue dans le nouvel article 1105 du Code civil français qui énonce : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

639. Ainsi se pose la question de savoir si l'article 1171 du Code civil peut être exclu lorsque la relation contractuelle concerne deux professionnels et se voit par conséquent soumise à la règle spéciale prévue par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Une comparaison avec l'ancienne rédaction de l'article 1107 du Code civil nous fournira un élément de réponse. Selon cette disposition, les contrats, qu'ils aient une dénomination propre ou non, sont soumis à des règles générales, objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». L'alinéa troisième du nouvel article 1105 du Code civil (« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ») ajoute d'ores et déjà une nouveauté par rapport à l'articulation entre règle spéciale et règle générale dans la théorie générale du contrat. Pour essayer de comprendre la valeur de cette nouveauté, citons le *Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016* : « Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines

---

<sup>685</sup> V. *supra* n° 287.

<sup>686</sup> Pour une analyse complète de cet adage, v. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009 ; plus récemment, N. Balat, *Essai sur le droit commun*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 2016.

règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation »<sup>687</sup>.

640. La règle selon laquelle le spécial prime le général s'applique toujours quand les règles ont les mêmes finalités : si la règle générale prévue par le Code civil a la même finalité que la règle spéciale prévue par le Code de commerce, alors l'exclusion du Code civil est cohérente. Toutefois, nous avons vu dans le chapitre dédié à la sanction que la finalité du Code de commerce est l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'auteur du déséquilibre et celle du Code civil de réputer non-écrite la clause présente dans un contrat d'adhésion. Conséquemment à ces finalités différentes, l'application du Code civil ne sera pas exclue par une application du Code de commerce en raison de la présence d'un déséquilibre significatif entre professionnels. Mais la vraie question reste posée : le juge pourra-t-il appliquer à son gré l'un ou l'autre des codes ?

641. Des auteurs amènent selon nous une importante clarification : « À vrai dire, l'usage de *Specialia generalibus...* doit se faire avec circonspection à la fois parce que la jurisprudence est parfois opportuniste dans ses choix et à la fois parce qu'il a été montré que l'adage n'a vocation à s'appliquer que lorsque deux règles sont exactement en concours, ce qui met en présence d'une "antinomie" des normes »<sup>688</sup>. Et n'oublions pas le jugement de la Cour d'appel de Versailles du 8 juillet 1994 : « les contrats spéciaux, régis par des dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats, pourvu qu'il n'y ait pas d'incompatibilité entre les dispositions générales »<sup>689</sup>. Ainsi, cela ne se produit que lorsqu'elles ont un objet commun et conduisent à des solutions incompatibles (les deux règles, se saisissant du même problème de droit, visent à régler la même difficulté juridique) ; faute de quoi, comme le disait Carbonnier<sup>690</sup>, « lorsque le droit positif met deux moyens à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul »<sup>691</sup>. Toujours selon Carbonnier, « si le

---

<sup>687</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>

<sup>688</sup> O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 301.

<sup>689</sup> CA Versailles, 8 juillet 1994, v. *supra*.

<sup>690</sup> J. Carbonnier, *RTD civ.*, 1961, p. 333 ; cité par O. Deshayes, *op. cit.*

<sup>691</sup> O. Deshayes et al., *op. cit.*, p. 301 ; V. M. Mekki, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *op. cit.*, p. 11. Selon M. Mekki : « on ne voit pas ce qui pourrait empêcher une partie d'invoquer à la fois l'article 1171 pour obtenir l'éradication de la clause et l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce pour obtenir des dommages et intérêts. Tel est le *modus operandi* envisageable. Mais, et heureusement, le droit n'est pas une science exacte. Encore une fois, la clause abusive sera ce que le juge en dira ».

législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois »<sup>692</sup>.

642. Le choix entre le Code de commerce ou le Code civil se ferait, dans un cas concret, d'abord en vertu de la relation nouée entre les partenaires commerciaux. Trois questions se présentent donc successivement<sup>693</sup> : la première est de procédure, et, plus précisément, concerne la compétence territoriale et le délai de prescription de l'action. Selon l'article D. 442-3 du Code de commerce, « pour l'application de l'article L. 442-6, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1 du présent livre. La cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris ». Sont donc compétentes dans le cas d'une affaire entre professionnel et son partenaire commercial un nombre limité de juridictions, soit huit tribunaux de commerce, huit tribunaux de grande instance, relevant de la seule Cour d'appel de Paris. La deuxième question, elle aussi procédurale, concerne la prescription et est directement liée à la sanction susceptible d'être appliquée dans le cas concret. Comme nous l'avons déjà évoqué<sup>694</sup>, la sanction typique du Code de la consommation, reprise par le droit commun, est le réputé non-écrit, ce qui ne correspond pas à la sanction proposée par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui a quant à lui choisi la nullité de la clause. En cas d'application du réputé non-écrit, cette sanction n'est soumise à aucun délai de prescription : la clause étant considérée comme n'ayant jamais existé, il ne peut pas y avoir de délai de prescription ; au contraire de la nullité, soumise, elle, au délai de prescription de cinq ans, aux termes du nouvel article 2224 du Code civil issu de la réforme du 17 juin 2008. Enfin, la troisième question se réfère à l'étendue du contrôle, dans la mesure où, selon le Code de la consommation (article L. 212-1, alinéa 3)<sup>695</sup> et le Code civil (article 1171, alinéa 2<sup>696</sup>), ce dernier ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation, à la différence du Code de commerce (article L. 442-6, I) où cette limitation n'existe pas. Ce point a été largement discuté en doctrine lors de l'apparition du l'article L. 442-6, I, 2°<sup>697</sup>. Toujours sur la question de l'étendue du contrôle, certains auteurs sont d'avis que le but

<sup>692</sup> J. Carbonnier, *RTD civ.*, 1961, p. 333. cité par O. Deshayes, *ibidem*

<sup>693</sup> Sur cette analyse voir : O. Deshayes, *ibid.*

<sup>694</sup> V. *infra* n° 515.

<sup>695</sup> Article L. 212-1 alinéa 3 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

<sup>696</sup> Article 1171, alinéa 2 : « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

<sup>697</sup> V. M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du code de commerce apporte-t-il des limites à la négociation contractuelle ? », *Contr. conc. consom.*, Dossier 5, 2008, spéc. n° 20 ; M. Behar-Touchais, « De la

du Code de commerce est de prohiber la pratique restrictive de concurrence<sup>698</sup> ; même si d'autres relèvent le fait que la disposition indique une protection en cas de clause créant un déséquilibre significatif<sup>699</sup>.

643. La vraie question qui se pose est donc de savoir laquelle des règles (article 1171 du Code civil ou article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce) est générale ou spéciale. Selon Mme Fenouillet : « On observe d'abord que le texte civil est postérieur aux textes commercial et consommériste, ce qui peut conduire à considérer qu'il est venu ajouter aux droits spéciaux. On observe ensuite l'impasse dans laquelle conduit la recherche de l'intention des auteurs des textes. Il est d'abord difficile de soutenir que le législateur de 2008, en autorisant la sanction des déséquilibres significatifs auxquels un professionnel « soumet ou tente de soumettre » un « partenaire commercial », a entendu fermer toute autre action permettant de sanctionner un déséquilibre : qui songerait à interdire la nullité d'un contrat d'affaires pour défaut de contrepartie réelle et sérieuse ? »<sup>700</sup>.

644. De ce fait la partie pourrait donc choisir l'application cumulative des deux sanctions contre le déséquilibre significatif : le réputé non-écrit qui considère la clause comme inexistante sur le fondement de l'article 1171 et l'engagement de la responsabilité extracontractuelle à titre d'indemnisation sous l'égide de l'article L. 442-6, I, 2°<sup>701</sup>.

## Section II – La diversification des sanctions encadrée

---

sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *RLC*, n° 17, 2008, p. 45 ; M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? », *JCP*, 2008. I. 196, n° 15 ; S. Le Gac-Pech, « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », *Contr. conc. consom.*, Étude 12, 2009, spéc. n° 34 sq. ; R. Saint-Esteben, « L'introduction par la LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, p. 1275, spéc. n° 16 ; V. aussi : CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 13/19251 ; *RTD com.*, 2015, p. 492, obs. M. Chagny ; *D.*, 2016, p. 964, obs. D. Ferrier.

<sup>698</sup> V. M. Behar-Touchais, note Cons. const., déc. 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *RDC* 2011, p. 538 ; E. Gicquiaud : « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2014, p. 267, spéc. n° 12-13 ; *AJ pénal* 2011, p. 191, obs. J.-B. Perrier ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. Fages ; S. Le Gac-Pech, note sous Com. 12 avr. 2016, n° 13-27.712, *RTD civ.*, 2016, p. 618, obs. H. Barbier ; *JCP E*, 2016, p. 1474

<sup>699</sup> V. J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, « Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif », *Contr. conc. consom.*, Étude 14, 2013 ; M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après », *RTD com.*, 2013, p. 500 ; N. Lajnef, « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après, bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *RLC*, n° 39, 2014, p. 171.

<sup>700</sup> D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *Revue des contrats*, n° 02, p. 358.

<sup>701</sup> V. *infra* n° 288.

645. Comme nous l'avons déjà évoqué la sanction contre le déséquilibre significatif peut, en droit français et en droit brésilien, concerner les clauses autant que les contractants. Le choix de la sanction varie en fonction du Code appliqué en l'espèce, tout comme la fonction, dissuasive ou répressive, visée avec cette sanction. Le but ne sera pas dans cette section d'expliquer et d'argumenter à nouveau les sanctions existantes, mais de trouver un encadrement précis à la diversification des sanctions dans chaque ordre juridique<sup>702</sup>. Nous ne proposerons pas forcément de nouvelles sanctions, mais analyserons et tenterons de trouver, parmi le choix des sanctions qui existent en droit français et en droit brésilien, les plus adéquates et mieux à même de préserver l'efficacité du régime de protection des professionnels contre les clauses abusives. Cette analyse traitera donc de la nécessité de renforcer les sanctions déjà existantes (§1) et de la suppression des sanctions considérées comme inadaptées (§2).

#### §1. Le renforcement des sanctions existantes

646. La sanction contre le déséquilibre significatif dans un contrat entre consommateurs ou non-professionnels avec un professionnel ne pose pas de problème en droit français et en droit brésilien. Le réputé non-écrit apparaît en effet comme une sanction efficace dans la lutte contre le déséquilibre. Elle a d'ailleurs été reprise par le droit commun : le Code civil français prévoit désormais lui aussi la sanction du réputé non-écrit dans son article 1171. Le Code de commerce avait quant à lui opté pour la nullité de la clause. Il arrive que les instruments de sanction utilisés par le droit ne soient pas efficaces et aient seulement besoin d'un renforcement pour accorder une protection suffisante aux contractants, soit les professionnels et les consommateurs ou non-professionnels. Cela peut se faire à travers l'utilisation d'un système de gradation (A) ou par une extension de son champ de compétence (B).

##### A. L'utilisation de la gradation

647. Il est possible d'atteindre le but de la sanction – au premier chef l'élimination, puis la prévention du déséquilibre – de la liberté contractuelle et des abus commis par les contractants en graduant ses effets. Citons le nouvel article L. 442-6, III modifié par la loi dite « Macron » : le juge pourra aller jusqu'à « 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques » incriminées. Cette nouvelle disposition confère au juge un grand pouvoir et a de ce fait été critiquée par certains auteurs qui la considèrent « déséquilibrée ». Ainsi, selon Mme Béhar-Touchais, « nous ne sommes pas contre une sanction, fonction du

---

<sup>702</sup> V. *supra* n° 496.

chiffre d'affaires, mais pas dans ces conditions : pas sur la base d'un texte peu clair comme celui sur le déséquilibre significatif, pas sans critère de prononcé de la sanction, pas sans moyen du juge pour la prononcer justement (même si les effets de la pratique ne sont pas une condition de l'incrimination, la Cour de cassation l'a dit expressément le 3 mars 2015, il n'empêche qu'ils peuvent être un élément à prendre en considération pour fixer une sanction, par analogie avec ce qui se passe pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles, qui tient compte de la gravité de la pratique et du dommage à l'économie) »<sup>703</sup>. Le juge français doit donc réfléchir de manière différente selon qu'il s'agit d'un contrat de la grande distribution ou d'un contrat hors grande distribution. En somme, en dehors de la grande distribution, les juges rejettent les demandes arguant d'un déséquilibre significatif<sup>704</sup>, sur le fondement que le contrat a été négocié.

648. Le système de gradation est une innovation de la loi française et peut être un moyen de renforcer la sanction des pratiques abusives dans les contrats entre professionnels et de sanctionner la réitération de ces pratiques abusives. Le droit brésilien devrait appliquer lui aussi ce modèle de sanction contre les clauses abusives présentes dans des contrats entre professionnels.

#### B. L'extension du champ d'application

649. Afin d'envisager une protection efficace contre le déséquilibre significatif, comparons les règles qui sanctionnent les comportements des consommateurs et non-professionnels en relation avec un professionnel avec celles qui punissent les comportements entre professionnels.

650. Les mesures préventives sont très importantes pour assurer l'efficacité de la protection contre les clauses abusives. Le législateur et la doctrine française se préoccupent davantage de la protection des consommateurs, considérés comme la partie vulnérable et faible *par nature*, peut-être au détriment d'autres parties pouvant également être en situation de faiblesse. La vulnérabilité n'est en effet pas seulement liée à un type de contractant. Il importe de toujours rechercher dans le contrat la présence d'un déséquilibre et le chasser. Cela peut se faire d'abord de manière préventive, c'est-à-dire avant même la signature du contrat. Rappelons qu'en droit de la consommation, la prévention contre les clauses abusives se fait aussi grâce aux associations de protection des consommateurs, qui peuvent demander la suppression des clauses

<sup>703</sup> M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *La Semaine Juridique*, Edition Générale, n° 21, doctr., 25 mai 2015, p. 603.

<sup>704</sup> Voir par exemple la jurisprudence : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 janv. 2014, n° 12/07258 ; CA Paris, pôle 5, ch. 11, 17 oct. 2014, n° 12/07622 ; CA Paris, pôle 5, ch. 11, 5 mai 2014, n° 11/23178.

abusives dans de futurs contrats entre professionnels et consommateurs<sup>705</sup>. L'extension du champ d'application des sanctions peut ainsi passer par une intensification de la prévention contre les clauses abusives entre professionnels, avec une analyse préliminaire des contrats d'adhésion.

651. La loi Hamon, qui a autorisé cette protection par les associations de protection des consommateurs dans le Code de la consommation (article L. 621-1), aurait pu intégrer cette modification à l'article L. 442-III du Code de commerce. Le rôle de la Commission des clauses abusives mérite aussi notre attention. Cette commission jouant d'ores et déjà un office très important en droit de la consommation, pourquoi ne pas l'étendre aux contrats d'adhésion (au-delà des contrats de consommation) ?<sup>706</sup> Cette extension pourrait d'ailleurs également s'envisager en droit brésilien, où l'absence de commission exerçant ce type de pouvoirs est assez flagrant et regrettable.

652. En ce qui concerne la répression à proprement parler, une extension du pouvoir du juge en matière de protection des consommateurs contre les clauses de prix qui créent un déséquilibre significatif serait souhaitable. Un pouvoir accru du juge permettrait en effet au consommateur d'agir en révision ou en annulation d'un contrat lésionnaire, mais aussi, sur le modèle de ce qui est prévu dans le Code de commerce français pour la protection des professionnels, de faire supprimer des clauses qui fixent un prix significativement déséquilibré ou injuste. Le système de protection des consommateurs contre les clauses abusives serait dès lors uniformisé et donc plus cohérent, dans la mesure où les professionnels bénéficieraient eux aussi de cette mesure contre les clauses abusives. Comme nous l'avons déjà mentionné, le juge peut contrôler les clauses de prix dans un contrat entre professionnels mais « il ne peut les sanctionner que s'ils sont significatifs, excessifs ; il ne suffit pas que le prix fixé par la clause ne soit pas avantageux pour le professionnel, notamment par rapport aux autres partenaires du distributeur »<sup>707</sup>.

## §2. La suppression des sanctions inadaptées

653. Le système de nullité de clauses prévue dans le Code civil brésilien n'est pas clair, aussi les juges sont-ils obligés de faire appel aux principes généraux de droit pour apporter une solution à un cas concret et pour la conservation du contrat sans la clause abusive : la révision,

---

<sup>705</sup> V. *supra* n° 474.

<sup>706</sup> V. *infra* n° 698.

<sup>707</sup> D. Mazeaud, « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres (Acte II) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 20015, pp. 462-463 (pp. 451-466).



l'intégration du contrat par le juge, la rescision du contrat, les dommages et intérêts, et la sanction classique – la nullité absolue. Le système français compte quant à lui avec trois régimes différents : deux ont opté pour le réputé non écrit et le troisième, semble-t-il, pour l'engagement de la responsabilité civile et le régime de la nullité. « Semble-t-il », car la jurisprudence française est, nous le verrons, parfois capricieuse.

654. Face à cette situation ambiguë, une réponse univoque doit être apportée : écarter les sanctions inadaptées dans chaque système juridique. Nous examinerons de nouveau les dangers de la nullité (A) comparés aux avantages du réputé non écrite (B).

#### A. Les dangers de la nullité

655. Nous expliciterons, avant de proposer un changement nécessaire, surtout dans le système brésilien de sanctions contre les clauses abusives, les raisons qui nous ont conduit à cette réflexion. Le régime de nullité adopté par le droit brésilien est très particulier<sup>708</sup> : le juge déclare la nullité tout en essayant de conserver le contrat si celui-ci garde une « utilité ». Comme nous l'avons déjà expliqué, cela est la conséquence de l'application du principe de la conservation du contrat<sup>709</sup>. Le juge pourra ainsi, dans un cas concret, décider l'application soit de la nullité absolue soit de la nullité relative ; dans ce dernier cas, avec la conservation d'un contrat sans la clause abusive. C'est le cas concret qu'il devra traiter qui guidera les réelles possibilités et l'intérêt de garder ce contrat : avec l'exclusion de la clause – nullité partielle – ou tout le contrat – nullité absolue.

656. Le régime de la nullité, qui existe aussi en droit français, est donc classiquement<sup>710</sup> divisé entre la nullité de plein droit (1) et la nullité partielle (2).

##### 1. La nullité de plein droit

657. La nullité absolue est une mesure brutale, parfois radicale, et ne correspond pas à un système juridique moderne<sup>711</sup>. Le droit brésilien, essayant de donner une tonalité plus adéquate

<sup>708</sup> V. *supra* n° 525.

<sup>709</sup> V. *supra* n° 538.

<sup>710</sup> Pour les différences entre l'une et l'autre en droit français, v. P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, (A. Weil Préface), Paris, LGDJ, 1969. En droit brésilien, v. A.-J. de Azevedo, *Negócio jurídico*, São Paulo, Saraiva, 3<sup>e</sup> éd., 2000, spécialement p. 24 ; J.-C. Barbosa Moreira, « Invalidade e ineficácia do negócio jurídico », *Revista de Direito Privado*, São Paulo, RT, n° 15, 2003, p. 226 ; F.C. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 1, São Paulo, RT, 4<sup>e</sup> éd., 1983 ; introduction, n° 9, p. XX.

<sup>711</sup> V. T. Genicon : « Le développement des phénomènes d'invalidation partielle du contrat témoigne sans conteste d'un progrès et d'un raffinement du système juridique. Le temps n'est plus où la sanction de la formation du contrat rimait exclusivement avec sa nullité totale, mesure brutale et jugée trop radicale dans certains cas. »,

à cette sanction, a décidé de mettre à disposition des juges des instruments diversifiés pour l'éviter ; comme les principes de l'utilité, de la conservation ou encore de la fonction sociale du contrat. Néanmoins, et malgré cette tentative « d'allègement » de la formule de la nullité totale, le législateur brésilien a clairement choisi la sanction de la nullité de plein droit pour punir la présence d'une clause abusive dans un contrat ; que ce dernier soit de consommation ou d'adhésion. Selon l'article 51 du Code de la consommation brésilien : « sont nulles de plein droit [...] les clauses contractuelles relatives... » ; de plus, d'après l'article 424 du Code civil brésilien : « dans les contrats d'adhésion, sont nulles les clauses qui stipulent la renonciation anticipée de l'adhérent à un droit résultant de la nature de l'affaire ».

658. Or, ce choix théorique du législateur brésilien n'est pas efficace. L'article 51 du Code de la consommation liste sur quinze alinéas des exemples de clauses considérées comme abusives. Il existe néanmoins une possibilité exceptionnelle d'autorisation du juge par les parties de procéder à l'adaptation de ce type de clause par sa modification ou sa révision permettant, par conséquent, que le contrat soit maintenu (§2 de l'article 51 : « La nullité d'une clause contractuelle abusive n'invalide pas le contrat, sauf si son absence, malgré les efforts d'intégration, conduit à une charge plus excessive pour les parties »). Dans le cas d'un contrat d'adhésion, le système de la nullité totale s'applique donc et le juge pourra, encore une fois et selon le cas concret, décider de conserver le contrat en ôtant seulement la clause considérée comme abusive (article 170 du Code civil<sup>712</sup> et principes cités *supra*)<sup>713</sup>. Il est également possible, au Brésil, de modifier le contenu contractuel en vertu de l'article 184 du Code civil : « respectant l'intention des parties, l'invalidation partielle d'un acte juridique ne portera pas atteinte à sa partie valable si celle-ci peut en être détachée ; l'invalidation de l'obligation principale implique celle des obligations des ces dernières n'entraîne pas celle de l'obligation principale ». Ainsi, selon le principe *utile per inutile non vitiatur*, s'il est possible de détacher la partie nulle d'un contrat du reste de son contenu, une mesure répressive pourra être adoptée pour le « sauver ». L'article 184 du Code civil brésilien rappelle cependant qu'il faut « respecter l'intention des parties ».

659. Conséquence d'une absence de protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives et en raison de l'application non uniforme - parfois du droit de la

---

« De la nullité partielle à la clause réputée « partiellement » non-écrite », *Revue des contrats*, n° 4, 1<sup>er</sup> octobre 2010, p. 1199.

<sup>712</sup> Article 170 du Code civil : « Si, pourtant, l'acte juridique nul contient les conditions d'un autre, celui-ci subsistera ... ».

<sup>713</sup> Spécialement l'article 421 : « La liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat ».

consommation, parfois du droit commun pour la protection des professionnels -, l'équité est très présente en droit brésilien ; lorsque le juge est autorisé à recourir à cette notion ou lorsqu'il adapte de sa propre initiative le droit au regard de ce principe pour régler un cas concret. La technique est très utilisée par le juge brésilien dans la protection contre les clauses abusives. En ce qui concerne l'intégration, un auteur brésilien la définit comme « l'opération par laquelle la clause abusive est remplacée par des règles du droit commun des contrats afin de maintenir l'efficacité de la relation entre les parties »<sup>714</sup>.

660. Tel est l'enjeu délicat de la question de la protection de la partie faible ; sachant que le professionnel peut lui aussi être la partie faible dans une relation entre professionnels mais ne sera jamais un consommateur, car le consommateur est défini dans le Code de la consommation comme la personne physique ou morale qui acquiert ou utilise un produit ou un service comme destinataire final<sup>715</sup>. S'inspirer de la protection du droit de la consommation n'est pas la même chose que d'utiliser les outils de ce droit de protection spécifique pour traiter une relation dans laquelle le sujet destiné à être protégé par ce droit ne se retrouve pas.

661. Certes la nullité est dangereuse et peut signifier la mort du contrat, effet périlleux pour les parties. Le juge n'a néanmoins pas toujours d'autre solution que le recours à cette sanction. Par exemple, en France, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence<sup>716</sup> a décidé dans un jugement rendu le 25 juin 2008, qu'il y avait lieu, compte tenu du nombre et de l'importance des clauses abusives dans le contrat en question, de prononcer l'annulation du contrat. Cette mesure relève néanmoins de l'exception et devrait être suivie par le droit brésilien : au lieu de la nullité totale comme règle absolue de son système juridique, le droit brésilien pourrait avoir recours à d'autres sanctions plus adéquates pour « effacer » une clause qui crée un déséquilibre significatif. Nous considérons certes que la nullité de plein droit est dangereuse ; mais bien évidemment la nullité totale du contrat reste le recours face à l'impossibilité de sa conservation avec le retrait de la clause abusive. Cela est bien différent que d'opter pour la nullité absolue par principe comme unique sanction ; ce serait un recours exceptionnel.

662. Le problème du droit brésilien réside donc en ce qu'il prévoit des règles de protection de la partie faible, mais les applique de façon désorganisée et injustifiée. Par exemple, il applique la sanction de la nullité de plein droit prévue pour les consommateurs à un

---

<sup>714</sup> H.-T, Junior, *Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 29.

<sup>715</sup> Même si cette définition est vaste, nous adoptons ici la théorie finaliste qui nous semble la plus appropriée, v. *supra* n° 257.

<sup>716</sup> CA Aix-en-Provence 25 juin 2008, n° 05-21733 : RJDA 2009 n° 143.

contrat entre professionnels. Or, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'une sanction adéquate et articulée avec le système juridique moderne, et même pour les consommateurs<sup>717</sup>. Le contrat doit pouvoir être maintenu après la « suppression » de la clause considérée comme abusive, en application de la législation et non selon l'arbitrage du juge. La sanction de la nullité de plein droit doit donc être remplacée soit par une nullité partielle soit par le réputée non écrite.

## 2. La nullité partielle

663. La nullité partielle est très proche<sup>718</sup> du réputée non écrite : dans les deux cas, le contrat est maintenu sans la clause. Il existe pourtant des différences procédurales – de prescription et de mise en œuvre – entre ces deux sanctions : la nullité requiert l'intervention du juge tandis que le réputée non écrite n'a pas besoin d'être prononcé en justice<sup>719</sup>.

664. La nullité partielle est prévue, avec engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'acteur du déséquilibre, par le Code de commerce pour sanctionner le déséquilibre dans un contrat entre professionnels (article L. 442-6, III). La Cour d'appel de Paris<sup>720</sup> a toutefois affirmé dans un jugement assez étrange que la sanction applicable en présence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations était la responsabilité et non la nullité. Selon la Cour d'appel de Paris en effet, « le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...] n'est sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts et non par la nullité de la stipulation contestée ». Cette décision a été à juste titre qualifiée par un auteur d'« illégitime et inopportune »<sup>721</sup>.

<sup>717</sup> Il faut cependant reconnaître les vertus du droit brésilien, par exemple la possibilité des juges de déclarer *ex officio* la nullité d'une clause abusive dans un contrat de consommation, v. *supra* n° 380.

<sup>718</sup> Voir les différences détaillées par S. Gaudemet, *La clause réputée non-écrite*, Paris, Economica, 2006, n° 89 sq. Cependant certains auteurs ne distinguent pas entre ces deux sanctions : V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2011, spéc., n° 721.

<sup>719</sup> « Mais cette différence théorique perd beaucoup de sa force en pratique. En effet, de deux choses l'une : ou il n'y a pas de différend entre le professionnel et son cocontractant sur la valeur de la stipulation, et le premier acceptera alors qu'elle ne soit pas appliquée entre eux ; ou il existe un différend entre les parties et le second devra recourir au juge qu'il agisse sur le fondement du caractère abusif ou nul de la clause ». V. C-M Peglion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Paris II, 2013.

<sup>720</sup> V. CA Paris, 6 septembre 2016, n° 15/21026, *LPA*, octob. 2016, n° 215, p. 6, C. Grimaldi.

<sup>721</sup> V. C. Grimaldi, « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, n° 1, 1<sup>er</sup> mars 2017, pp. 86 sq. La sanction est selon l'auteur *illégitime* car « en prévoyant la nullité de certaines clauses ou contrats énumérés à l'article L. 442-6, II, du Code de commerce, c'est qu'*a contrario* ne le sont pas celles et ceux mentionnés à l'article L. 442-6, I, du Code de commerce. Pourtant, rien ne commande d'interpréter un texte *a contrario* plutôt que par analogie ... [et *inopportune* parce que] si une clause créant un déséquilibre significatif, bien qu'illicite – ce qui n'est pas contesté –, n'est pas nulle ni même réputée non-écrite, elle sera maintenue dans le contrat nonobstant la sanction de son auteur. Autrement dit, son auteur réparera le préjudice subi par la victime, mais profitera toujours du bénéfice de cette clause. On imagine sans peine les difficultés qui s'ensuivront... ».

665. Au-delà de la critique de ce jugement de la Cour d'appel de Paris qui décide de son propre chef que la nullité ne s'applique pas à un contrat entre professionnels, la question principale reste la suivante : si le Code de la consommation, suivi par le Code civil français, a choisi le réputée non écrite comme sanction adéquate contre le déséquilibre significatif, alors pourquoi le Code de commerce a-t-il quant à lui décidé de priver les professionnels de cette sanction ? Le droit français manque donc de cohérence s'agissant du régime de sanction visant à chasser la clause abusive et à essayer de sauver le contrat.

#### B. Les avantages du réputée non écrite

666. Le réputé non écrit classique du droit français<sup>722</sup> a déjà été très étudié par la doctrine française<sup>723</sup> et a été sans surprise choisi par le législateur pour sanctionner le déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion (article 1171 du Code civil). Cette notion reste pourtant inconnue en droit brésilien. C'est pourquoi nous pensons pertinent de réfléchir à la proposition de changement, en droit brésilien, de la sanction appliquée dans le cas de la présence d'un déséquilibre significatif ; que ce soit dans un contrat d'adhésion ou dans un contrat de la consommation. Le réputé non-écrit est certes sur certains aspects problématiques<sup>724</sup> mais il reste pour nous la sanction la plus adaptée dans la lutte contre le déséquilibre significatif entre professionnels ou entre consommateurs et professionnels, car « le contrat infecté d'une clause abusive remplit les conditions requises pour sa validité. Simplement, son contenu est déséquilibré au détriment de l'une des parties. Par conséquent, la sanction de ce déséquilibre ne devrait pas être la nullité, qu'elle soit totale ou partielle, mais l'éradication pure et simple de la clause, le rôle du juge devant demeurer mineur en la matière »<sup>725</sup>.

667. Malgré les évolutions et avancées du droit brésilien concernant la protection de la partie faible, il est temps de réfléchir à l'adoption du modèle français qui répute non-écrites les clauses abusives dans un contrat entre un consommateur et un professionnel. En effet, le Code de la consommation brésilien devrait adopter, sur le modèle du Code de la consommation français, un système répressif contre les clauses abusives. Le système brésilien de protection des consommateurs, qui continue de considérer les clauses abusives « nulles de plein droit », peut

<sup>722</sup> V. *supra* n° 515.

<sup>723</sup> S. Gaudemet, *La clause réputée non-écrite*, Paris, Economica, 2006 ; N. Sauphanor-Brouillaud, « *Traité de droit civil* », in *Les contrats de consommation. Règles communes* (J. Ghestin, dir.), Paris, LGDJ, 2012, n° 635 sq.

<sup>724</sup> La clause insérée dans un contrat peut avoir par exemple « l'apparence de la légalité aux yeux du profane ». V. J. Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 », *JCP G*, I, 3854, n° 16.

<sup>725</sup> J.-D. Pellier, « Retour sur le domaine et la sanction des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *Petites affiches*, n° 116, 10 juin 2016 p. 12.

porter préjudice aux consommateurs eux-mêmes. En effet une fois les clauses abusives « éliminées » du contrat, celui-ci devrait rester valable, même sans lesdites clauses qui le contaminaient<sup>726</sup>. Or, par souci de protéger le faible, le droit brésilien actuel peut verser dans un radicalisme parfois exacerbé et préjudiciable. La nullité totale du contrat en vertu de la présence d'une clause abusive n'est en effet pas toujours en accord avec le souhait du contractant faible : « *Qui trop embrasse mal étreint* ».

668. Ce choix du réputé non-écrit serait aussi souhaitable en droit français pour éviter le manque de cohérence de la jurisprudence, qui tantôt applique la nullité du contrat, tantôt ne reconnaît pas sa possibilité comme sanction. Citons à cet égard le jugement du 12 décembre 2012 de la Cour d'appel de Rouen<sup>727</sup> : « la clause octroyant au seul donneur d'ordre une faculté de résilier le contrat pour convenance et sans indemnité introduit dans la convention un déséquilibre des relations et doit être déclarée non écrite comme étant contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du Code de commerce ». Dans un autre arrêt, la Cour d'appel de Paris<sup>728</sup> a appliqué la sanction du réputé non-écrit sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : la stipulation litigieuse « doit [...] être réputée non écrite par application de l'article L. 442-6-I, 2° du code de commerce ».

669. Ces jugements<sup>729</sup> témoignent du choix d'appliquer la sanction choisie par le Code de la consommation, à savoir le réputé non-écrit. Ce choix n'est cependant pas si clair dans la mesure où l'article L 442-6, I, 2° n'énonce pas littéralement cette sanction. Les décisions que nous avons citées indiquent donc quel devrait être le choix cohérent de la source d'inspiration du droit de la concurrence français s'agissant de la protection contre le déséquilibre significatif et renforce l'analogie entre le Code de la consommation français et le Code de commerce.

670. Au-delà du choix souhaitable de la clause réputée non-écrite par le Code de commerce en droit brésilien, il serait utile de renforcer cette sanction par la possibilité d'une

<sup>726</sup> V. Fradera, « Ineficacia das clausulas abusivas no sistema brasileiro doCodigo de defesa do consumidor, uma abordagem classica », *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, n° 43, juill./sept. 2012, pp. 316-324.

<sup>727</sup> CA Rouen, 12 décembre 2012, n° 12/01200, *Azuki c/ Sté Sofresid Engineering* : JurisData n° 2012-033564. V. note N. Mathey, « Sanction du déséquilibre significatif », in *Contrats Concurrence Consommation*, Mai 2013, n° 5, comm. 117.

<sup>728</sup> CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674. V. note M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après », in *RTD Com*, 2013, p.500.

<sup>729</sup> V. d'autres décisions qui ont appliqué la sanction du réputé non-écrit dans l'hypothèse de la présence d'un déséquilibre significatif aux termes de l'article L. 442-6, I, 2°: V. CA Nîmes, 10 mars 2011, *RLDC* 2011, n° 3, p. 140, obs. M. Chagny ; Nîmes, 25 févr. 2010, *RLDC* 2010, n° 4, p. 146, obs. M. Chagny ; CA Paris, 12 févr. 2010, *RLDC* 2011, n° 3, p. 132, obs. J.-L. Fourgoux ; CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, *SAS Valensi et Paris*, *RLDC* 2011, n° 3, p. 133, obs. J.-L. Fourgoux ; CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, *Accorequip*, *RLDC* 2011, n° 3, p. 135, obs. J.-L. Fourgoux.

amende administrative énoncée par le juge, comme cela existe déjà en droit français<sup>730</sup>. Les avantages du réputé non-écrit sont donc bien plus importants que la seule conservation du contrat, notamment son caractère automatique : l'intervention du juge n'est pas nécessaire pour la reconnaissance d'une clause comme réputée non écrite, celle-ci opérant de « plein droit »<sup>731</sup>.

### Conclusion – La délimitation des systèmes de protection existants

671. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats français a donc introduit un article de protection générale contre le déséquilibre significatif. Pourtant, cette disposition n'a pas le pouvoir d'abroger les dispositions anciennes prévues dans le Code de la consommation (article L. 212-1) et dans le Code de commerce (article L. 442-6, I, 2°). Ces trois codes coexistent donc en ce qui concerne la protection contre le déséquilibre significatif. Cette coexistence est-elle pacifique ? Nous avons tenté de délimiter le champ d'application de chaque code mais il appartient à la jurisprudence d'être prudente, dans chaque cas d'espèce, quant au choix de la protection à appliquer.

672. Selon un auteur, « pour dire les choses directement : on doit s'attendre à des années de contentieux pour déterminer qui est en droit d'en réclamer l'application. Le sésame sera évidemment la qualification de “contrat d'adhésion” puisque c'est le critère finalement adopté par le texte. Mais une fois cette timbale décrochée, toute difficulté ne sera pas levée pour autant car il restera à savoir si le texte ne pourra pas être évincé par l'application des dispositions spéciales que sont les articles L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce »<sup>732</sup>. Si les contrats d'adhésion sont nécessaires, ils ne sont pour autant pas exempts de dangers : l'absence de négociation qui les caractérise doit être encadrée sans toutefois dénaturer leur essence, l'adhésion.

673. En droit brésilien, les juges, faute de protection spécifique contre les clauses abusives, n'ont pas toujours été prudents et ont souvent appliqué le Code de la consommation, y

<sup>730</sup> V. *infra* n° 565.

<sup>731</sup> S. Gaudemet : le réputé non-écrit est « une sanction qui opère d'elle-même. Le “détour” par le juge n'est pas nécessaire ; le réputé non-écrit n'a pas besoin du juge pour que la clause litigieuse soit privée de valeur obligatoire. Doit ainsi être réhabilitée, avec la notion étudiée, un régime juridique que l'on pouvait penser disparu du droit français depuis que s'est accréditée l'idée que la théorie des nullités serait nécessairement celle d'une nullité judiciaire. Ce régime est celui d'une sanction qui produit ses effets de plein droit ». *op. cit.*, n° 142.

<sup>732</sup> O. Deshayes et al, *op.cit.*, p. 300.

compris à des relations contractuelles entre professionnels. Le droit brésilien doit accélérer son évolution et le droit français procéder à quelques améliorations.

### 2.2.2 L'inspiration des systèmes de protection étrangers

674. Le vocable « inspiration » vient « du latin *in-spirare* “insuffler”, souffle susceptible d’emplir et d’animer l’âme ou l’esprit, ou idée qui illumine l’esprit. La notion sollicite la réflexion, non seulement comme objet dont la philosophie a cherché à rendre compte depuis l’Antiquité, mais aussi comme expérience vive de certains philosophes »<sup>733</sup>. Relevons que « Descartes attribue trois de ses rêves à l’esprit de vérité qui avait voulu lui ouvrir les trésors de toutes les sciences par ce songe et y voit une préfiguration de sa vie à venir »<sup>734</sup> ; Rousseau, quant à lui, à la lecture du sujet proposé par l’Académie de Dijon, est saisi d’« *une inspiration subite* » qui l’incite à composer le *Discours sur les sciences et les arts* et décide de son devenir »<sup>735</sup>. La conception de l’inspiration « requiert donc qu’on s’attache à comprendre avec rigueur comment la rationalité se nourrit et s’inspire de ce qui la déborde et la fonde »<sup>736</sup>. Enfin, débordant de rationalité et messagères des Dieux dans les mythologies grecque et latine, les neuf muses insufflent à qui sait les écouter, au poète dès lors « inspiré », les mots et la voix des Dieux.

675. Le droit peut aussi *s’inspirer* de mouvements divers pour répondre à des questions multiples. Le droit se tient souvent à la croisée de la politique et de l’économie, puisque les normes juridiques sont normalement *in fine* formulées en réponse à des problématiques économiques, sociales et politiques. Le droit peut tout aussi bien *s’inspirer* de systèmes étrangers que d’autres matières internes.

676. En matière de protection des professionnels contre les clauses abusives, une théorie générale a émergé de l’inspiration du droit spécial ; du droit de la consommation ou du droit de la concurrence. De la même manière, une inspiration peut migrer d’un pays à un autre ou d’une culture juridique à une autre. Nous analyserons dès lors les inspirations réciproques possibles

<sup>733</sup> M. Massin, *Grand dictionnaire de la philosophie*, (M. Blay dir.), Paris, Larousse, 2012, p. 588.

<sup>734</sup> R. Descartes, « Olympiques », récit de Baillet, in *Œuvres philosophiques*, 1618-1637, t. I, pp. 53-61, Paris, Garnier, 1963 (cité par M. Massin, *ibidem*)

<sup>735</sup> J.-J. Rousseau, « Lettre du 12 janvier 1762 à M. de Malesherbes », in *Les Confessions*, Livre VIII (cité par M. Massin, *ibid.*).

<sup>736</sup> M. Massin, *ibid.*



entre le système de protection contre le déséquilibre significatif français et la protection contre les clauses abusives brésilienne.

677. On pourrait alors aborder une « réception des droit étrangers »<sup>737</sup>, sans prétendre pour autant à une réflexion exhaustive sur le sujet. Nous imaginerons ainsi que le droit français et le droit brésilien peuvent s'inspirer mutuellement. Par ailleurs, on évoquera essentiellement une inspiration de(s) source(s) étrangère(s) de protection des professionnels contre les clauses abusives, sans prétendre à une « réception globale d'un droit étranger »<sup>738</sup>. L'ordre juridique reflète les engagements politiques, les contradictions économiques, les contrastes mais aussi l'harmonie sociale, les convictions morales, religieuses et surtout, en dernier ressort, les idéologies dominantes d'un pays ; autrement dit, le droit est le miroir de la société qu'il régit. Or, force est de constater une interaction entre les politiques de protection contre le déséquilibre significatif et la défense de la concurrence ou entre la protection du marché et la défense du faible. Comment donc concilier l'inconciliable ?

678. Pour essayer de répondre à cette question, on fera des propositions d'ordre institutionnel (Section I) et matériel (Section II).

### Section I – L'amélioration institutionnelle

679. Nous rechercherons une amélioration institutionnelle dans les deux pays, plus précisément concernant le régime de protection des professionnels contre les clauses abusives. Il est possible, pour ce faire, d'importer des modèles existants en France et au Brésil. Il s'agit ainsi de réfléchir sur le régime de protection des professionnels contre les clauses abusives de chacun des pays et de le comparer à la légitimité socio-économique du dispositif prévu dans l'autre pays, afin d'en extraire les éléments utiles susceptibles d'être exportés. La France pourrait ainsi s'inspirer de la figure du *Procon* brésilien, organisme dédié à la protection contre les clauses abusives (§1) ; tandis que le Brésil gagnerait à importer le modèle de la Commission française contre les clauses abusives (§2).

---

<sup>737</sup> Sur la réception des droits étrangers, v. : A.B. Schwarz, « La réception et l'assimilation des droits étrangers », *Recueil Lambert*, T. II, pp. 581-592 ; I. Zajtay, « La réception globale des droits étrangers », in *Études de droit contemporain*, Paris, Editions de l'Épargne, pp. 31-40.

<sup>738</sup> V. I. Zajtay, *ibidem*, p. 34-35 : Selon l'auteur, la réception globale d'un droit étranger « a souvent été la conséquence directe de l'occupation ou de la colonisation » ; elle représente « un problème d'ordre sociologique ».

## §1. L'importation d'un modèle brésilien en France : Le *Procon*

680. Nous soulignerons pour commencer la difficulté à importer un modèle dans un pays dont la tradition civiliste a inspiré le monde entier<sup>739</sup>. Comme nous l'indique à cet égard un auteur français, « le problème de l'évolution pour un corps de droit, suivant une remarque de Tarde, n'est pas seulement de s'accorder avec lui-même, mais encore de s'adapter à une société qui ne s'accorde pas toujours avec elle-même »<sup>740</sup>. Ainsi le droit doit-il être en constant mouvement et changement afin de s'adapter aux nécessités de la société. Si nous retenons l'idée de l'importation d'un modèle issu d'un autre système juridique, il importe d'abord de bien connaître la société et le droit d'où provient ce modèle avant d'étudier la possibilité de son application à une autre réalité.

681. La société brésilienne est marquée par une tradition qui, depuis les années 1990, tente de concilier un caractère individualiste traditionnellement attribué au droit privé à une fonction sociale affirmée dans le droit privé dit « solidaire » ; celui qui émerge de la Constitution brésilienne de 1988 qualifiée de « constitution citoyenne ». Dans ce contexte, le droit privé au Brésil est conçu, adapté et appliqué par certains juges afin de reconnaître l'existence de la faiblesse de certains statuts sociaux.

682. Nous nous proposons de réfléchir sur l'institution de défense des consommateurs au Brésil, appelée *Procon*, mais également sur le système auquel appartient cette institution : le Système National de Défense du Consommateur (SNDC)<sup>741</sup>. Ces organes jouent un rôle très important dans la protection des consommateurs brésiliens et cela se vérifierait encore davantage avec la possibilité d'une extension de cette protection aux professionnels (A) et l'adoption d'un même système préventif de solution des conflits en France (B).

### A. Les améliorations à apporter

683. Le *Procon* a fait l'objet d'une étude dans le titre précédent<sup>742</sup>. Rappelons qu'il s'agit ici d'un modèle d'entité administrative (plusieurs *Procons* répartis sur tout le territoire brésilien) très important dans la mesure où les consommateurs, surtout ceux qui n'ont pas les moyens

<sup>739</sup> V. E. Agostini, « La circulation des modèles juridiques », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42 n° 2, avril-juin 1990, pp. 461-467 : « La France n'a donc pas fermé ses frontières aux modèles étrangers, mais, quantitativement, les importations qu'elle a faites ont surtout été ponctuelles avec de faibles droits de douane aux allures d'adaptation ». V aussi : I. Zajtay, « Les destinés du Code civil », *revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 792-810.

<sup>740</sup> M. Dijol, *La nullité des contrats lésionnaires*, Thèse, Paris, Recueil Sirey, 1918, p. 42.

<sup>741</sup> V. *supra* n° 485.

<sup>742</sup> V. *supra* n° 484.

d'aller devant un juge, y trouvent une protection efficace contre les clauses abusives. Or, on peut imaginer que de la même manière que la majeure partie des consommateurs brésiliens, certains professionnels, particulièrement ceux qui se retrouvent dans une situation de dépendance, ne vont pas facilement devant le juge pour réclamer la résolution de leurs conflits contractuels. Les *Procons* constitueraient par conséquent un accès possible à la protection contre les clauses abusives dans un contrat entre professionnels. C'est bien pour cela que le temps est venu pour le Brésil d'institutionnaliser cette protection contre toute clause abusive existante dans les contrats d'adhésion.

684. Il existe au Brésil 27 *Procons*, un par État de la fédération brésilienne et d'autres sont présents dans certaines grandes agglomérations. Les *Procons* de chaque État sont compétents pour planifier, coordonner et exécuter la politique de protection et de défense du consommateur.

Or, une municipalisation du système de protection des consommateurs au Brésil est essentielle pour le succès des travaux du Système national de défense des consommateurs (SNDC). Cette municipalisation améliorerait l'efficacité de la protection des citoyens brésiliens par une réponse adéquate et rapide à des situations qui nécessitent une attention plus particulière. Une grande partie des contrats qui sont soumis à l'appréciation des *Procons* est liée à la santé (mutuelles, complémentaires santé), à l'éducation (contrats pour intégrer un établissement privé d'éducation) et à la sécurité (publicité trompeuse), etc...

685. Le *Procon* apporte au sein des villes une agilité accrue et permet ainsi une interaction plus effective avec d'autres organismes et institutions locales, comme les membres du parquet et les procureurs ; d'autant plus que des moyens de communication spécialisés et dédiés sont à la disposition des citoyens : chaque *Procon* communique en effet directement avec la justice judiciaire et administrative afin que le problème soulevé par le consommateur soit traité efficacement et rapidement. Les *Procons* constituent à ce titre une sorte d'intermédiaire entre la justice et le professionnel au bénéfice du consommateur qui, de ce fait, se voit déchargé de toute démarche. Dans l'État de Sao Paulo et durant la seule année 2014, le *Procon* a reçu 580.350 demandes, dont 89 % ont été traitées avec succès au bénéfice du consommateur<sup>743</sup>.

686. La création d'un organisme de protection des consommateurs au niveau municipal est donc fondamentale pour l'exercice continu du droit à la citoyenneté, prévu dans la Constitution fédérale brésilienne. Une fois cette autonomie municipale accrue, il serait aussi

---

<sup>743</sup> V. *supra*, n° 487.

souhaitable que le champ d'action des *Procons* soit plus vaste et non limité aux contrats de consommation. La compétence des *Procons* devrait en effet être étendue au-delà des contrats de consommation afin de sanctionner de façon efficace tous les contrats qui présentent un déséquilibre significatif entre les parties. La création des *Procons* dans chaque ville pourrait également permettre des actions préventives : informer, orienter et former les citoyens, consommateurs ou professionnels, mais également mener des études et des enquêtes sur leurs relations.

687. Cette présence dans les villes permettrait également la constitution d'un fonds municipal pour la défense des droits collectifs. La création de ce fonds est d'ailleurs mentionnée dans la loi brésilienne n° 7.347 du 24 juillet 1985<sup>744</sup> et prévue dans le Code de la consommation brésilien<sup>745</sup>. Enfin, le montant provenant des amendes constituerait une source sûre et pérenne pour le financement des projets socialement pertinents dans chaque ville. Ainsi, le tribunal de l'État de Minas Gerais a-t-il, dans une affaire très récente, confirmé le jugement selon lequel une mutuelle privée avait été condamnée au paiement de 15 000 euros en raison de son refus de prendre en charge le traitement du contractant qui avait besoin en urgence d'un valve cardiaque artificielle<sup>746</sup>. Un exemple de la compétence importante du *Procon* dans la protection des consommateurs.

688. Nous envisageons donc une évolution des *Procons* existants au Brésil selon deux grands axes : le premier consiste en l'implantation des *Procons* au sein de chaque grande ville selon le ratio *taille de la ville sur nombre d'habitants* ; notre deuxième axe serait une extension de la compétence des *Procons* à la protection des professionnels. Cette extension serait facilitée par la création d'un dialogue efficace entre le Système National de Défense du Consommateur (SNDC) et le Système Brésilien de Défense de la Concurrence (SBDC)<sup>747</sup> afin, dans un premier temps, de diffuser la connaissance des concepts et des différentes stratégies, et dans un deuxième temps de permettre une participation accrue de la société à la promotion de la concurrence au Brésil.

<sup>744</sup> Loi n° 7.347 du 24 Juillet 1985 : « Discipline l'action civile publique pour engager la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement, le consommateur » ; spécialement l'article 13 de ladite loi.

<sup>745</sup> Le décret n° 1306 du 9 novembre 1994 règlemente le fond pour la défense des droits collectifs.

<sup>746</sup> V. *Apelação cível n° 1.0702.15.039747-0/001*, 24 mars 2017 - *comarca de uberlândia - apelante(s) : unimed belo horizonte cooperativa de trabalho médico ltda - apelado(a)(s): município de uberlândia* : « amende appliqué par le *Procon* – montant raisonnable – sanction – clause abusive – abus ».

<sup>747</sup> V. *supra* n° 278 : le Système Brésilien de Défense de la Concurrence est une juridiction administrative chargée de l'enquête et de la poursuite des pratiques anticoncurrentielles sur l'ensemble du territoire.

689. Le système brésilien, amélioré par ces changements, ne pourrait-il pas être aussi envisagé dans le système français de protection contre les clauses abusives ?

#### B. Le système global à importer

690. Le droit français, « trop imprégné des principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté pour instituer un contrôle à la fois général et contraignant »<sup>748</sup>, a semblé pendant un temps moins ouvert à un contrôle *a priori* des clauses abusives. Il donne aujourd'hui des signes en faveur d'une volonté de changement, mouvement confirmé par la réforme du droit des contrats qui a modifié le Code napoléon (avec le nouvel article 1171 du Code civil)<sup>749</sup>, avec l'adoption des actions collectives de protection des consommateurs<sup>750</sup> ou encore par l'institution de l'effet *erga omnes* des solutions rendues par les juges de première instance en matière de clauses abusives<sup>751</sup>

691. Il pourrait donc être envisageable, dans le but d'éviter la surcharge du pouvoir judiciaire français, d'instaurer des institutions similaires aux *Procons* brésiliens en France. Ainsi, au-delà de l'association privée « UFC-Que Choisir »<sup>752</sup> et d'autres associations de protection des consommateurs moins connues, pourrait-on imaginer une institution publique de conciliation et de médiation des litiges qui œuvrerait aussi à la résolution des problèmes liés aux contrats d'adhésion<sup>753</sup>. Par ailleurs on éviterait également de ce fait une surcharge des juges grâce à la prévention des actions judiciaires au moyen de la conciliation<sup>754</sup>.

<sup>748</sup> H. Bricks, *Les clauses abusives*, (J. Calais-Auloy, préf.), Paris, LGDJ, 1982, p. 136.

<sup>749</sup> V. *supra* n° 562.

<sup>750</sup> V. *supra* n° 476.

<sup>751</sup> V. *supra* n° 356.

<sup>752</sup> Selon son site Internet, cette association est une « association à but non lucratif créée en 1951, doyenne des associations de consommateurs d'Europe occidentale. L'UFC-Que Choisir est au service des consommateurs pour les informer, les conseiller et les défendre ». Son action se fait essentiellement par la comparaison des produits en vue de mettre en avant les plus performants, par des forums permanents, la comparaison des prix des produits, des dossiers d'investigation, des enquêtes de terrain ... Source : <https://www.quechoisir.org/page-ufc-que-choisir-qui-somme-nous-n14333/>.

<sup>753</sup> Certes il existe en France un compromis pour la médiation : La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) s'est engagée, depuis 1995, dans le développement de la médiation au service des entreprises (V. « Les rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Transposition en droit français de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », *Synthèse du rapport* de F. Brunet, 3 février 2011, <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/mediation-synthese-bru1102.pdf>). Cependant il ne s'agit pas d'un moyen spécifique pour la protection contre les clauses abusives, le médiateur perçoit une rémunération.

<sup>754</sup> Il convient d'ailleurs de mentionner les condamnations de la France par la CEDH sur la lenteur de la justice. Selon l'article 6 la Convention Européenne des Droits de l'Homme, « toute personne a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ».

692. Or, telle est l'évolution ardemment appelée par le droit français : la volonté de désengorger les tribunaux est au cœur de la réforme du droit des obligations de 2016<sup>755</sup> et de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>756</sup>. Cette dernière a ainsi créée, entre autres, une nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel dite « extrajudiciaire » – nouvel article 229-1 du Code civil<sup>757</sup>, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017<sup>758</sup>. La nouvelle rédaction de l'article 1528, issue du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, du Code de procédure civile dispose : « Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats ». L'esprit de cet article est repris par le Code de la consommation qui encourage les modes alternatifs de résolution des conflits : l'article L. 133-4 issu de la loi du 17 mars 2014 dispose en effet : « Lors de la conclusion de tout contrat écrit, le consommateur est informé par le professionnel de la possibilité de recourir, en cas de contestation, à une procédure de médiation conventionnelle ou à tout autre mode alternatif de règlement des différends ».

693. Dans le droit de la consommation français, les règles de compétence essayent de privilégier les modes alternatifs de résolution des conflits. Mais face à la difficulté de leur mise en œuvre, ces règles ne sont pas effectives. Sont certes prévus la médiation, la conciliation, la

---

<sup>755</sup> Cette volonté de voir évoluer le droit dans le sens d'un désengorgement des tribunaux se lit à plusieurs reprises dans le *Rapport au Président de la République*. Par exemple : « Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution ». Et aussi : « L'ordonnance simplifie en outre d'autres dispositifs pour en favoriser l'utilisation : ainsi est-il prévu d'alléger la procédure des offres réelles, longue et coûteuse, qui permettait de faire obstacle au créancier refusant l'exécution de l'obligation, en la remplaçant par une mise en demeure dont les conséquences sont détaillées, ou encore d'assouplir les formalités nécessaires à l'opposabilité de la cession de créance ». V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

<sup>756</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Le 29 décembre 2016 est publiée au *Journal Officiel* une série de textes pris pour application de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle voir : *JO* 19 nov. 2016, texte n° 1. – V. *JCP G* 2016, 1267, H. Fulchiron ; *JCP G* 2016, 1268, M. Douchy-Oudot.

<sup>757</sup> Article 229-1 : « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire ».

<sup>758</sup> V. *JCl. Civil Code*, synthèse 170 ; *JCl. Divorce*, synthèse 10 ; *JCl. Divorce*, synthèse 20 ; *D.* n° 2016-1907, 28 déc. 2016 : *JO* 29 déc. 2016, texte n° 62. – A. 28 déc. 2016 : *JO* 29 déc. 2016, texte n° 64.

boîte postale 5000<sup>759</sup>, les Commissions de Règlement des Litiges de la Consommation (CRLC), le médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), une commission de la médiation de la consommation, ou encore des médiateurs attachés à chaque service public d'État, – EDF, la SNCF... – mais il s'agit d'organisations décentralisées. Le consommateur ne dispose donc pas d'un lieu ni d'une autorité de référence auquel il pourrait s'adresser pour résoudre son problème ; il est noyé dans une multitude de structures dont, bien trop souvent, il ne soupçonne pas même l'existence. C'est précisément pour cela que le système de protection brésilien, caractérisé par une association entre les sphères administrative (les *Procons*) et judiciaire (le Ministère public et les tribunaux d'instances), pourrait être une source d'inspiration intéressante pour le système français.

694. A l'état d'ignorance du consommateur français s'ajoute le coût généré par une action intentée contre un professionnel : « en matière civile, le consommateur peut assigner son cocontractant devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance selon que l'intérêt du litige excède ou non 10 000 euros<sup>760</sup>. Le ministère d'un avocat est obligatoire devant le seul tribunal de grande instance, ce qui peut être dissuasif pour un consommateur ne bénéficiant pas de l'aide juridictionnelle »<sup>761</sup>.

695. Ajoutons que le droit brésilien, en ce qui concerne cette dimension sociale de protection, prévoit des avocats payés par l'État pour protéger les droits de la population moins favorisée. Ce sont les Défenseurs publics (*Defensores publicos*), corps constitué d'avocats qui ont passé un concours public et sont rétribués par l'État pour la défense et la représentation des personnes les moins favorisées. L'article 134 de la Constitution fédérale brésilienne, dispose qu'il est nécessaire, pour bénéficier de cette protection et avoir le droit à un « défenseur public », de prouver une insuffisance de ressources financières. Ces défenseurs publics ont une fonction notable dans la protection contre les clauses abusives.

696. Cette migration du droit brésilien vers le droit français augmenterait notamment l'efficacité de ce dernier en matière de résolution des conflits impliquant des clauses abusives. Elle offrirait à la population (consommateurs, professionnels, profanes, faibles, majeurs,

<sup>759</sup> Y. Picod, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> éd, 2015, p. 437 : « La boîte postale 5000 est une *adresse postale* unique à laquelle les consommateurs peuvent envoyer leurs réclamations ou leurs demandes de renseignements concernant tout problème de consommation [...] mise en place en 1977 [...] elle exerce un assez faible impact dans le traitement non juridictionnel des conflits de consommation ».

<sup>760</sup> Le tribunal d'instance statue en dernier ressort jusqu'à 4 000 euros et à charge d'appel jusqu'à 4 000 euros et à charge d'appel jusqu'à 10 000 euros (*COJ*, art. L. 312-1). Il est également compétent quand la demande est indéterminable mais a pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros.

<sup>761</sup> Y. Picod, *op. cit.*, p. 404. V. aussi pour le règlement des petits litiges, *ibid.*, p. 405 *sq.*

mineurs...) un accès simplifié à la résolution des difficultés liés aux clauses abusives dans les contrats.

## §2. L'importation d'un modèle français au Brésil : la Commission des clauses abusives

697. Le rôle de la Commission des clauses abusives en France a déjà été analysé<sup>762</sup> en relevant son utilité. Toutefois, le Brésil ne dispose pas de commission comparable ayant le même office. Il serait néanmoins nécessaire d'apporter des modifications à ce modèle de commission (A) avant d'envisager de l'exporter vers le droit brésilien (B).

### A. Les améliorations à apporter

698. La Commission des clauses abusives émet des recommandations et rend des avis en matière de clauses abusives<sup>763</sup>. Son champ d'exercice est à ce jour limité aux relations professionnels-consommateurs ou non-professionnels. Les contrats conclus entre professionnels sont du ressort de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) qui formule des recommandations sur les pratiques anticoncurrentielles. Si l'on s'accorde sur la nécessité de protéger les professionnels contre les clauses abusives, une fusion de ces deux commissions vers une véritable institution dédiée à une protection générale contre les clauses abusives pourrait être envisagée, ce qui permettrait de passer outre la qualification des parties. Dans une moindre mesure, on pourrait se contenter de créer, au sein de la Commission contre les clauses abusives, un département « professionnel » chargé de mettre en exergue les clauses devant être considérées comme abusives à leur égard. Il n'y a aujourd'hui aucune raison de limiter le rôle de cette commission à la protection du consommateur ; une fusion apporterait cohérence et rationalité à cette protection élargie.

699. Cependant, si l'on suit cette proposition, il faudrait encore tenter d'améliorer le fonctionnement même de cette commission ; une amélioration qui bénéficierait ainsi également aux consommateurs. C'est ainsi que la protection du professionnel rejoint=drait celle de son partenaire traditionnel. Si les recommandations de la Commission des clauses abusives n'ont pas le pouvoir de lier la décision du juge, elles peuvent en revanche influencer cette même décision lorsque le juge fait appel à l'avis de la Commission<sup>764</sup>, dans la mesure où le citoyen

<sup>762</sup> V. *supra* n° 462.

<sup>763</sup> V. articles L. 822-4 et suivants du Code de la consommation français, modifiés par l'ordonnance du 14 mars 2016.

<sup>764</sup> Article L. 822-5 : « La commission des clauses abusives peut être saisie soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office » ; Article L. 822-8 : « La commission de la sécurité des



moyen n'est pas capable d'assimiler ni les listes législatives de toutes les clauses abusives – qui s'appliquent pourtant essentiellement dans un contrat entre professionnels et consommateurs –, ni les recommandations, ni les avis émis par la Commission.

700. Rappelons que le système français de listes prévoit des clauses expressément déclarées abusives par un décret du Gouvernement – « liste noire » – qui sont réputées non écrites : il s'agit des clauses irréfragablement réputées abusives du seul fait qu'elles sont dans un contrat. Selon l'article R. 212-1 du Code de la consommation français, « dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ... ». Sont par exemple interdites les clauses suivantes : « Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat », c'est-à-dire les clauses relatives à la charge de la preuve au profit du professionnel ; « Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». En résumé, sont concernées toutes les clauses relatives à la responsabilité ; qu'elle porte sur une obligation essentielle ou non, que le plafond soit raisonnable ou non, qu'elle trouve ou non une contrepartie dans une autre clause du contrat. La protection du consommateur est alors maximale.

701. L'article R. 212 précité prévoit aussi des clauses simplement présumées abusives par un décret du Gouvernement (« liste grise ») qui sont réputées non écrites, sauf si le professionnel prouve le caractère non abusif de la clause en question : « dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire ... » (article R. 212-2). Cette liste fixe les clauses simplement présumées abusives ; il appartient donc au professionnel de prouver qu'elles ne le sont pas. La protection reste forte du fait de la charge de la preuve qui pèse sur le professionnel. Enfin, il existe une « liste blanche » qui regroupe des clauses présumées non abusives et pour lesquelles

---

consommateurs peut être saisie par toute personne physique ou morale. Si elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, elle peut conclure par décision motivée qu'il n'y a pas lieu, en l'état, d'y donner suite. Elle notifie sa décision à l'auteur de la saisine. La commission peut se saisir d'office. Les autorités judiciaires compétentes peuvent, en tout état de la procédure, demander l'avis de la commission de la sécurité des consommateurs. Cet avis ne peut être rendu public qu'après qu'une décision de non-lieu a été prise ou que le jugement sur le fond a été rendu. La saisine de la commission reste confidentielle jusqu'à ce que la commission ait statué sur le fond ou classé sans suite, sauf si celle-ci fait usage, par décision motivée, de la faculté qui lui a été donnée par l'article L. 822-9 ». Les deux articles ont été modifiés par l'ordonnance du 14 mars 2016.

le consommateur doit prouver leur caractère abusif s'il souhaite les voir réputées non-écrites au sein de son contrat. Étrangement, on y trouve des clauses que la Commission estime abusives sans que le Gouvernement n'intervienne pour autant en ce sens.

702. Nous évoquerons la recommandation n° 82-04, citée dans l'arrêt déjà mentionné de la Cour de cassation<sup>765</sup> concernant un laboratoire photo qui avait perdu les pellicules d'un client. Le contrat imposait une clause limitative de responsabilité qui restreignait la responsabilité du laboratoire à la remise d'une pellicule et à son traitement gratuit. Autre exemple de l'inspiration : la Cour de cassation s'est appuyée sur la recommandation n° 91-09 de la Commission des clauses abusives pour déclarer abusive la clause<sup>766</sup> dans un contrat privé de formation de coiffure. Les recommandations de la Commission des clauses abusives n'ont pas un caractère obligatoire mais, dotées d'une autorité symbolique, elles guident ou consolident la motivation du juge.

703. Le caractère obligatoire des avis donnés par la Commission des clauses abusives devrait cependant évoluer et se préciser pour que la protection contre les déséquilibres significatifs soit réellement efficace ; les règles édictées par la Commission des clauses abusives doivent devenir coercitives. Elle devrait ainsi pouvoir édicter des règles qui s'imposent aux particuliers ou aux autorités publiques, les obligeant à supprimer ou modifier les clauses dont elle estime qu'elles présentent un caractère abusif. La même reconnaissance devrait être faite au regard de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), qui délivre elle aussi avis et recommandations.

704. La Commission pourrait dès lors se prévaloir d'un rôle plus important que celui de simple « conseil » auquel elle est aujourd'hui cantonnée : son avis sur les projets de décrets déterminant les clauses abusives est aujourd'hui obligatoire, mais pas nécessairement conforme, ni rendu public ; il devrait l'être. Les recommandations émises par la Commission des clauses abusives, fondées sur l'analyse des modèles de contrats proposés par les professionnels aux non-professionnels, devraient avoir force obligatoire. L'avis émis par la Commission des clauses abusives en réponse à une demande du juge devrait lier ce dernier. Un autre remède pourrait être

<sup>765</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2001, n° 99-13.395 ; Bull. civ. I, n° 181 ; JCP G 2001, II, 10631, note Paisant. V. *supra* n° 470.

<sup>766</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1998 ; Bull. civ. I, n° 53. V. aussi Ghestin, Les recommandations de la Commission, préc., p. 21 et 22 ; « ladite clause procurait à l'École un avantage excessif en imposant à l'élève le paiement des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ou causé par un cas fortuit ou de force majeure, la cour d'appel a, par ce seul motif et rejoignant la recommandation n° 91-09 du 7 juillet 1989 de la Commission des clauses abusives, légalement justifié sa décision ». V. *Contrats, conc., consom.* 1998, comm, 70.

envisagé : l'amélioration de la liaison entre la Commission des clauses abusives et le Gouvernement, permettant une mise à jour plus réactive et donc efficace des listes « grise » et « noire ». Ces listes « noire » et « grise », établies en 2008, n'ont jusqu'à aujourd'hui jamais été modifiées par le Gouvernement. Il n'existe toujours que 12 clauses mentionnées par la liste noire et 10 dans la liste grise, alors que la Commission a recensé depuis cette date d'autres clauses méritant d'intégrer ce système de liste. Dans son avis du 25 janvier 2007<sup>767</sup>, la Commission a ainsi considéré qu'en matière de déménagement, la clause abrégant le délai de prescription à un an était « de nature à priver le consommateur de la possibilité de faire valoir utilement ses droits en justice » et devait donc être considérée comme abusive. De même, dans sa recommandation du 27 mai 2004, toujours en matière de déménagement, elle a considéré que les clauses mettant à la charge exclusive de l'emprunteur différents frais de remboursement ou de procédure devaient être considérées comme abusives. Depuis sa création en 1978, la Commission a rendu pas moins de 76 recommandations et 37 avis. Il est essentiel que le Gouvernement tienne compte de ces documents pour enrichir les articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation.

705. Il importe donc de surmonter le schéma quelque peu manichéen « professionnel malhonnête vs consommateur ignorant », en permettant au contractant professionnel d'anticiper la gestion des risques d'abus : même si les professionnels, prudents, se renseignent auprès de la Commission, il demeure toujours un risque pour la sécurité juridique, car ils ne sont pas assurés que la clause est vraiment abusive. Ce risque doit en outre être budgétisé, particulièrement lorsque l'on songe au coût de réécriture des contrats.

706. En France, en ce qui concerne la protection des consommateurs contre les clauses abusives, un auteur explique cependant qu'« il faut reconnaître que l'étouffante densité des recommandations de la Commission des clauses abusives a de quoi décourager : le juge préfère bien souvent se référer aux traditionnelles sanctions de défaut d'information, de l'information trompeuse, de la mauvaise foi, raccourcis certes imprécis mais commodes »<sup>768</sup>.

707. De telles imprécisions ne devant se reproduire, il importe en ce sens d'utiliser le procédé adopté par le droit de la consommation pour la protection des consommateurs comme source d'inspiration. En retour, le droit commun brésilien a tout à gagner d'une extension dans

---

<sup>767</sup> Avis n° 07-01, 25 janv. 2007, Déménagement.

<sup>768</sup> H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum* (J. Calais-Auloy, dir.), Paris, Dalloz, 2004, p. 1085.

les contrats d'adhésion, qui faciliterait ainsi la reconnaissance effective des clauses considérées comme abusives.

#### B. Le système global à importer

708. Il n'existe pas au Brésil d'institution similaire à la Commission des clauses abusives. En effet, le législateur a beau prévoir un « département » national de la protection des consommateurs, le Secrétariat national de droit économique (MJ), ou un organisme fédéral qui remplacerait l'organe de coordination de la politique du Système national de défense des consommateurs, il ne s'agit pas là de structures bien organisées et dont l'activité serait similaire à celle de la Commission des clauses abusives. L'article 106 du Code de la consommation décrit les responsabilités de ces organes : il s'agit, entre autres, de « planifier, élaborer, proposer, coordonner et mettre en œuvre une politique nationale de protection des consommateurs... ». Leurs attributions ne comprennent pas l'émission de recommandations ou d'avis visant une protection spécifique contre les clauses abusives.

709. L'établissement de listes « noire », « grise » et « blanche », à l'exemple de la France, serait le bienvenu pour une protection efficace contre les clauses abusives. Le système brésilien est assez rigide ; il ne pratique pas de séparation entre les clauses, affirmant que celles-ci sont « nulles de plein droit ». L'assistance d'une « Commission des clauses abusives », qui donnerait des avis et émettrait des recommandations, serait bien utile s'agissant des contrats de consommation et le système de listes améliorerait la protection des professionnels entre eux, créant à tout deux un système global qui protégerait les contractants contre le déséquilibre significatif. Nous proposons donc pour le Brésil, une protection contre les clauses abusives qui seraient précisées à l'avance, à travers un système de listes, pour plus de clarté. Ce système de listes serait toutefois opératoire si et seulement s'il peut compter sur une institution organisée pour donner des avis ou émettre des recommandations et s'il est connu des opérateurs du droit. Ce n'est cependant pas encore le cas du droit brésilien qui, malgré l'effort du législateur pour anticiper ce besoin, ne peut compter aujourd'hui sur une institution adéquate à ce type de mission.

710. Nous envisageons ainsi, pour respecter la sécurité juridique et la cohérence du système de protection contre les clauses abusives, une institution organisée au niveau fédéral (donc unique et ne relevant pas de la compétence de chaque État) et légitimée à donner des avis et émettre des recommandations sur les clauses abusives. Ce système de protection générale s'appliquerait à toutes les clauses abusives, qu'elles soient présentes dans un contrat entre un

professionnel et un consommateur ou dans un contrat entre professionnels. La jonction de cet organe et d'une liste unique de clauses abusives rendrait possible une protection plus efficace.

711. L'émission de propositions périodiques venant d'une Commission des clauses abusives au législateur serait donc souhaitable en France et au Brésil. La liste de clauses considérées comme abusives serait actualisée et renforcée grâce à un échange entre le dynamisme de l'institution spécialisée et l'action du législateur. Il existerait, par conséquent, une véritable actualisation du droit de protection contre les clauses abusives. Les directives auraient un caractère contraignant. Il s'agirait donc d'adopter le système de la Commission des clauses abusives au Brésil avec les améliorations souhaitées.

712. Tout cela implique une nouvelle façon de penser les relations et les conflits de droit privé, fortement marqués par la tolérance et le pluralisme mais également par la reconnaissance de l'autre sujet dans la relation et le respect de l'intérêt légitime de chacun. En l'état des choses, il convient de reconnaître que le droit privé contemporain considère la politique de protection des vulnérables comme une sorte de commandement éthique et juridique réalisé par des lois protectrices, mais surtout par l'action engagée du juriste vers la réalisation du principe de l'égalité. Nous proposerons à présent des améliorations matérielles pour faciliter la réalisation de ces finalités.

## Section II – L'amélioration matérielle

713. L'amélioration matérielle de la protection contre le déséquilibre significatif réside sans doute dans davantage de confiance et de sécurité juridique. Plusieurs méthodes de contrôle de clauses dites abusives sont en place en France et au Brésil. Le moment est venu d'émettre quelques propositions d'ordre matériel s'agissant de ces régimes de protection. Dans cette perspective de lutte contre les clauses abusives, il est nécessaire, en premier lieu, d'introduire des définitions précises (§1), puis de proposer, dans un second temps, une généralisation des systèmes déjà existants (§2).

### §1. L'introduction d'une définition commune du contrat d'adhésion

714. Le droit brésilien doit composer avec une difficulté de base, à savoir le manque de définition du contrat d'adhésion dans le Code civil. Cette lacune a été comblée en France par la réforme du droit des obligations. Le système français compte désormais une définition du

contrat d'adhésion. L'article 1110, alinéa 2 du Code civil dispose : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». La réforme du droit des contrats français adoptait ainsi, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, un critère « formel (l'existence de conditions générales) et factuel (la détermination unilatérale desdites conditions et leur soustraction à la négociation)<sup>769</sup>. Désormais, avec la nouvelle rédaction de l'article 1110 du Code civil, ces critères ont changé<sup>770</sup>. Or, les conséquences d'un tel changement de définition du contrat d'adhésion ne sont pas des moindres. On regrette une limitation du champ d'application de l'article 1171 qui protège contre le déséquilibre significatif. Pour qu'une clause soit sanctionnée par application de l'article 1171 du Code civil deux conditions s'imposent : la clause doit être stipulée dans un contrat d'adhésion et désormais (à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2018) ne pas avoir été négociable<sup>771</sup>.

715. Il importe, avant de préciser cette définition, d'évoquer la notion de clause abusive<sup>772</sup>. On distingue traditionnellement entre la clause *abusive*, la clause *illicite* et la clause *illégal*<sup>773</sup>. Mais ces notions, qui ne sont pas simples, finissent mélangées les unes avec les autres. Selon un auteur français : « l'illicéité d'une clause peut procéder du déséquilibre qu'elle crée entre parties – elle est alors abusive – de la violation de droits fondamentaux, notamment lorsqu'une clause est discriminatoire – elle est alors contraire aux droits fondamentaux – voire de la simple violation de la loi – elle est simplement illégale », ainsi « il faut établir une distinction entre, d'une part, le cas où une loi ou un règlement fixent véritablement et pleinement le contenu d'une clause, coupant court alors à tout pouvoir du juge judiciaire d'apprécier l'abus, et le cas où la loi ou le règlement ne font que poser des bornes à la liberté contractuelle »<sup>774</sup>.

716. D'autres questions se posent encore : les définitions du contrat d'adhésion et du contrat de consommation ont besoin d'être analysées. En ce qui concerne le contrat d'adhésion, désormais défini dans le Code civil français, « la nouvelle définition associe au contrat

<sup>769</sup> V. S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., cons.*, mai dossier spécial, p. 27, 2016, spéc. n° 6.

<sup>770</sup> V. *supra* n° 48.

<sup>771</sup> V. D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.*, n° 17, 2018, p. 912.

<sup>772</sup> V. C-M. Peglion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Paris II-Panthéon-Assas, 2013 ; disponible sur : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/7b78847a-d9e6-4ed4-8d21-fabc0c1afbf8>. V. aussi L. Gatton, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.*, 2016, p. 22.

<sup>773</sup> V. *infra* n° 1.

<sup>774</sup> H. Barbier, « Les différences de nature et de régime entre les clauses illicites : clause abusive, clause contraire aux droits fondamentaux, clause illégale », *RTD Civ.*, 2017, p. 129.

d'adhésion un régime qui lui est propre puisque le contrôle des clauses génératrices d'un déséquilibre lui est exclusivement réservé »<sup>775</sup>; et de fait, l'article 1171 du Code civil commence en ces termes : « dans un contrat d'adhésion... ». Cette qualification conditionne dès lors la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif dans le contrat. L'article 1171 pose également une règle particulière d'interprétation par rapport à l'article 1190, dont certains auteurs en ont déduit que le droit commun visait les contrats d'adhésion (ceux que l'on ne négocie pas du tout) et l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce les contrats de dépendance (ceux que l'on négocie mais en position de faiblesse car de dépendance) : « il est ainsi distingué entre le consentement irréfléchi du consommateur et le consentement réfléchi mais contraint du professionnel dépendant »<sup>776</sup>. La différence entre ces textes (Code civil et Code de commerce), c'est-à-dire entre le contrat d'adhésion et le contrat de dépendance, est « bien plus minime, car le contrat d'adhésion n'est pas uniquement celui qu'on ne négocie pas du tout, mais aussi celui qu'on ne négocie pas librement. Et si on ne le négocie pas librement, c'est parce que l'on est dépendant, soit économiquement, soit par désir du produit ou du service »<sup>777</sup>. Dès lors, « en fin, de compte, ce qui caractérise la clause abusive, c'est, outre le fait que la clause n'est pas négociée, l'absence d'équivalence entre les situations des parties au contrat (...) »<sup>778</sup>.

717. À l'exemple du droit français, mais pas tout à fait dans les mêmes termes, il convient de confirmer le besoin de l'insertion d'une définition du contrat d'adhésion dans le Code civil brésilien ; cette définition n'existant aujourd'hui que dans le Code de la consommation. Le contrat d'adhésion, qui se caractérise par l'impossibilité d'un contractant de négocier librement le contenu du contrat en raison de la puissance économique de son partenaire, peut exister dans une relation entre un professionnel et un consommateur, entre

<sup>775</sup> Sophie Le Gac-Pech, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *Petites affiches*, n° 162-163, 16 août 2016, p. 7.

<sup>776</sup> M. Behar-Touchais, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, n° 1, 1<sup>er</sup> mars 2017, p. 81

<sup>777</sup> *Ibid.* V. aussi : F. Chénéde, Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, *Dalloz* 2015, p. 1227 : Selon M. Chénéde, la source de l'abus sera différente s'il s'agit d'un contrat d'adhésion ou d'un contrat de dépendance : « dans le contrat d'adhésion, le consentement est moins insuffisamment libre qu'*imparfaitement éclairé* : satisfait du coût de la prestation principale, l'adhérent ne prend pas toujours pleinement ou parfaitement connaissance des clauses accessoires » et de l'autre côté dans le contrat de dépendance, « le consentement est moins insuffisamment éclairé qu'*imparfaitement libre* : tributaire de la relation contractuelle, le dépendant est parfois contraint d'accepter des conditions, si ce n'est draconiennes, du moins désavantageuses, et ce, non seulement sur l'accessoire, mais également sur le principal, c'est-à-dire sur le montant des prestations réciproques et sur la durée (longue ou précaire) de la relation ».

<sup>778</sup> D. Mazeaud, « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Mélanges offertes à Paul Didier. Etudes de droit privé*, Paris, Economica, 2008, p. 345 (pp. 325-352).

professionnels, entre faibles, entre profanes... En tant que catégorie juridique, c'est le contrat qui comporte des clauses non négociées. Par opposition, le contrat de consommation est celui qui reconnaît le consommateur comme l'une des parties, également le non-professionnel dans le cas du droit français.

718. La définition du contrat d'adhésion doit se démarquer de l'ombre du contrat de consommation : on pourrait en effet considérer le second comme une catégorie du premier dans la mesure où le critère premier demeure celui de l'inégalité entre les parties ; situation, on le rappelle, qui peut exister entre deux professionnels. Pourquoi ne pas dès lors développer le régime global du contrat d'adhésion en s'inspirant des règles spécifiques du contrat de consommation ? On pourrait, par exemple, envisager l'ouverture d'actions collectives, admises en France depuis 2014, aux parties d'un contrat d'adhésion. En effet, dans les contrats de distribution, le fournisseur constitue-t-il la partie forte et le distributeur la partie faible ; bien souvent un fournisseur organise un réseau de distribution qui passe par plusieurs distributeurs implantés dans différentes zones géographiques. Dans ce contexte, ces distributeurs signent la plupart du temps le même contrat type avec le fournisseur ; or, il est toujours possible qu'une clause abusive se soit glissée dans l'ensemble des contrats de distribution passés par un fournisseur avec son réseau. L'action collective pourrait être accessible aux distributeurs afin de pouvoir éradiquer la clause litigieuse de l'ensemble des contrats conclus par le fournisseur. La pression « collective » ainsi exercée par cette action sera des plus dissuasives et dès lors efficace envers le professionnel abusant de son statut à l'égard d'autres professionnels dépendants. Cette extension du champ d'application des actions collectives pourrait être mise en place aussi bien au Brésil qu'en France. Il est en effet illusoire de croire que le contentieux des clauses abusives demeure un contentieux de masse cantonné aux rapports de consommation. Les systèmes juridiques doivent impérativement évoluer vers une promotion du contrat d'adhésion.

719. Cela ne signifie pas pour autant que toute spécificité du contrat de consommation doit être abandonnée : nous ne visons pas la fusion du contrat d'adhésion et du contrat de consommation mais l'intégration du second dans le premier. Ainsi pourrait-on imaginer que le juge, dans un contrat de consommation, soit dans l'obligation de relever le caractère abusif d'une clause<sup>779</sup> sans avoir cette même contrainte à l'égard d'un contrat d'adhésion conclu entre

---

<sup>779</sup> Aujourd'hui, c'est seulement une possibilité du juge, comme l'indique l'article R. 632-1 du Code de la consommation (« Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »). Cependant, il n'est pas certain que cette possibilité soit conforme à l'interprétation que fait la Cour de justice de l'Union européenne de la directive de 1993 ; cette juridiction semble privilégier à ce titre le devoir sur la simple possibilité (v. not CJCE, 4 juin 2009, C-243/08) : « le juge national est tenu d'examiner



professionnels. Cela rendrait compte d'une réalité indéniable dans la mesure où la différence entre un consommateur et un professionnel ne réside pas dans l'inégalité : un consommateur est la partie faible face au professionnel, et un professionnel peut être également une partie faible face à un autre professionnel. La véritable différence se trouve davantage dans l'accès à la connaissance du caractère potentiellement abusif de la clause applicable au litige : un professionnel, même partie faible, semble mieux armé pour questionner ce caractère abusif, là où un consommateur, même averti, ignorera bien souvent cette qualité. Il est donc possible de recomposer la typologie des contrats en regroupant professionnels et consommateurs sous le statut de partie faible, tout en créant des gradations dans le type de protection apportée.

## §2. La généralisation des systèmes existants

720. Les professionnels méritent donc une protection spécifique contre les clauses abusives. Cette protection, qui existe déjà en droit français, peut servir d'inspiration au modèle brésilien. Néanmoins, nous proposerons au préalable un changement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français. La lecture de cette disposition révèle en effet que le Code de commerce français n'a pas prévu de système de listes de clauses considérées comme abusives – sur le modèle du Code de la consommation –. Or, le système de listes (en rappelant « *la parenté entre les régimes de protection* »)<sup>780</sup> pourrait être très utile pour que la protection proposée par le Code de commerce soit encore plus efficace à l'égard des professionnels. Nous allons en ce sens émettre plusieurs propositions relatives au système de listes pour les deux pays, Brésil et France (A), avant de proposer une protection spéciale des professionnels en droit brésilien (B).

### A. Une proposition pour les deux systèmes : le modèle des listes

721. Le modèle de listes de clauses abusives, très efficace en droit français, mérite d'être adopté par le droit de la concurrence français (1) et exporté au droit brésilien (2).

#### 1. La proposition d'extension du modèle de listes aux professionnels

722. Afin de donner un aperçu de ce système et des clauses à intégrer de la liste de l'article L. 442-6, I, 2°, nous partirons du recensement, non exhaustif, réalisé par M. Denis

---

d'office le caractère abusif d'une clause ». On notera tout de même l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2017 qui impose au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause en accord avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 2017, n°16-13.050 ; D. 2017, p. 1893, note C. Kleiner et p. 2177, obs. H. Synvet ; JCP G 2017, 532, note Th. Bonneau ; JCP E 2017, 1267, note J. Lasserre-Capdeville ; RD bancaire et fin. 2017, comm. 144, obs. Th. Samin et S. Torck).

<sup>780</sup> V. D. Mazeaud, « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres (Acte II) ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, coll. « Les Mélanges », 2015.

Mazeaud. Selon cet inventaire, « ont été considérées comme emportant un déséquilibre significatif des clauses : qui importent aux fournisseurs un délai de paiement plus court que celui dont bénéficiaient le distributeur<sup>781</sup> ; qui imposent l'existence d'un escompte pour le seul distributeur<sup>782</sup> ; qui imposent un moyen de paiement au fournisseur alors que le mode de paiement est laissé à la discrétion du distributeur<sup>783</sup> ; relatives à la résiliation du contrat<sup>784</sup> ; qui accordaient au distributeur le pouvoir exclusif de décider que les conditions de celles-ci étaient réunies, ou au seul distributeur le droit de résilier le contrat pour convenance et sans indemnité »<sup>785 786</sup>.

723. On peut citer un autre recensement, celui réalisé par Mme Behar-Touchais : « ont ainsi été jugées constitutives d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, les clauses suivantes : la clause de perception anticipée des acomptes de ristournes<sup>787</sup> ; la clause imposant au fournisseur le paiement par virement<sup>788</sup> ; la clause de variation des prix seulement à la baisse pour le grand distributeur<sup>789</sup> ; la clause dite de "taux de service fournisseur" prévoyant l'imposition de pénalités en cas de non respect par le fournisseur d'un taux de service minimum lié au respect des dates de livraison<sup>790</sup> ; la clause par laquelle un distributeur demande à ses fournisseurs la restitution des sommes que l'enseigne a été condamnée à leur verser par décision judiciaire<sup>791</sup> ; la clause prévoyant la possibilité pour le distributeur de résilier le contrat en cas de sous performance du produit par rapport aux objectifs fixés d'un commun accord entre les parties et/ou aux résultats annoncés par le fournisseur, parce que le défaut de performance d'un produit est directement fonction des conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente<sup>792</sup> ; la clause de protection de stocks ou la cause

<sup>781</sup> TC Lille, 6 janvier 2010, n° 2009/05184, *Ministre de l'Économie c/ Castorama* ; *Contrats concurrence consommation*, 2010, comm. n° 71, obs. N. Mathey ; TC Meaux, 6 décembre 2011, n° 2009/02295, *Ministre de l'Économie c/ Provera*.

<sup>782</sup> TC Paris, 18 décembre, 2013 : *RDC* 2014, 412, obs. M. Behar-Touchais.

<sup>783</sup> TC Lille, 6 janvier 2010, *Ministre de l'Économie c/ Castorama*, n° 2009/05184

<sup>784</sup> TC Meaux, 6 décembre 2011, *Ministre de l'Économie c/ Provera*, n° 2009/02295 ; *Contrats concurrence consommation*, 2010, comm. n° 62, obs. N. Mathey.

<sup>785</sup> TC Rouen, 12 décembre 2012 ; *Contrats concurrence consommation*, 2013, comm. n° 117, obs. N. Mathey

<sup>786</sup> D. Mazeaud, « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres (Acte II) ? », *op. cit.*, p. 457.

<sup>787</sup> TC Lille, 6 janv. 2010, *Ministre de l'Économie c/ Castorama*, n° 2009/05184 ; TC Meaux, 6 décembre 2011, *Ministre de l'Économie c/ Provera*, n° 2009/02295.

<sup>788</sup> *Ibid.*

<sup>789</sup> TC Lille, 7 sept. 2011, *Ministre de l'Économie c/ Eurauchan*, n° 2009/05105 ; TC. Meaux, 24 janvier 2012, *Ministère de l'Économie c/ EMC Casino*, n° 2009/02296.

<sup>790</sup> TC Lille, 7 sept. 2011, *Ministre de l'Économie c/ Eurauchan*, n° 2009/05105, « Quand la clause pénale s'appelle clause de taux de service ».

<sup>791</sup> TC Paris, 22 nov. 2011, *Ministre de l'Économie c/ Galec*, n° 2011/058173. « On ne reprend pas aux fournisseurs ce que le Ministre leur a restitué ».

<sup>792</sup> T.C Meaux, 6 déc. 2011, *Ministre de l'Économie c/ Provera*, n° 2009/02295. « Aucune clause ne résiste à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif ».

de produits obsolètes-mévente d'un produit, qui fait supporter au fournisseur la baisse de tarif d'un produit ou le risque de mévente de la chose<sup>793</sup> »<sup>794</sup>.

724. Toutes ces clauses, déjà considérées comme créant un déséquilibre significatif, devraient donc intégrer un système de listes prévue dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français. On pourrait ainsi accroître la prévisibilité et la sécurité juridique pour les professionnels, tout en protégeant plus efficacement et simplement ceux qui sont en situation de dépendance et plus généralement de faiblesse.

## 2. L'amélioration du modèle de listes brésilien

725. Le Code de la consommation brésilien possède un système de listes de clauses qui devront être déclarées abusives et nulles de « plein droit » en cas de présence dans un contrat entre un consommateur et un professionnel. Ce système prévoit, dans son article 51, que cette liste n'est pas exhaustive<sup>795</sup>. Elle contient une clause générale de protection prévue dans son alinéa IV : « est considérée abusive toute clause qui établit des obligations réputées déloyales, abusives, qui place le consommateur en situation de désavantage, ou qui sont incompatibles avec la bonne foi ou l'équité » ; ce système général de protection des consommateurs ne fait donc pas la différence entre liste noire et liste grise, comme le droit français. Ainsi, le système de listes des clauses abusives est-il partagé par les deux pays mais chacun l'applique à sa manière. Force est cependant de constater que la « liste brésilienne » est beaucoup plus vague et générale dans sa formulation que les listes du droit français de la consommation.

Cette liste, prévue dans le Code de la consommation brésilien, n'a par ailleurs jamais été modifiée par le législateur. L'insertion d'une liste de clauses « noires » et « grises » serait donc souhaitable, conjuguée à un accord avec une institution, telle la Commission des clauses abusives en France, compétente pour donner des avis et émettre des recommandations. Dès lors, le système brésilien de clauses abusives compterait avec une structure apte à recenser toutes les clauses qui sont abusives, un système plus clair et cohérent avec un dispositif de nullité qui distinguerait des clauses « noires » et « grises ».

726. L'adoption d'un système de listes de clauses abusives à l'intérieur et en dehors d'une relation de consommation pourrait être envisagé. Piochant dans le travail d'une institution

<sup>793</sup> « Affaire Darty », TC Bobigny 29 mai 2012 n° de RG 2009F01541.

<sup>794</sup> M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, (G. Lardeux, Dir.) Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 35-36.

<sup>795</sup> Article 51 : « sont nulles de plein droit, entre autres, les clauses contractuelles relatives à la fourniture de biens et services ».

recentrée sur la protection contre les clauses abusives en général, les professionnels pourraient consulter ces listes qui serviraient de guides pour un contrôle préventif contre ces clauses abusives avant l'élaboration de leurs contrats avec le consommateur, tout comme ils pourraient consulter une autre liste pour les contrats entre professionnels. Mais il faut pour cela qu'une règle spécifique de protection des professionnels contre les clauses abusives soit insérée en droit brésilien.

#### B. L'introduction d'une disposition spécifique aux professionnels en droit brésilien

727. Le Code civil brésilien de 2002 a fait le choix de clauses générales et d'un système de principes pour la protection contre le déséquilibre significatif : la bonne-foi, la fonction sociale, les bonnes mœurs ainsi que la dignité de la personne humaine<sup>796</sup> figurent comme principes souvent évoqués par les juges pour pouvoir chasser le déséquilibre présent dans un contrat. De ce large pouvoir accordé aux juges résulte une absence de protection spécifique des professionnels, source d'insécurité juridique<sup>797</sup>.

728. Certes le droit brésilien manque d'une clause générale de protection des professionnels contre les clauses abusives dans le Code civil, mais rappelons qu'un projet de séparation du Code de commerce et du Code civil brésilien est toujours en cours d'élaboration. Or, comme nous l'avons déjà démontré, cette unification de codes avait été réalisée précocement, sans que le Code de commerce brésilien (datant de 1850) n'ait au préalable été réformé.

Ainsi, une réforme plus urgente est attendue avant la séparation du Code de commerce du Code civil brésilien<sup>798</sup> : la protection spécifique des professionnels contre les clauses abusives. L'insertion d'un article protecteur dans la partie spéciale du Code civil brésilien serait dès lors envisageable, sur le modèle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français.

729. Cette disposition pourrait être rédigée de la manière suivante :

« Le déséquilibre excessif des prestations contractuelles ou des droits, des obligations et des pouvoirs entre les parties, qui procède de l'exploitation abusive d'une situation de

<sup>796</sup> Sur le concept de dignité de la personne humaine, v. E., Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris II-Panthéon Assas, 2015.

<sup>797</sup> V. *supra* les décisions de la Cour brésilienne, qui hésite entre l'application du Code de la consommation pour la protection des professionnels, n° 257.

<sup>798</sup> V. *supra* n° 276.

dépendance, permet au contractant qui le subit [parce qu'il se trouve dans l'impossibilité de négocier le contrat], de demander la révision ou l'annulation du contrat ou de la clause qui lui a été imposée »<sup>799</sup> ; pour reprendre une proposition émise par M. Denis Mazeaud pour la réforme du droit civil français<sup>800</sup>. Cette formulation serait envisageable en droit brésilien, avec une modification de la sanction : la clause ne serait pas révisée ou annulée mais réputée non écrite, avec la possibilité de l'imputation d'amendes<sup>801</sup>.

730. Les juges brésiliens n'auraient donc plus la licence d'utiliser l'application par analogie du Code de la consommation dans une relation qui ne comporte pas la catégorie consommateur. Et les professionnels en situation de déséquilibre retrouveraient cet équilibre à travers la sanction du réputé non écrit et du maintien du contrat.

#### Conclusion – L'inspiration des systèmes de protection étrangers

731. La protection contre les clauses abusives dans le Code civil brésilien doit être globale, comprenant tous les professionnels, dans le but d'éviter précisément une protection casuistique en fonction de l'état de faiblesse de chaque professionnel. La conception extensive de consommateur doit quant à elle être abandonnée. Une protection spécifique contre le déséquilibre significatif avec des sanctions bien déterminées sera la clé de voute d'une protection efficace des professionnels contre les clauses abusives. Le temps est venu pour le droit brésilien d'adopter une posture plus orthodoxe et d'appliquer le Code de la consommation aux seuls contrats qui lui sont destinés, mais aussi bien délimiter au préalable le champ d'application et les concepts juridiques pour que cette extension aboutisse. En droit français, le législateur fut l'objet de toutes sortes de critiques quand il a voulu insérer une règle spécifique de protection des professionnels contre les clauses abusives. Ainsi le nouvel article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a-t-il été à l'époque affublé de sobriquets tels que « machine à hacher le droit »<sup>802</sup>, « monstre juridique »<sup>803</sup> ou encore « arme de destruction massive des contrats »<sup>804</sup>.

<sup>799</sup> D. Mazeaud, « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », *op. cit.*, p.352.

<sup>800</sup> Cette proposition de M. Denis Mazeaud pourrait ainsi être traduite en portugais : « *O desequilíbrio excessivo das prestações contratuais, obrigações e poderes entre as partes, que procedam do abuso de uma posição de dependência, permite ao contratante que sofre este abuso, devido à impossibilidade de negociar o contrato, solicitar que a cláusula que lhe foi imposta seja declarada não escrita* ».

<sup>801</sup> V. *supra* n° 565.

<sup>802</sup> M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif entre professionnels : article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit » ?, *RLC* 210/23, n° 1584.

Il est néanmoins à ce jour un instrument de protection qui fonctionne et pourrait protéger encore mieux, au profit de quelques aménagements, les professionnels contre les clauses abusives<sup>805</sup>. Les critiques peuvent aussi pleuvoir en droit brésilien mais l'expérience française nous montre avec certitude que le changement fonctionne au fil du temps ; la disposition est aujourd'hui plus appréciée et fait l'objet de moins de critiques.

## Conclusion – Les espoirs du régime

732. L'analyse du régime de protection des professionnels contre les clauses abusives en droit français et en droit brésilien nous montre que celui-ci mérite d'être délimité dans les deux systèmes juridiques. En effet, nous constatons que le droit brésilien a profité d'une définition assez floue du consommateur et du professionnel pour appliquer les règles protectrices du droit de la consommation à ce dernier, et que le droit français quant à lui possède une diversité de sources pour la protection contre le déséquilibre significatif. Cette diversité s'est encore intensifiée avec la création du nouvel article 1171 du Code civil et avec sa ratification et ultime (?) changement de rédaction avec l'entrée en vigueur de la loi de ratification du 20 avril 2018. Même si nous regrettons les changements apportés à cet article 1171, avec une restriction de la protection contre le déséquilibre significatif seulement aux contrats d'adhésion et pour les clauses non négociables et déterminées à l'avance par l'une des parties, le problème de sa délimitation n'a pas été résolu. Si l'ordonnance du 10 février 2016 n'avait déjà pas délimité le champ d'application de l'article 1171 cela n'a pas été différent avec la loi de ratification. Dès lors, se justifie encore aujourd'hui le besoin de délimiter le cadre légal de la protection des professionnels. Pour une protection efficace, des propositions pour chaque système juridique et une inspiration des systèmes de protection étrangers sont nécessaires. Une amélioration institutionnelle et matérielle s'impose dans chaque pays avec des changements avant l'importation d'un régime de protection, car même si la qualification de consommateur ne s'impose pas, la soumission d'un contrat à l'autre ne disparaît pas. Ces améliorations consisteraient, par exemple, dans l'importation du modèle brésilien des *Procons* en France ; l'importation du modèle français de la Commission des clauses abusives au Brésil ; et, pour les

---

<sup>803</sup> Cl. Lucas de Leyssac et M. Chagny, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique, *RDC*, 2009, p. 1268.

<sup>804</sup> M. Chagny, « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ?, *Cont. conc. consom.*, 2008, alerte 70.

<sup>805</sup> Par exemple avec le renforcement des sanctions et des amendes en cas d'un déséquilibre significatif.

deux systèmes juridiques, l'introduction d'une définition générale et adaptée du contrat d'adhésion ainsi que l'amélioration des modèles de listes avec leur extension aux professionnels. Certes, toutes ces mesures sont bien loin de résoudre tous les problèmes liés à la faiblesse, au déséquilibre, à l'injustice, à l'insécurité... ; elles représentent à tout le moins des pistes visant l'amélioration du régime de protection du professionnel, qui peut être la partie faible dans un contrat où l'on perçoit la présence d'un déséquilibre significatif.

## CONCLUSION

*Il faudra de toute justice,  
que le droit vienne au secours de tant de faiblesse*<sup>806</sup>.

733. Le droit brésilien a beaucoup changé depuis son ancien Code civil de 1916, époque à laquelle la majorité de la population vivait dans les campagnes. Aujourd'hui, les Brésiliens ont migré vers les grandes villes, parfois même en France, pour leurs études notamment. Le Code civil a su saisir cette évolution en déportant depuis 2002 l'accent mis sur l'individu vers des préoccupations plus sociales. Un auteur brésilien, rédacteur du Code civil de 2002, parlait ainsi de la « sociabilité » comme but de ce nouveau Code civil brésilien<sup>807</sup>, qui allait faire disparaître le caractère individualiste de l'ancien modèle en vigueur depuis 1916. Pour ce dépassement de l'individualisme, le droit brésilien favorise une différenciation entre les parties, la bonne foi (article 422), la fonction sociale du contrat (article 423), la fonction sociale de la propriété (article 1228), la confiance, ou encore la transparence dans les relations contractuelles.

734. La France a aussi eu la chance de vivre une mutation de son droit des obligations. Choisir ce moment historique, de changement sen cours, sur un sujet si vivant et qui fait vibrer le droit français, n'était peut-être pas un hasard. Ces mutations ont aussi affecté le processus de réalisation de cette thèse modifiant son aboutissement. Depuis 2004 en effet, les débats pour une réforme du Code civil français, du droit français des obligations,

---

<sup>806</sup> Josserand, « Évolutions et actualités », in *Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 139.

<sup>807</sup> M. Reale, « Visão geral do novo código civil », *Anais do « EMERJ Debate o Novo Código Civil »*, juin 2002, p. 9.

remplissent les amphithéâtres, les conférences, les revues de droit et les couloirs de l'Université. En 2016, la France voit l'aboutissement de cette réforme et l'intouchable Code Napoléon est enfin réformé. Cette réforme a inséré dans le Code les évolutions jurisprudentielles, changé le numéro des articles et provoqué ainsi des rumeurs, des critiques et, encore maintenant, des débats. Une bataille de plus dans la guerre pour la modernisation du droit des contrats.

735. Dans cette atmosphère de réforme et de changement du droit français, la première difficulté de notre sujet, la protection des professionnels contre les clauses abusives, résidait d'abord dans la légitimité socio-économique de la protection. Le Brésil et la France ont chacun des raisons et des justifications différentes pour concevoir une protection contre le déséquilibre significatif. Il nous a ainsi fallu toujours avoir à l'esprit la protection des consommateurs contre les clauses abusives, source d'inspiration du mouvement, né en France, de protection des professionnels. En somme, les consommateurs sont considérés comme faibles et les contrats de la consommation comme inégaux par nature. Dès lors comment justifier la nécessité, la légitimité et l'efficacité de la protection des professionnels, à savoir les forts dans un contrat entre égaux, contre les clauses abusives ?

736. Pour répondre à cette question, et avant de comparer le régime de la protection des professionnels des deux systèmes juridiques, nous avons d'abord dû comprendre la légitimité juridique de cette protection : la différence « manichéenne » entre consommateur et professionnel en droit français et brésilien, mais aussi la distinction entre consommateur et non-professionnel, particularité du droit français. Dans cet élan réformiste, le droit français peut également se prévaloir de la loi Hamon du 17 mars 2014, qui a inséré un article liminaire pour la définition de chacune de ces catégories. Nous avons donc pu vérifier que la légitimité de la protection des professionnels se fondait sur la multiplication des contrats inégaux, les manifestations de l'inégalité contractuelle et les instruments de protection, parfois encore insuffisants, existant dans les droits commun et spécial, français et brésilien, visant la lutte contre ce déséquilibre entre contractants professionnels.

737. Dans notre société massifiée, la plupart des contrats sont produits en série. Les clauses abusives rencontrent un terrain fertile pour se reproduire et se multiplier. Pour que la clause abusive ne risque pas de devenir la « machine à faire sauter le contrat », selon l'expression de Jacques Flour à propos de l'enrichissement sans cause, une évolution des



régimes de protection contre ce genre de clauses dans un contrat où, *a priori* ou « naturellement », les parties n'ont pas besoin de protection paraît nécessaire.

738. On admet que le juge puisse protéger le professionnel contre les clauses abusives quand ce dernier agit hors de sa sphère habituelle d'activité avec un professionnel de spécialité différente. Comme nous l'avons déjà affirmé, le problème se pose quand il s'agit d'un contrat entre professionnels exerçant une même spécialité et considérés comme égaux. La frontière entre les deux professionnels est assez floue. Si la France propose une protection spécifique des professionnels contre le déséquilibre significatif depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008 – qui a inséré le fameux article L. 442-6, I, 2° dans le Code de commerce français – une intervention législative reste nécessaire au Brésil pour en finir avec cette assimilation constante du professionnel au consommateur, autrefois opérée par la jurisprudence en vue de le protéger également contre les clauses abusives. Ainsi « le droit de la consommation n'est pas le tombeau de la théorie générale des contrats, qu'il contribue, au contraire, parfois à régénérer »<sup>808</sup>.

739. Mais ces arguments ne justifient pas, à eux seuls, que le droit de la consommation ait été à ce point évoqué tout au long de cette thèse. Notre travail est une thèse de droit comparé franco-brésilien, mais pas seulement ; il se penche également sur le droit de chaque pays, plus précisément sur le droit commun et le droit spécial de protection des professionnels contre les clauses abusives. Ainsi, si « le droit des contrats contemporain incorpore désormais de manière systématique le facteur d'inégalité et le souci de protection »<sup>809</sup>, notre but a été d'essayer de systématiser cette incorporation, en essayant de retrouver l'équilibre et la justice contractuelle dans les relations entre professionnels. Pour cela, il était nécessaire de reconstruire certaines catégories en les détachant du droit de la consommation, de montrer que cette branche du droit n'était qu'une illustration la dépassant. Comme nous le rappelle M. Touraine, « nous vivons dans cette confusion : appels désespérés à l'équilibre dans un monde qui voit des changements accélérés, refus de formes sociales nouvelles qui semblent l'œuvre diabolique des détenteurs du pouvoir, prolifération d'utopies exaltantes et décevantes, ou au contraire appuis doctrinaux sur le langage et les catégories du passé, si fortement codifiés qu'ils rassurent, même s'ils ne servent déjà plus »<sup>810</sup>. Le monde

---

<sup>808</sup> D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998, pt. 23-1.

<sup>809</sup> M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », in J. Ghestin et M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 652.

<sup>810</sup> A. Touraine, *Lettres à une étudiante*, Paris, Editions du Seuil, 1974, p. 9.

juridique ne souffre pas l'improvisation, il importe de réfléchir au problème de droit et d'essayer de trouver la meilleure adaptation en relation avec les besoins de chaque société. Le droit brésilien, parfois trop social, peut trouver un équilibre au regard du droit français, parfois trop libéral. Les deux sont en voie de changement. Le droit français cherche un solidarisme que le droit brésilien développe depuis les années 1990, tandis que le droit brésilien cherche encore à déterminer les frontières de ce mouvement qu'il manie sans réelle cohérence<sup>811</sup>.

740. Il était donc nécessaire de comparer, non seulement la protection des professionnels contre les clauses abusives prévue dans les deux pays, mais aussi la protection contre les clauses abusives dans le droit commun et dans les droits de la consommation – l'origine de cette protection – et de la concurrence. Nous sommes loin d'imaginer que l'édition de nouvelles règles pourrait résoudre tous les problèmes sociaux, mais nous sommes à tout le moins convaincus que le droit de protection contre les clauses abusives a beaucoup évolué ces derniers temps avec l'édition en France de règles protectrices contre les clauses abusives dans le droit commun (nouvel article 1171 du Code civil). Nous affirmons donc que les mêmes vices que subissent les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur peuvent affliger une convention conclue entre deux professionnels. L'inégalité et l'absence d'équilibre contractuel doivent être sanctionnées dans toutes les hypothèses, car elles sont inadmissibles : il s'agit là d'une question d'éthique, de respect, de loyauté, de lutte contre l'individualisme et l'arbitraire du cocontractant ; notamment en matière de distribution.

741. Par ailleurs, puisque l'on admet aujourd'hui que l'idée de protection et de sécurité imprègne la totalité du droit, on comprendrait mal sur quel critère le professionnel en serait exclu. Le contrôle de la clause abusive a l'avantage de sauvegarder la liberté initiale des cocontractants et de mettre en place un contrôle judiciaire. Il s'agit d'opter pour une protection globale de tous les professionnels, qui évitera une trop grande casuistique en fonction de l'expérience de chacun. Le faible est avant tout un contractant. Et c'est à ce titre qu'il doit être protégé.

---

<sup>811</sup> Ainsi la dignité humaine a pu être rattachée au solidarisme contractuel. V. G. Tepedino, « Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil », in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n° 5, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 25 ; G. Tepedino, « Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana », in *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006 ; G. Tepedino, « Direito Civil Contemporâneo : novos problemas à luz da legalidade constitucional », *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 29-41 ; G. Tepedino, « Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil », in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 4<sup>e</sup> éd., 2008 ; M.-C. Bodin de Moraes, « O Princípio da Dignidade Humana », in *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 12.

742. A cet égard, un regard croisé entre les droits français et brésilien nous a permis de proposer pour chaque système juridique des améliorations d'ordre institutionnel et matériel. Il s'agit en premier lieu de l'importation du modèle brésilien du *Procon* (avec les améliorations pertinentes) en France et de l'importation du modèle de la Commission des clauses abusives (avec les améliorations pertinentes) au Brésil. Il s'agit ensuite de l'introduction d'un centre de référence qui centraliserait le système de listes pour une protection efficace contre les clauses abusives, que ce soit des consommateurs ou des professionnels, c'est-à-dire une généralisation des systèmes de protection existants ; d'une refonte des définitions – contrats d'adhésion – et des distinctions – le contrat consommation comme sous-genre du contrat d'adhésion –, ce qui permettrait de développer un régime global du contrat d'adhésion en s'inspirant des règles spécifiques du contrat de consommation et finalement de l'introduction d'une disposition spécifique de protection des professionnels contre les clauses abusives en droit brésilien. Reste à savoir si les droits brésilien et français seront ouverts à cet « échange de valises ».

743. Pour voyager à travers ce thème, il nous a fallu « comme dit Husserl, de refuser au monde notre "complicité", de nous dépayser, en nous mettant à tout instant, tel le célèbre personnage d'Albert Camus, dans la peau d'un Étranger, – ce qui, du même coup, aboutit à rendre étrange le monde en face de nous »<sup>812</sup>.

*« Ainsi se termine l'histoire d'un voyage.*

*Vous avez vu et entendu.*

*Vous avez vu un événement ordinaire,*

*Un événement comme il s'en produit chaque jour.*

*Et cependant, nous vous en prions,*

*Sous le familier, découvrez l'insolite,*

*Sous le quotidien, décelez l'inexplicable.*

*Puisse toute chose dite habituelle vous inquiéter »<sup>813</sup>.*

<sup>812</sup> P. Amsselek, « L'étonnement devant le droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, Sur les notions du contrat, Paris, Sirey, 1968, p. 167, (pp. 163-183).

<sup>813</sup> Bertolt Brecht, « L'exception et la règle », in *Théâtre Complet*, Paris, L'Arche, 1956, I, p. 205.

## BIOGRAPHIE GÉNÉRALE

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, MANUELS, COURS

ABRAHAM-FROIS (G.), *Dynamique économique*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2002.

ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, coll. « Essai », janv. 2017

AZEVEDO (A.-J.), *Negócio jurídico*, São Paulo, Saraiva, 3<sup>e</sup> éd, 2000.

BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, PUF, 1996.

BECKER (A.), *Teoria geral da lesão nos contratos*, São Paulo, Saraiva, 2000.

BURNIER DA SILVEIRA (P.), *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013

CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd, 2016.

CALAIS-AULOY (J.), *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll.« Précis », 3<sup>e</sup> éd, 2015.

CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 97.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. I, Paris, PUF, 1967.

CARPENA (H.), *O consumidor no direito da concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, Hors-Collection, n° 284.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique* (Association Henri Capitant, dir.), Paris, PUF, coll. « Quadrige », 11<sup>e</sup> éd., 2016.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORE (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> ed., 2016.

DE LEYSSAC (C.-L.), PARLEANI (G.), *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002.

DIJOL (M.), *La nullité des contrats lésionnaires*, Thèse, Paris, Recueil Sirey, 1918.

DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2011.

DUTILLEUL (F. C.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Les obligations. L'acte juridique*, par E. Savaux, Paris, Sirey, coll. « Sirey Université », 15<sup>e</sup> éd., 2012.

GAIO JUNIOR (A.), *O consumidor e sua proteção na União europeia e Mercosul*, Juruá, 2014.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1993.

GHESTIN (J.) (dir.), *Les contrats de consommation, Règles communes*, Paris, LGDJ, 2012.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et al., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2015.

JUNIOR (H.-T.), *Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

JUNIOR (H.-T.), *O contrato e sua função social*, São Paulo, Forense, 2003.

LACHIEZE (Ch.), *Droit des contrats*, Paris, Ellipses, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, 2013.

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 2017.

MARQUES (C.-L.), *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil : Les obligations*, Paris, Sirey, coll. « Droit civil », 1962.

MAZEAUD (H. et L.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil. Les obligations théorie générale*, tome 2, vol. 1, Paris, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2000.

MAZZILI (H.), *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 1999.

MORAES (P.), *O Código de Defesa do Consumidor : princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, Porto Alegre, Síntese, 1999.

NEGREIROS (T.), *Teoria do contrato : novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2<sup>e</sup> éd., 2006.

NERY (N.) et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 6<sup>e</sup> éd., 1999.

- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>re</sup> éd., 1999
- PICOD (Y.), *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> éd, 2015.
- PONTES DE MIRANDA (F.), *Fontes e evolução do direito privado brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- PONTES DE MIRANDA (F.), *Tratado de direito privado*, t. 1, Introdução, São Paulo, RT, 4<sup>e</sup> éd., 1983.
- PORTALIS, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français*, tome 7, Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tablier, 1836.
- RAYMOND, (G), *Droit de la consommation*, Lexis Nexis, 3<sup>e</sup> éd., 2015.
- REVEL (T.), ZENATI-CASTAING (F.), *Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2014.
- RIPERT (G.), ROBLOT (R.) et al., *Traité de droit commercial*, tome 1 : Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales, Paris, LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 2001.
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*. Paris, PUF, coll. « Thémis-droit », 2011.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), *Les contrats de consommation règles communes*, Paris, LGDJ, 2013.
- TARTUCE (F.), *Função social dos contratos : do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, São Paulo, Ed. Método, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 11<sup>e</sup> éd., 2013.
- VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 1986
- WEIL (A.), TERRE (F.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 1986.
- ZANETTI (C.), *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Método, 2008.

## II. OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS

ALVIM (J.-M.), ALVIM (T.) et al., *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2<sup>e</sup> ed, 1995.

AMSELEK (P.), *Cheminelements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012.

ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.), GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017.

Association Henri Capitant et Société de Législation comparée, *Projet de cadre commun de référence : Terminologie contractuelle commune*, vol. 6, 2008.

Association Henri Capitant et Société de Législation comparée, *Projet de cadre commun de référence : Principes contractuels communs*, vol. 7, 2008.

BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, Thèse, Paris, LGDJ, 2016.

BARRAUD (B.), « *La recherche juridique, sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, 2016.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), CHAGNY (M.) (dir.), *Livre vert sur le droit européen des contrats, Réponses du réseau Trans-Europe Experts*, vol. 1, Paris, Société de Législation comparée, coll. « TEE-SLC », 2011.

BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012.

BOURGOIGNIE, (T.), *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Cowansville, Ed. Yvon Blais, 2009.

BRICKS (H.), *Les clauses abusives*, (Préf. J. CALAIS-AULOY), Paris, LGDJ, 1982.

BURNIER DA SILVEIRA (P.), *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Editions La mémoire du droit, coll. « De la faculté J. Monet », reimp. 1927, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 2012 (Mazeaud (D.), avant-Propos).

CARBASSE (J.-M.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

CASTEL (R.), *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Ed. Fayard, 1995.

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004.

CHAZAL (J-P.), *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse, Grenoble, 1996.

CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, Paris, Dalloz, 2016.

CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé*, Paris, Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2008.

DAIGNE (J.-Fr.), *L'éthique financière*, Paris, PUF, 1991.

DESHAYES (O.) (dir.), *Le livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, Contributions du LEJEP, Paris, Éd. LEJEP-Lextenso, 2011.

DESHAYES (O.) et al., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016.

DIJOL (M.), *La nullité des contrats lésionnaires*, Thèse, Paris, Recueil Sirey, 1918.

DONZELOT (J.), *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, ed. Seuil, 1994.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.

FENOUILLET (D.), LABARTHE (F.) (Dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2002.

FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.

FRAGU (E.), *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse de doctorat, Paris II-Panthéon-Assas, 2015.

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. de Yves Lequette, Paris Economica, 2006.

GHESTIN (J.), *La protection de la partie faible dans le rapport contractuel : comparaison franco-belge*, Paris, LGDJ, 1996.

GHESTIN (J.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1998.

GOLDIE-GENICON, (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, 2009.

GORPHE (F.), *Le principe de la bonne foi*, Thèse, Paris, Dalloz, 1910.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*. Thèse, Université de Bourgogne. UFR de droit et science politique, Paris, A. Rousseau, 1912.



HAYEK (F.A.), *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* (Audouin (R.), trad.), Paris, PUF, 2007.

JAMIN (Ch.), MAZEAUD (D.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003.

JAMIN (Ch.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2004.

JAYME (E), « Identité culturelle et intégration : le droit internationale privé postmoderne », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Doordrecht, Kluwer, 1995, vol. 2, p. 259

JOIN-LAMBERT (M.-TH.), BOLOT-GITTLER (A.), DANIEL (Ch.), LENOIR (D.), MEDA (D.), *Politiques sociales*, Paris, Ed Presses de la FNSP, 1997.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, (EISENMANN (Ch.), Trad.), Paris, Dalloz, 1962.  
LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », tome I, 2000.

LATINA (M.), « La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », *D.*, 2016, p. 93 *sq.*

LICARI (F.-X.), « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses “déraisonnables” ou “abusives” dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes », *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008

MAUCLAIR (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Université d'Orléans, Institut Universitaire de Varenne (Ed.), coll. des thèses, 2012.

MORIN (G.), *La Révolte des faits contre le Code : les atteintes à la souveraineté des individus, les formes actuelles de la vie économique : les groupements, esquisse d'une structure nouvelle des forces collectives*, Paris, B. Grasset, 4<sup>e</sup> éd., 1920.

OPPETIT, (B.) *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>re</sup> éd., 1999, réimpr., 2010.

OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, (LEQUETTE (Y.), Préface), Paris, Dalloz, 2002.

PAYET (M.-S.), *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001.

PEGLION-ZIKA (C-M.), *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, Thèse, Paris II-Panthéon-Assas, 2013.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, (COUTURIER (G.) Préface), Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 208, 1989.

RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd, 1948.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd, 1951.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 4<sup>e</sup> éd. (1949), 2000.

SALANIE (B.), « Incitation et théorie des contrats », in *Les nouvelles théories économiques*, Paris, La Documentation Française, coll. « Cahiers Français », 1995

SALLEILES (R.), *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemande*, Paris, Pichon, 1901.

SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, (Weil (A.), Préface), Paris, LGDJ, 1969.

STORCK (M.), CERQUEIRA (G) et al, *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien. Etudes de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2010.

SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.

TAORMINA (G.), *Théorie et pratique du droit de la consommation. Aspects généraux et contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

TCHERKESSOFF (P.), *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris II, 2015.

TERRÉ (Fr.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, coll. « Actes. Thèmes et commentaires », 2009.

TOURAINÉ (A.), *Lettres à une étudiante*. Paris, Editions du Seuil, 1974.

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 1986.

VOGEL (L.), VOGEL, (J.), *La négociation commerciale depuis la Loi Hamon*, LawLex, Bruylant, 2015.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA (P.), *La difficile incorporation et mise en œuvre des normes du Mercosur. Aspects généraux et exemple du Brésil*, Paris, LGDJ, 2013.

### III. OUVRAGES CLASSIQUES

BRECHT (B.), « L'exception et la règle », in *Théâtre Complet*, Paris, L'ARCHE, 1956, I, p. 205.

DESCARTES, (R.) « Olympiques », récit de Baillet, in *Œuvres philosophiques, 1618-1637*, t. I, pp. 53-61, Paris, Garnier, 1963.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, PUF, coll. « Les grands textes », 2004.

KANT (E.), *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, (FERRY (L.), Trad.), 4<sup>e</sup> proposition, Paris, Gallimard, 1985.

KANT (E.), *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit* (PHILONENKO (A.), Trad.), 4<sup>e</sup> éd, Paris, Vrin, 1988.

LA FONTAINE (J. de), *Fables*, I, 6, 1668.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.

ROUSSEAU (J.-J), Lettre du 12 janvier 1762 à M. de Malesherbes, in *Les Confessions*, livre VIII.

SAINT AUGUSTIN, *Traité du libre arbitre*, Livre I, n° I, n° 11, in *Œuvres complètes de Saint Augustin*, (RAULX (M.), Trad.), Tome III, Bar-Le-Duc, Guérin, 1864.

#### IV. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS

AGOSTINI (E.), « La circulation des modèles juridiques », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 42 n° 2, avril-juin 1990, pp. 461-467.

ALPA (G.), « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001.

AMSELEK (P.), « L'étonnement devant le droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, pp. 163-183.

ANCEL (M.), « Comment aborder le droit comparé (À propos d'une nouvelle "Introduction au droit comparé") », in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981.

ASSIS ALMEIDA (J.-G.), « Le cadre normatif du Mercosur », *Droit et Société*, n° 59, 2005, pp. 40-51.

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats », *RDC*, n° 2, 01 avril 2012.

AUBRY (H.), « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation : des apports réels pour la protection des consommateurs », *RLC*, mai 2014, sp. n° 12.

BADIN (A.), « Venda casada : interface entre a defesa da concorrência e do consumidor », *Revista de direito da concorrência*, n°5, jan.-mar., 2005.

BAILLOD, (R.), « A propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses Universitaires de Toulouse, 1996, pp. 12-23.

BARBIER (H.), « Les différences de nature et de régime entre les clauses illicites : clause abusive, clause contraire aux droits fondamentaux, clause illégale », *RTD Civ.*, 2017, p. 129-133.

BARBOSA MOREIRA (J.-C.), « Invalidade e ineficácia do negócio jurídico », *Revista de Direito Privado*, São Paulo, RT, n° 15, 2003, p. 220-233.

BATIFFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 13.

BEAUCHARD (J.), « Remarques sur le code de la consommation », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à G. Cornu*, Paris, PUF, 1994.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et al., « Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635) final et COM (634) final (7e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016) », *CCC*, n° 2, dossier 2, février 2017.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *RLC*, n° 17, 2008, pp. 45-53.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, (G. Lardeux, Dir.), Aix-en-Provence, PUAM, 2012, n° 7, pp. 27-40.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, n° 1, 01 janvier 2009, pp. 203-223.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, n°1, 01 mars 2017, pp. 81-93.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Première sanction du déséquilibre significatif entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit ? », *RLC*, 2010/23, n° 1584, pp. 333-355.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », *RDC*, n° 3, 01 juillet 2010, pp. 928-934.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, n° 3, 01 septembre 2014.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 21, 25 mai 2015, doctr., pp. 603-623.

BEKAERT (H.), « La mission du ministère public en droit privé », in *Mélanges J. Dabin*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 433-443.

BENJAMIN (A. H.), « O conceito jurídico de consumidor », *Revista dos Tribunais*, vol. 628, fév 1988, pp. 33-43.

BERGEL(J.-L.), « La loi du juge. Dialogue ou duel ? », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Tome I, Aix-en Provence, PUAM, 1979, pp. 34-43.

BICHERON (F.), « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, n° 120, 2015.

BIOLAY (J.-J.), *Du principe de discrimination dans les relations commerciales en droit français et communautaire*, *Gaz. Pal.*, n° 1, 1982, doct.

BODIN DE MORAES, (M.-C), « O Princípio da Dignidade Humana », in *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 12.

BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, pp.335-353.

BORGHETTI (J.-S.), « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va (retrait de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *D.*, n° 24, 2015, pp. 37-53.

BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 153.

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.

CALAIS-AULOY (J.), « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Mélanges Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 81.

CALAIS-AULOY (J.), « La protection légale et réglementaire du consommateur », in *Nouvelles données pour un droit de la consommation*, Colloque Aix-en-Provence, 1972.

CALAIS-AULOY (J.), « Rapport de synthèse », CCC, (Serra (Y.), Calais-Auloy (J.) Dir.), Paris, Dalloz, 1994, p. 239.

CATALA (P.), « Des contrats déséquilibrés », in *Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010.

CHAGNY, (M.), « La généralisation des clauses abusives », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 47.

CHANTEPIE (G.),« Les clauses abusives et leur sanction en droit commun », *AJCA*, n° 121, 2015, p. 56.

CHAUVEL (P.), *Consentement*, *Rép. civ.*, juin 1995.

CHAZAL (J.-P.), « Le consommateur » existe-t-il ? », *D*, chron., 1997, p. 260.

CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation, Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 279.

CHAZAL (J.-P.), « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, (COHET-CORDEY (F.), dir. et Coord.), Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp. 243-264.

CHÉNEDÉ (F.), « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, n° 3, 2015, p. 776.

CHÉNEDÉ (F.), Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, *D.*, 2015, pp. 1227-1333.

CLARK (J. W.), « Politique de la concurrence et réforme de la réglementation au Brésil : Situation actuelle », in *Rapport OCDE, DAFPE/CLP(2000)26*, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises comite du droit et de la politique de la concurrence, 18 sept. 2000, p. 665.

COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 – Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 517.

COULON, (C.), « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles* (F. Collart-Dutilleul et C. Coulon, dir.), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », t. 28, 2007, pp. 29-43.

COUTO E SILVA (C.), « O principio da boa-fé no direito brasileiro e português », in *Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil)*, Sao Paulo, RT, 1980, p. 33.

DAVID (R.), « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », in *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*, (A. Wald et C. Jauffret-Spinosi, dir.), Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. -183.

DE LAMBERTERIE (I.), RIEG (A.), TALLON (D.), « Rapport général », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 34, n°3, juillet-septembre 1982, pp. 1059-1106.

DEELPECH (X.), « La saisine de la commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA*, 2015, p. 199.

DEREUX (G.), « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* Paris, Recueil Sirey, 1910, pp. 503-541.

DESHAYES (O.), « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC*, n° 4, oct. 2009, pp. 1602-1617.

DISSAUX (N.), « Clauses abusives : pour une extension du domaine de lutte », *Droit et patrimoine*, n° 240, 2014.

DUPICHOT (Ph.), « Rapport français », in *Travaux de l'Association henri Capitant, Le consommateur, Journées colombiennes*, Bruxelles, Bruylant et LB2V, Tome LVII, 2007, pp. 109-130.

DUPICHOT, (Ph.) et al., « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 05, p. 352.

DUPICHOT (Ph.), « La cause et la réforme des contrats, entre immolation et transfiguration », in *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain* (M. Behar-Touchais, dir.), vol. 1., Paris, IRJS, 2016, n° 13.

FAUVARQUE-COSSON (B.), FONTAINE (M.), SCHULZE (R.), WITHTAKER (S.), « Table ronde : le regard des juristes européens », *RDC*, 2009, p. 44.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Vers un droit commun européen de la vente », *D.*, 2012, p. 560.

FENOUILLET (D.), « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n° 02, pp. 358-373.

FERREIRA DA SILVA (L. R.), « A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social », in SARLET (I. W.), (Org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2° éd., 2006.

FLAVIO (A.), « Defesa da concorrência e proteção do consumidor no Brasil », in *Temas do direito do consumidor*, 2010, pp. 35-55.

FLAVIO DE OLIVEIRA (A.), O Sistema Nacional de defesa do consumidor, *Revista dos Tribunais*, vol. 44, oct-déc. 2002, pp. 97-105.

FONTAINE (M.), « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels », in J. Ghestin et M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 652.

FORTUNATO (A.), « La protection des personnes morales contre les clauses abusives », *AJ Contrat*, 2017, pp. 25-32.

FOURGOUX (J.-L), DJAVADI (L.), « Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif », *Contr. conc. consom.*, 2013, pp. 333-453.

FRADERA (V.), « Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de defesa do consumidor, uma abordagem clássica », *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, n° 43, juil./sept., 2012, pp. 316-324.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ*, 1995, p. 573.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », Colloque « Droit, économie, justice », 2004, p. 5.

FROMONT (M.), « L'influence de la Constitution sur le Code civil au Brésil », in *La lettre du CFD (Centre français de droit comparé)*, n° 58, octobre 2009.

GALINDO DA FONSECA (P.), « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur », *Revue québécoise de droit international*, vol. 23.1, 2010

GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chr., p. 91.

GATTON (L.), « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.*, n° 192, 2016, pp. 22-33

GAUDEMET (S.), « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *Contrats, conc., cons.*, mai 2016, dossier spécial, pp. 25-33.

GENICON (T.), « De la nullité partielle à la clause réputée « partiellement » non-écrite », *Revue des contrats*, n° 4, 01 octobre 2010, pp. 1199-2007.

GHESTIN (J.), MARCHESSAUX-VAN MELLE (I.), « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 », *JCP*, éd. G., I, 3854 et éd. E., I 481, 1995.

GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2014, pp. 267-279.

GRIMALDI (C.), « Clauses abusives et droit de la distribution », in *Les clauses, regards croisés franco-espagnols*, SLC, 2013, pp. 33-47.

GRIMALDI (C.), « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », *RDC*, n° 1, 01 mars 2017, pp. 85-93.

GRUA (F.), « Les divisions du droit », *RTD. civ.*, 1993.

HARTMANN (I.), « O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor : dever de informação », *Revista do Direito do Consumidor*, n° 70, São Paulo, RT, avril-juin 2009.

JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441.

JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit internationale privé postmoderne », in *Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de la Haye*, Kluwer, Dordrecht, vol. 2, 1995, p. 251.

JOSSERAND (L.), « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *DH*, chron. 29, 1930.

JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, *Les sources générales des systèmes actuels*, Paris, Sirey, 1935, pp. 333-346.



JOSSERAND (L.), « Évolutions et actualités », in *Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 139.

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTDC*, 1973, p. 1.

LAITHIER (Y.-M.), « Dispositions relatives à la validité du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Journée nationale*, t. XX, Nancy, Dalloz & Association Henri Capitant, 2016.

LAJNEF (N.), « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *RLC*, n° 39, avril-juin 2014, pp. 155-183.

LATINA (M.), « Les derniers développements du droit européen des contrats », *RDC*, n° 1, 2012.

LE GAC-PECH (S.), « L'établissement des relations de distribution : entre classicisme et modernité », *Contr. conc. consom.*, Étude 12, 2009, spéc. n° 34 sq.

LE GAC-PECH (S.), « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *Petites affiches*, n° 162-163, 16 août 2016.

LECUYER (H.), « Le contrat : acte de prévision », in *L'avenir du droit : mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, 1999, pp. 643-660.

LECUYER (H.), « Cession de fonds de commerce et applicabilité des dispositions consuméristes relatives au démarchage à domicile », *Deffrénois*, n° 2, 30 janvier 2016, p. 70-77.

LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé, Mélanges P. Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 247.

LEVENEUR, (L.) « Le forçage du contrat », in « Que reste-il de l'intangibilité du contrat ? », Actes du colloque de Chambéry du 28 novembre 1997 », *Droit & patrimoine*, pp. 69-73.

LEVENEUR, (L.) « Les recommandations de la Commission des clauses abusives », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, 2009, Litec, pp. 495-413.

LEVENEUR, (L.), « La Commission, source de droit ? », in *Colloque : « La commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire »* ; disponible sur : <http://www.clauses-abusives.fr/colloque/lleveneur.htm>.

LIBCHABER (R.), « L'autorité des recommandations de la Commission des clauses abusives », *RTD Civ.*, 1997, pp. 789-793.

LICARI (F.-X.), « Quelques réflexions et propositions au sujet des clauses "déraisonnables" ou "abusives" dans les contrats conclus entre professionnels, à la lueur du droit comparé et des propositions savantes », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 655.

LIMA LOPES (J.-R.), « Droit de la concurrence et droit du consommateur », *Revista de direito do consumidor*, vol. 34, avril-juin 2000.

LOISEAU (G.), « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patr.*, 2002.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), CHAGNY (M.), « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, juillet 2009.

MARQUES (C. L.), « Qual o futuro do direito do consumidor ? União Europeia legisla em 1998 e projeta importantes mudanças para a proteção dos consumidores em 1999 », *Revista de Direito do consumidor*, juil-déc. 1997.

MARQUES (C. L.), Direitos do consumidor no Mercosul : algumas sugestões frente ao impasse, in *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, n° 32, oct./déc., 1999, p. 20.

MARQUES (C. L.), « Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços : o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos », *Revista de Direito do Consumidor*, n° 35, 2000.

MARQUES (C. L.), « Campo de aplicação do CDC », in *Manual de direito do consumidor* (Benjamin (A. H), Marques (C. L.), L. R Bessa), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES DE CARVALHO (V.), « Pouvoir économique et défense de la concurrence : réflexions sur la réalité brésilienne », in *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées* (Fromont (M.), Frison-Roche (M.-A.)), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 33.

MARTIN (R.), « Le consommateur abusif », *D.*, chron., 1987, p. 150.

MARTIN (X.), « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.*, n° 2, avril-juin 2003, p. 110.

MATHEY (N.), « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers », *Revue des sociétés*, 2004, p. 34.

MATHEY (N.), « Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consuméristes », *CCC.*, 2013/5, étude 3.

MATHEY (N.), « Contrôle judiciaire des réductions de prix », *Contrats, conc., consom.*, n° 4, comm. 77, avril 2017.

MAURO (C.) et al., « Faut-il réformer le statut du ministère public ? » *Dossier AJ Pénal*, 2011, 105 ; *Dossier de la revue Constitutions*, 2011, 3.

MAZEAUD (D.), « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'inexécution du contrat, Colloque I.D.A Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 39.

- MAZEAUD (D.), « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.*, 1998.
- MAZEAUD (D.), « La protection par le droit commun », in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 33.
- MAZEAUD (D.), « La réduction des obligations contractuelles », *Droit et patrimoine*, Dossier : « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », n° 58, mars 1998
- MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, J.-CL., 1999, p. 603.
- MAZEAUD (D.), « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 205.
- MAZEAUD (D.), « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.*, 2008, p. 1776.
- MAZEAUD (D.), « Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat (Solidarisme contractuel : la Cour de cassation fait un grand pas... en arrière !) » *D.*, 2002, p. 135.
- MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 59.
- MAZEAUD (D.), « Le juge et le contrat, variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235 sq.
- MAZEAUD (D.), « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.*, 2005, p. 1828.
- MAZEAUD (D.), « Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu : la messe est dite ! », *D.*, 2007, p. 1051-1055.
- MAZEAUD (D.), « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats », in *Mélanges offertes à Paul Didier. Études de droit privé*, Paris, Economica, 2008, pp. 325-352.
- MAZEAUD (D.), « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, (MAZEAUD (D.), MASH (G.), et al.), GPR, 2009, p. 29-51.
- MAZEAUD (D.), « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012, p. 659.
- MAZEAUD (D.), « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 517.
- MAZEAUD (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *Recueil Dalloz*, n° 5, 2014.

MAZEAUD (D.), « La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et pat.*, n° 240, oct. 2014.

MAZEAUD (D.), « Les professionnels sont-ils des consommateurs comme les autres » (Acte II), in *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. Martin*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 451-466).

MAZEAUD (D.), « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglia...», *Gazette du Palais*, n° 12, 22 mars 2016.

MAZEAUD (D.), FAUVARQUE-COSSON (B.), « Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit », in *Droit privé comparé et européen*, Société de législation comparé, vol. 1, 2003.

MEKKI (M.), « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in *Les sanctions en droit contemporain, La sanction entre technique et politique*, (sous la dir. de C. CHAINAIS, D. FENOUILLET), vol. 1, Paris, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », n° 4, 2012, pp. 31-43.

MEKKI (M.), « Réformer le droit des contrats, Du mythe à la réalité », *Note n°9 FJJ, Fondation Jean-Jaurès/Thémis, Observatoire justice et sécurité*, 23 mai 2014, pp. 1-6.

MEKKI (M.), « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, n° 17, 10 mai 2016.

MEKKI (M.), « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, 2016, p. 501.

MEKKI (M.), « La réforme du droit des obligations : questions pratiques, Fiche pratique sur les clauses abusives : quels *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, n° 17, 10 mai 2016, pp. 8-23.

MESTRE (J.), BARBIER (H.), « L'actualité 2014 du droit des contrats », *RLDC*, décembre 2014

MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 41.

MESTRE (J.), « L'efficacité du contrat », in *Rapport de synthèse* (G. Lardeux, dir.), Paris, Dalloz, 2011, pp. 89-95.

MESTRE (J.), « Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 772.

NETO LOBO (P.), « A informação como direito fundamental do consumidor », *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 37, janvier 2001.

NOGUEIRA DA GAMA (G. C.), « Direito contratual contemporâneo : A função social do contrato ». in *O Direito e o Tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas* (TEPEDINO (G.), FACHIN (L. E.), coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 35-53.

PAISANT (G.), « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels* (JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.), dir.), Paris, Economica, 1998, p. 25.

PÉDAMON (M.), « Le rôle consultatif général de la Commission de la concurrence », in *Études dédiées à R. Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 123-133.

PELLIER (J.-D.), « Retour sur le domaine et la sanction des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *Petites affiches*, n° 116, 10 juin 2016.

PETIT (B.), « Contrats et obligations - Obligation d'information », *J.Cl. Civil*, Fasc 50, n° 8, 20 février 2003.

PICOD (Y.), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP éd. G*, 1988.

PICOD (Y.), « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP*, 1990. I. 3447.

PIEDELIEVRE (S.), « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP E*, 2014, pp. 1173-1177.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Y. Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925.

POUMARÈDE (M.), « Le contenu du contrat », *RDI*, 2016, p. 331.

REALE (M.), « Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente », in *O projeto do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2<sup>e</sup> éd., 1999.

REALE (M.), « Visão geral do projeto de código civil », *Revista dos tribunais*, São Paulo, vol. 752, juin 1998, pp. 22-30.

REBOUL (S.), « Prémisses et origines philosophiques du capitalisme », in *Le rasoir philosophique* [en ligne]. (modifié le 12 octobre 2007); disponible sur : <http://sylvainreboul.free.fr/liberalisme3.htm>

REMY(P.), « Le juge et le contrat dans le projet européen de cadre commun de référence : éléments de réflexion pour une réforme à venir », in *Obligations, procès et droit savant, mélanges en hommage au Professeur J. Beauchard*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 277- 368.

RENTERIA (P.), « Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato », in *Princípios do direito civil contemporâneo* (BODIN DE MORAES (M. C.), coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 281-314.

RENET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance* (CHAUVIRE (Ph.), dir.), Paris, Dalloz, 2015, p. 67.

RIEG (A.), La lutte contre les clauses abusives des contrats. (Esquisse comparative des solutions allemande et française), in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 221.

RIPERT (G.), TEISSEIRE (M.), « Essai d'une théorie française de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD. Civ.*, 1904, p. 742.

ROCHFELD (J.), « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », in « La réforme du droit des contrats : Projet et perspectives (Actes du colloque du 25 octobre 2005) », *RDC* 2006/1, pp. 113-123.

ROCHFELD (J.), « Le statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 835.

ROSADO DE AGUIAR (R.), « Cláusulas abusivas no Código do Consumidor », in *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL/ Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*, Seção do Rio Grande do Sul (coord. de Cláudia Lima Marques), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, pp. 13-32.

ROTH, (C.), « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *RLDC*, n° 61, 2009.

SAINT-ESTEBEN (R.), « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, juillet 2009.

SALANIE (B.), « Incitation et théorie des contrats », in *Les nouvelles théories économiques*, Paris, La Documentation Française, collection « *Cahiers Français* », n° 272, 1995.

SALEILLES, (R.) « Le code civil et la méthode historique », in *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, publié par la Société d'Études Législatives, t. I, Généralités, études spéciales, 1904, pp. 15-33.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Traité de droit civil » ( Ghestin (J.), dir.), *Les contrats de consommation, Règles communes*, Paris, LGDJ, 2012.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *RDC*, n° 3, 01 septembre 2016.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Florilège de décisions et intervention du législateur sur la définition du non-professionnel », *RDC*, n° 1, 01 mars 2017, pp. 109-123.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « La sanction du déséquilibre significatif », *La Semaine Juridique Edition Générale*, Droit des contrats, n° 12, doct., 20 mars 2017, pp. 325-333.

SAVAUX (E.), « Le contenu du contrat », *JCP*, 2015, supplément au n° 21.

SCHWARZ (A.B.), « La réception et l'assimilation des droits étrangers », *Recueil Lambert*, T. II, pp. 581-592.

SERINET (Y.-M.), *La Semaine Juridique Edition Générale*, Droit des contrats, n° 12, doct. 325, 20 mars 2017.

SHIEBER (B.-M.), « Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA) », *Revista dos Tribunais*, 1966.

SINAY-CYTERMANN, (A.), « La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1985, p. 471.

SIQUEIRA JUNIOR (P.), « Direito informacional : direito da sociedade da informação », *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, vol. 859, mai 2007.

SOULEZ-LARIVIÈRE, M. Robert et C. Mauro, « Faut-il réformer le statu du ministère public ? », Dossier AJ Pénal 2011, 105 JP, *Dossier de la revue Constitutions* 2011, 3.

STOFFEL-MUNCK (P.), « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Dr. et patr.*, n° 240, 2014.

TEMPLE (H.), « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in Calais-Auloy (J.), *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum*. Paris, Dalloz, 2004, pp. 1067- 1091.

TEPEDINO (G), « Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil », *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n° 5, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

TEPEDINO (G.), « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002 » in *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2<sup>ed</sup> ver E Atual, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 55.

TEPEDINO (G), « Les contrats de consommation au Brésil » in *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*. (Wald (A.) et Jauffret-Spinozi (C.), dir.), Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 433-444.

TEPEDINO (G), « Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana », in *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 33.

TEPEDINO (G), « Novos princípios contratuais e teoria da confiança : a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers* », in *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 241-273.

TEPEDINO (G), « Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento », in *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas* (Pereira De Souza Neto (C.), Sarmiento (D.), coord.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 57.

TEPEDINO (G), « Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil », in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 4<sup>e</sup> éd., 2008, p. 88.

TEPEDINO (G), « Notas sobre a função social dos contratos », in *O Direito e o Tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas* (Tepenido (G.), Fachin (L. E), coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 395-405.

TEPEDINO (G) et SCHREIBER (A.), « Os efeitos da constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil », *Revista da EMERJ*, vol. 6, n° 23, 2003, p. 55.

TERRE (F.), « Sur la sociologie juridique du contrat », *Archives de philosophie du droit*, n° 13, « Sur les notions du contrat », 1968, pp. 71-88.

TESTU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP*, 1993. I. 3673.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.*, n° 28, 1997, p. 357

ULHOA COELHO (F.), « O projeto do novo Código comercial », *Revista do instituto dos advogados de Sao Paulo*, vol. 29, janvier-juin, 2002.

USUNIER, (L.), « Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d'une souris », *RTD civ.*, 2016, p. 304.

UTZSCHNEIDER (Y.), LAMOTHE (A.), « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, p. 199.

VARELLA BRUNA (S.), « O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício », *Revista dos tribunais*, 1997.

VERÇOSA (H.), SZTAJN (R.), « O projeto de novo Código comercial e a (ir)responsabilidade do legislador », *Revista de direito empresarial*, nov. 2013.

VILLEY (M.), « Kant dans l'histoire du droit », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, p. 251.

VINEY (G.), « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la Loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP*, 1988. I. 3355.

VOGEL (J.), « Réforme du droit des contrats : Le juge devient une troisième partie au contrat », Propos recueillis par Delphine Iweins ; disponible sur : <http://www.actuel-direction-juridique.fr/content/reforme-droit-des-contrats-force-de-vouloir-faire-lequilibre-du-contrat-aboutit-en-realite>.

VOGEL (L.), « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial, et le droit de la concurrence », in *Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence, Concurrence et consommation*, n° 115, mai-juin 2000.

WALD (A.), « Le droit français et la législation brésilienne », *La Lettre du CFDC, Centre français de droit comparé*, Editorial, Année de la France au Brésil, n° 58, 2009, p. 1.

WENDEHORST (C.), « Consumer Contracts and the Internet of Things », in *Digital Revolution : Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos, 2016, p. 189.



WICKER (G.), RACINE (J.-B.), « Art. 4 :209 du Projet de cadre commun de référence », in *Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant et Société de législation comparée, Société de législation comparée.

WICKER (G.), « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

ZAJTAY (I.), « La réception globale des droits étrangers », in *Études de droit contemporain*, Paris, Editions de l'Épargne, 1970, pp. 31-40.

ZAJTAY (I.), « Les destinés du Code civil », *RIDS*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 792-810.

#### IV. NOTES D'ARRETS ET OBSERVATIONS

##### Tribunaux de commerce

###### *Lille*

TC Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184, *Castorama c/ Min. de l'Économie* ; CCC 2010, comm. n° 71, obs. N. Mathey

###### *Paris*

TC Paris, 18 décembre, 2013, n° 12/00150 ; RDC 2014, 412, obs. M. Behar-Touchais

###### *Rouen*

TC Rouen, 12 décembre 2012, n°12/01200 ; CCC, 2013, comm. n° 117, obs. N. Mathey

##### Cours d'appel

###### *Paris*

CA Paris, 20 déc. 1974 ; *D.* 1975. 312, concl. J. Franck, note Lindon

CA Paris, 10 mai 1994 ; CCC, 1994, n° 175, obs. G. Raymond.

CA Paris 23 mai 2013, n° 12/01166, *Sté Ikea* ; CCC, 2013, comm. n° 208, obs. N. Mathey ; *RDC* 2014, p. 412, obs. M. Behar-Touchais

CA Paris, 4 juil. 2013, n° 12/07651, *Société EMC Distribution Paris* ; obs. D. Ferrier, *Dalloz*, 2014, p. 893

CA Paris, 29 oct. 2014, s'appuyant sur Cass., com., 11 sept. 2012, n° 11-17.458 : « nullité d'ordre public économique des contrats de coopération commerciale » ; Lettre distrib. 2012/10, p. 2 ; *Concurrences* 2012/4, p. 98, obs. J.-L. Fourgoux.

CA Paris, 1<sup>er</sup> juil. 2015, n° 13/19251, *Min. de l'Economie c/ GALEC* ; RJDA, 11/15, n° 784, Min. écon. c/ Galec, CCC 2015, comm. 229, note N. Mathey : « Galec a été condamné à restituer 61,3 millions d'euros de ristournes de fin d'année perçues sans contrepartie ».

CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784 ; *Concurrences* 2017/4, p. 117, note F. Buy ; Lettre distrib. 2017/7-8, p. 3, obs. F. Leclerc.

## Cour de Cassation

### *Chambres civiles*

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 16 janv. 1980, n° 78-14.704 ; *D.* 1980, inf. rap., 308 ; 21 décembre 1981, *Bull. civ. I*, no 450 ; 3 juin 1986, *JCP.* 1987. II. 20791, note Viandier ; 19 mai 1987, *D.* 1987, inf. rap., 135

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1981, n° 80-11060 ; *RTD civ.* 1982. 601, obs. Chabas.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 1987, n° 85-13.674 ; *Bull. civ. I*, n° 134 ; *D.* 1988, p. 1, note P. Delebecque ; *RTD civ.* 1987, p. 537, obs. J. Mestre.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294 ; *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP.* 1989. II. 21363, note Legeais ; CA Versailles, 18 mai 1988, *Deffrénois*, 1988, 1142, note Aubert ; 23 octobre 1992, *D.* 1993, inf. rap., 19.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999 ; *Bull. civ. I*, n° 153, *D.* 1991, 449, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1991, p. 526, observ. J. Mestre ; CCC, 1991, n° 63, note L. Leveneur, *JCP G* 1991, II, 21763, obs. G. Paisant.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 24 janvier 1995, n° 92-18227 ; *Bull. civ., I*, n° 54, note G. Paisant, *D.* 1995, jur. p. 237 ; *RTDCiv.* 1995, p. 360

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1996, n° 93-19.322 ; J. Mestre, *Clauses abusives et professionnels*, in *RTD civ.* 1996. 609.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *Point Club vidéo* ; *Bull. civ.* 1996, I, n° 286 ; *Dalloz* 1997, p. 500, obs. P.-A. Reigné ; *JCP G* 1997, I, 4015, obs. F. Labarthe ; *Deffrénois* 1996, p. 1015, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. Mestre.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 399, p. 279 ; *RTD Civ.* 1997.424, obs. J. Mestre ; *D.* 1997.Somm.174, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1997.I.4015, n° 1, obs. Ch. Jamin ; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 32, obs. G. Raymond.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1998, n° 96-14.359 ; *Bull. civ I*, n° 285 ; *JCP G* 1999, I, 114, n° 1, obs. Jamin, et *JCP G* 1999, II, 10202, note Maleville ; *D.* 1998, p. 563, concl. Sainte-Rose ; *Deffrénois* 1998, art. 36895, p. 1408, obs. Mazeaud.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 1999, n° 96-20.332 ; *D.* 1999, I.R., p. 170 ; et même s'il s'agit d'une activité professionnelle future qui n'est pas encore exercé

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1999, n° 97-16.306, n° 97-16.800 ; Bull. civ. I, n° 293 ; D. 2000, Jur. p. 507, note A. Cristau ; RDI 2000, p. 206, obs. G. Leguay ; RTD civ. 2000, p. 568, obs. J. Mestre et B. Fages ; Defrénois 2000, art. 37107, n° 10, p. 250, obs. J.-L. Aubert ; JCP E 2000, p. 1186, note E. Roueil ; JCP 2000, I, 219.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242 ; Bull. civ. I, n° 169 ; D. 2000, p. 879, note Chazal ; D. 2001, p. 1140, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2001, II, 10461, note Loiseau ; JCP E 2001, p. 571, note Secnazi ; Defrénois 2000, p. 1124, obs. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. 142, obs. Leveneur ; LPA 22 nov. 2000, note Szames ; RTD civ. 2000, p. 827, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* p. 863, obs. Gautier ; note J.-P. Chazal, *Dr. et patrimoine*, 2000, chron. n° 2652.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 juil. 2001, n° 99-12512 ; D. 2001. 2828, obs. Rondey, *RTDciv.* 2001, p. 873, obs J. Mestre et B. Fages.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932 ; Bull. civ. 2002 I n° 108, p. 84, *D.* 2002.1860, note J.-P. Gridel ; *RTD civ.* 2002, p. 502, note Mestre J. et Fages B

Cass., 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 2005, n° 03-17.260 ; note, D. Mazeaud, *Revue des contrats*, oct. 2005, n° 4, p. 1018, B. Fages, *Revue Lamy Droit civil*, n° 25, 1<sup>er</sup> mars 2006

Cass, 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 2005, n° 92-18227 ; Bull. civ. 1995 I N° 54 p. 38 ; G., Paisant, *D.*, 1995, p. 327 ; *Contrats, conc. consomm.* 1995, comm. 84, obs. L. Leveneur ; JCP G 1995 I, 3893, spéc., n° 28, obs. G. Viney ; D. 1995, J., p. 327, note G. Paisant et *Som. com.*, p. 229, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1995, n° 6, p. 360, obs. J. Mestre.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 ; *D.* 2005. 1948, note A. Boujeka ; *ibid.* 887, obs. C. Rondey ; *ibid.* 2836, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2005. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005. 401, obs. D. Legeais ; *ibid.* 2006. 182, obs. B. Bouloc ; *Rev. UE* 2015. 434, étude P. Bourdon ; *ibid.* 473, étude B. Vincendeau.

Cass, 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2005, n° 02-13.935 ; Bull. civ. 2005, IV, n° 347 ; *D.* 2006, p. 238, note Y. Picod, « Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », et p. 2670, obs. X. Delpesch ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 4097, concl. J. Sainte-Rose ; JCP G 2006, I, 123, n° 1, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.

Cass., 3<sup>e</sup> civ, 29 mars 2006, n° 05-16.032 ; Bull. civ. III, n° 88 ; *D.* 2006, Pan. p. 2642, obs. B. Fauvarque-Cosson et S. Amrani Mekki ; *AJDI* 2006, p. 491 ; JCP 2006, I, 153, obs. A. Constantin ; *RDC* 2006, p. 1074, obs. D. Mazeaud.

Cass., 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007, n° 06-15.352 ; *Environnement* 2007, comm. n° 212, note M. Boutonnet ; *JCP* 2008. II, 10020, note G. Patteta, « Une décision fort attendue des associations de consommateurs », *RLDC* 2008, n° 47, p. 19 ; *RTD civ.* 2008. 305, obs. P. Jourdain.

Cass., 1<sup>er</sup> civ., 22 janv. 2009, n° 05- 20.176 ; *CCC* 2009, comm. 88

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-21.801 ; *CCC* 2015, comm. 23, obs. G. Raymond.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 févr. 2015, n° 14-10.920 ; Savaux, *Revue des contrats*, sept. 2015, n° 03, p. 445 ; note G. Loiseau ; D. 2016, p. 566, obs. M. Mekki.

Cass., 3<sup>e</sup> civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.347 ; Bull. civ. 2016. V. D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglie... » *Gazette du Palais*, n° 12 ? 22 mars 2016 ; note C.-M. Péglion-Zika, *Dalloz*, 2016, p. 629 ; obs. S. Bernheim-Desvaux, *Contrats, conc., consom.*, 2016, comm., p. 105 ; obs. Y.-M. Serinet, *JCP G* 2016, p. 796 ; J.-D. Pellier, « Retour sur le domaine et la sanction des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », in *Petites affiches*, 10/06/2016, n° 116, p. 12

Cass., 3<sup>e</sup> civ., 4 mai 2016, n° 15-12.454 ; D. 2017. 375 obs. M. Mekki ; *AJDI* 2016. 539

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621 ; *Gaz. Pal.* 4 avr. 2017, p. 22, S. Piedelièvre

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 2017, n°16-13.050 ; D. 2017, p. 1893, note C. Kleiner et p. 2177, obs. H. Synvet ; *JCP G* 2017, 532 , note Th. Bonneau ; *JCP E* 2017, 1267 , note J. Lasserre-Capdeville ; *RD bancaire et fin.* 2017, comm. 144 , obs. Th. Samin et S. Torck

### *Chambre commerciale*

Cass., com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Huard* ; Bull. civ. IV, n° 338. Note G. Virassamy, *RTD Civ.*, 1993, 124, obs. J. Mestre, « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *RTDCiv.*, 1993, p. 124.

Cass., com., 29 mars 1994, *D.* 1994, 611, note Gavalda ; 3 mars 1998, *Dalloz Affaires* 1998, p. 576

Cass., com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost* ; Bull. civ. IV, n° 261 ; *D.* 1997, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.*, 1997, 418 ; L. Leveneur, *Deffrénois*, 1997, p. 333 ; M. Fabre-Magnan, 4025, n° 177 ; J. P-Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt *Chronopost* (Com. 22 oct. 1996) », *JCP* 1998, I, 152

Cass., com. 16 déc. 1997, n° 95-21.555 ; *RJDA* 1998, n° 521 ; *LPA* 6 juill. 1998, p. 25, obs. M. Malaurie-Vignal, pour un cas de location-gérance d'un supermarché doublé de franchise.

Cass., com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Chevassus-Marche* ; Bull. civ. IV, n°277, *JCP*, 1999, I, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *Deffrénois*, 36953, p. 371, obs. D. Mazeaud, *Contr. conc. consom.* 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD Civ.*, 1999, p. 98, obs. J. Mestre.

Cass., com., 6 mai 2002, n° 99-14.093 ; *D.*, 2002, p. 2842 ; *JCP G* 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck ; *JCP E* 2003, 66, p. 79, note A. Sonet ; *LPA* 7 mars 2003, n° 48, p. 20, note C. Diloy ; *LPA* 3 juill. 2003, n° 132, p. 29, note N. Matthey ; J.-L. Respaud, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé : *JCP E* 2002, *CDE* 2002, n° 5, p. 19 s.

Cass., com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949 ; *JCP G* 2004, I, 163, n° 18 s., obs. G. Viney ; *JCP E* 2004, p. 738 , note Ph. Stoffel-Munck ; Bull. civ. IV, n° 186 ; *D.* 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *RTD civ.* 2004, p. 80 , obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; N. Matthey, « Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de

pourparlers, *Revue des sociétés*, 2004, p. 325 ; *Droit et Patrimoine*, mars 2004, p. 103, obs. D. Poracchia ; *JCP*, E 2004, I, 601, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker ; *Revue Lamy Droit civil (RLDC)* 2004, n° 2, obs. S. Doireau.

Cass., com., 3 oct. 2006, n° 04-13987 ; *Revue Lamy droit des affaires*, n° 11, 1<sup>er</sup> déc. 2006 ; Com., 9 oct. 2007, n° 06-16744, non publié, *RLDC*, juin. 2015, n° 132 ; Com., 16 oct 2007, n° 05-19069, *RJDA* 2008, n° 343

Cass., com., 13 février 2007, n° 05-17.407, *Faurecia I* ; ; *Bull. civ.* I, n° 43 ; *JCP* 2007, II, 10063, note Y.-M. Serinet ; *RDC* 2007. 707, obs. D. Mazeaud ; *ibid.* 746, obs. S. Carval ; *RTD civ.* 2007. 567, obs. B. Fages.

Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Faurecia II* ; *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *D.* 2010. 1832, note D. Mazeaud ; *RDC* 2010. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.* 1253, obs. O. Deshayes.

Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369 ; *RDC* 2011/1, obs. E. Savaux, p. 34 ; *D.* 2010. 2481, note Mazeaud ; 2485, note Th. Genicon ; *JCP G* 2010, n° 1056, note Favario ; *ibid.* 2011, n° 63, obs. Ghestin ; *RTD civ.* 2010, 782, obs. Fages ; *LPA* 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. Choné ; *Dr. et patrimoine* 2011, n° 200, 68, obs. Stoffel-Munck ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 12-13, p. 21, obs. Houtcieff ; *Defrénois* 2011, n° 8, p. 811, obs. Seube.

Cass., com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurachan* ; *CCC* 2015, comm. 115, obs. N. Mathey

Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera*, *RJDA* 5/15, n° 393, note S. Le Gac-Pech ; *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *RDC* 2015, p. 523, obs. M. Behar-Touchais ; *RTD com.* 2015, p. 486, obs. M. Chagny ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 115, note N. M. ; *RTD com.* 2015, p. 486, obs. M. Chagny

Cass., com. 27 mai 2015, n° 14-11.387 ; *RJDA* 8-9/15, n° 605, *RTD civ.* 2015, p. 606, obs. Barbier.

Cass., com. 29 septembre 2015, n° 13-25.043 ; *RJDA* 2/16, n° 154, *JCP E* 2016, 1040, comm. S. Le Gac-Pech

Cass., com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, FS-D, *Sté Carrefour France, Sté CSF, Sté Carrefour proximité France, Sté Interdis, Sté Carrefour administratif France, Sté Carrefour hypermarchés c/ min. Éco.*, ind. et numérique ; *CCC* 2016, comm. 53, note NM ; *JCP E* 2017, 1053, note S. Le Gac-Pech)

Cass., com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, arrêt *Sté Galec c/ min. Éco.* ; *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. 77, note N. Mathey ; *D.* 2017, p. 481, note F. Buy ; *D.* 2017, p. 1075, chron. S. Tréard, F. Jollec, T. Gauthier, S. Barbot et A.-C. Le Bras ; *AJ Contrat* 2017, p. 132, obs. D. Ferré ; *JCP G* 2017, doct. 255, note M. Béhar-Touchais ; *RTD civ.* 2017, p. 383, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2017, p. 593, note M. Chagny. V. N. Mathey, « Contrôle judiciaire des réductions de prix », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2017, comm. 77

Cass., soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233 ; Bull. civ. 1973, V, n° 541, Contra CA Pau, 24 mai 1983 ; RTD civ. 1984, p. 708, obs. J. Mestre

### *Chambre criminelle*

Cass., crim. 6 janv. 1998 ; RGDP 1998, 461, obs. D. Rebut ; Procédures 1998, n° 96, obs. Buisson ; D. 1999, 246, note G. Yildirim.

### *Chambre mixte*

Cass., mixte, 22 avril 2005, n° 03-14.112 ; Bull. ch. mixte 2005, n° 4 ; JCP G 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; Dr. et patrimoine oct. 2005, p. 36, note G. Viney ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi ; D. 2005, p. 2845, obs. B. Fauvarque-Cosson ; Bull. inf. C. cass. 15 juill. 2005, n° 623, rapp. Garban, avis R. de Gouttes ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 175, note S. Hocquet-Berg ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2005, p. 779, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 753, obs. D. Mazeaud ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 150, note L. Leveneur.

## **CJCE/CJUE**

CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 et C-240/98 et C-244/98 ; JCP E 2001, p. 1281, note Carballo Fidalgo et G. Paisant ; Europe 2000, comm. 280, obs. L. Idot

CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08 ; *RJDA* 2009, n° 899 ; *RLDA* juill. 2009 ; Procédures, n° 275, obs. Nourissat

CJUE, 15 mars 2012 ; RTDE 2012. 673, obs. C. Aubert de Vincelles

## **V. SOURCE INTERNET**

<http://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/libre-concurrence-ange-ou-demon-9329>

<http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/mediation-synthese-bru1102.pdf>

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2015\\_dgccrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf)

<http://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-par-article-code-commerce>.

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/cepc/etude/Bilan\\_decisions\\_judiciaires2015\\_dgccrf.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf)

[http://www.procon.sp.gov.br/pdf/ranking\\_fundacao\\_procon\\_sp\\_2014.pdf](http://www.procon.sp.gov.br/pdf/ranking_fundacao_procon_sp_2014.pdf), en 2014, le Procon de l'État de Sao Paulo a reçu 580.350 demandes et 89 % des cas ont été réglés.

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

<https://www.quechoisir.org/page-ufc-que-choisir-qui-sommes-nous-n14333/>.

## TABLE DE JURISPRUDENCES

### JURISPRUDENCES NATIONALES

#### BRESIL

##### Tribunal Suprême Fédéral

STF, Sessão Plenária, SEC 5.847-1/Reino Unido da Gra-Bretanha e da Irlanda do Norte, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 1º. 12. 1999

##### Tribunal Suprême de Justice

STJ, RESP nº 218505/MG ; 4ª Turma; Relator: Min. Barros Monteiro; Julgado em 16.09.1999

STJ, RESP nº 264126/RS ; 4ª Turma ; Relator : Min. Barros Monteiro ; Julgado em 08.05.2001

STJ, RESP nº 468148/SP ; 3ª Turma; Relator : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 02.09.2003.

STJ, RESP nº 445854/MS ; 3ª Turma ; Relator : Min. Castro Filho ; Julgado em 02.12.2003.

STJ, RESP nº 235200/RS ; 3ª Turma ; Relator : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 24.10.2000

STJ, RESP nº 258.132/SP, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/03/01). Recurso especial conhecido e provido.” (STJ ; RESP n.o 329587/SP ; 3ª Turma ; Relator : Min. Carlos Alberto Menezes Direito ; Julgado em 02.05.2002

STJ, RESP nº 286441/RS ; 3ª Turma; Relator para o Acórdão : Min. Carlos Alberto Menezes SEC 5.847-1, Teka v. Aiglou, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999.

Resp 476.428-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005.

*DJU*, 16 novembre 2004, p. 189, Resp 506.692-RS, Ministre Francisco Falcão

REsp 794.752/MA, rel. Min. Luis Felipe Salomao, Quarta Turma, j. 16/03/2010, DJe 12/04/2010, RSTJ vol. 218, p. 408.

*AgReg. Resp. 718.124/RS, 3ª. T., rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005, p. 289.*

*STJ, AgReg AI 385.045/SP, 3ª. T, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 25.04.2005, p. 33.*

*STJ, AgReg. AI 481.627/SP, 3ª. T, rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05 2005, p. 267.*

## Tribunal de Justice

Agravo n°. 1.0024.05.736814-4/001, TJMG, 13<sup>a</sup> Cam. Cível, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 15.12.2005.

Apel. Civ. n° 2005.001.14869, du 30 août, 2005 du *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*.  
*Juizado Especial Cível da Comarca de Palotina/PR*, Décision n° 2006.0008458-2, Juge Rapporteur L.-F. Tomasi Keppen, Jugement rendu le 02 mars 2007.

TJMS, 2a T., ApCiv 61.153-8, rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, j. 30.03.1999 – RT 768/329

SEC 5.847-1, *Teka v. Aiglon*, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999.

*TJDF, ap. Cível, 17538-2, rel. Des. Nívio Gonçalves, DJU 3.5.200, p. 34*

Apelação cível n° 1.0702.15.039747-0/001, 24 mars 2017 - *comarca de uberlândia - apelante(s) : unimed belo horizonte cooperativa de trabalho médico ltda - apelado(a)(s): município de Uberlândia.*

## FRANCE

## Tribunaux de commerce

*Amiens*

CA Amiens, 3 déc. 2015, *SCAPARF c/ Min. de l'Économie*

*Bobigny*

TC Bobigny 29 mai 2012, n° 2009F01541

*Lille*

TC Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184, *Castorama c/ Min. de l'Économie*

TC Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, *Min. de l'Économie c/ Eurauchan,*

*Meaux*

TC Meaux, 6 décembre 2011, n° 2009/02295, *Min. de l'Économie c/ Provera*

TC Meaux, 24 janvier 2012, n° 2009/02296, *Min. de l'Économie c/ EMC Casino*

*Paris*



TC Paris, 22 novembre 2011, n° 2011/058173, *Ministre de l'Économie c/ Galec*

TC Paris, 18 décembre, 2013, n° 12/00150

TC Paris, 20 mai 2014, n° 2013070793, *Min. de l'Économie c/ Galec*

TC Paris, 16 février 2015, n° 2014049786, *Min. de l'Économie c/ Apple*

TC Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *Min. de l'Économie c/ Expédia*

#### *Rouen*

TC Rouen, 12 décembre 2012, n°12/01200

Cours d'appel

#### *Agen*

CA Agen, 27 août 2014, n°13/00316

#### *Aix-en-Provence*

CA Aix-en-Provence 25 juin 2008, n° 05-21733

CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, n° 2014/178

CA Aix-en-Provence 10 mars 2016, n° 2016/140

#### *Colmar*

CA Colmar, 13 mai 2013, n° 11/05476

#### *Lyon*

CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, *Troisgros c/ SAS Locam*

#### *Montpellier*

CA Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., 17 sept. 2013, n° 12/05690, *SARL Ares c/ SAS Naja Immobilier Urbain*

#### *Nantes*

CA Nantes, 29 déc. 2005, n° 06NT00419

#### *Nîmes*

CA Nîmes, 25 févr. 2010, n° 07/00606

CA Nîmes, 10 mars 2011, n° 08/04995

*Paris*

CA Paris, 20 déc. 1974

CA Paris, 10 mai 1994

CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, *SAS Valensi et Paris*

CA Paris, pôle 5, ch. 5, 24 mars 2011, *Accorequip*

CA Paris 23 mai 2013, n° 12/01166, *Sté Ikea*

CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674

CA Paris, 4 juil. 2013, n° 12/07651, *Société EMC Distribution Paris*

CA Paris, 12 déc., 2013, n° 11/18274

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 janv. 2014, n° 12/07258

CA Paris, pôle 5, ch. 11, 5 mai 2014, n° 11/23178

CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre, 2014, n° 13/16336, *Carrefour*

CA Paris, pôle 5, ch. 11, 17 oct. 2014, n° 12/07622

CA Paris, 11 mars 2015, n° 13/04879, *Min. de l'Economie c/ ITM*

CA Paris 26 mars 2015, n° 13/14590

CA Paris, 1<sup>er</sup> juil. 2015, n° 13/19251, *Min. de l'Economie c/ GALEC*

CA Paris 4 septembre 2015, n° 15/04137

CA Paris, 25 novembre 2015, n° 12/14513

CA Paris, 6 septembre 2016, n° 15/21026

CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784

*Rouen*

CA Rouen, 12 décembre 2012, n° 12/01200, *Azuki c/ Sté Sofresid Engineering*

*Versailles*

CA Versailles, 8 juil. 1994, n° 93-6638

Cour de Cassation

*Chambres civiles*

Cass., civ. 14 févr. 1866

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 16 janvier 1980, n° 78-14.704

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1981, n° 80-11060

Cass, 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 1987, n° 85-13.674  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 24 janvier 1995, n° 92-18227  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1996, n° 93-19.322  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *Point Club vidéo*  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1998, n° 96-13.316  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 octobre 1998, n° 96-14.359  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 1999, n° 96-20.332  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1999, n° 97-16.306, n° 97-16.800  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2001, n° 99-13.395  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 juil. 2001, n° 99-12512  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932  
Cass., 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 2005, n° 03-17.260  
Cass, 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 2005, n° 92-18227  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285  
Cass, 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2005, n° 02-13.935  
Cass., 3<sup>e</sup> civ, 29 mars 2006, n° 05-16.032  
Cass., 3<sup>e</sup> civ., 17 janv. 2007, n° 06-10.442  
Cass., 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007, n° 06-15.352  
Cass., 3<sup>e</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-14.396  
Cass., 1<sup>er</sup> civ., 22 janv. 2009, n° 05- 20.176  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2010, n° 09-12.678  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-21.801  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 févr. 2015, n° 14-10.920  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 18 fév. 2015, n° 13-28278  
Cass., 3<sup>e</sup> civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.347  
Cass., 3<sup>e</sup> civ., 4 mai 2016, n° 15-12.454  
Cass., 1<sup>re</sup> civ. 12 mai 2016, n° 14-24.698  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.621  
Cass., 2<sup>e</sup> civ., 2 févr. 2017, n° 15-28.011  
Cass., 2<sup>e</sup> civ., 2 févr. 2017, n° 16-10.165  
Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 2017, n° 16-13.050

*Chambre commerciale*

- Cass., com., 20 mai 1980, n° 78-10.833
- Cass., com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Huard*
- Cass., com., 14 mai 1994, n° 94-15.919
- Cass., com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost*
- Cass., com. 16 déc. 1997, n° 95-21.555
- Cass., com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357
- Cass., com., 6 mai 2002, n° 99-14.093
- Cass., com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949
- Cass., com., 3 oct. 2006, n° 04-13987
- Cass., com., 13 février 2007, n° 05-17.407, *Faurecia I*
- Cass., com., 9 oct. 2007, n° 06-16744
- Cass., com., 16 oct 2007, n° 05-19069
- Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Faurecia II*
- Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369
- Cass., com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurachan*
- Cass., com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera*
- Cass., com. 27 mai 2015, n° 14-11.387
- Cass., com. 29 septembre 2015, n° 13-25.043
- Cass., com., 16 février 2016, n° 14-25.146
- Cass., com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712
- Cass., com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, arrêt *Sté Galec c/ min. Éco.*

*Chambre sociale*

- Cass., soc., 5 juill. 1965
- Cass., soc., 30 oct. 1973, n° 73-40.233

*Chambre criminelle*

- Cass., crim. 6 janv. 1998

## Conseil constitutionnel

- Cons. const., 20 janv. 1984, déc. n° 83-165 DC, *Loi relative à l'enseignement supérieur*
- Cons. const., 13 janv. 2011, déc. n° 2010-085 QPC

Cons. const. 13 janv. 2011, déc. n° 2011-126 QPC

JURISPRUDENCES SUPRANATIONALES

CJCE/CJUE

CJCE, 1<sup>er</sup> février 1979, *Hoffmann Laroche*

CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 et C-240/98 et C-244/98

CJCE, 22 novembre 2001

CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08

CJUE, 15 mars 2012

**TEXTES NORMATIFS****TEXTES NATIONAUX****Constitutions***Brésil*

Constitution fédérale de 1988

*France*

Constitution du 4 octobre 1958

**Codes***Brésil*

Code civil (1916 et 2012)

Code du consommateur (1990)

*France*

Code civil

Code de la consommation

Code de commerce

**Lois***Brésil*

Loi n° 1.521, du 26 septembre 1951

Loi n° 7.347 du 24 juillet 1985 sur la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement

Loi n° 8.069 du 13 juillet 1990 sur la protection des enfants et adolescents (*Estatuto da Criança e do Adolescente* - ECA)

Loi n° 8.078 du 11 septembre 1990 créant le Code de défense du consommateur

Loi n° 10.406 du 10 janvier 2002 portant réforme du Code civil

Loi n° 10.741 du 1<sup>er</sup> octobre 2003 sur les droits garantis aux personnes âgées de soixante ans et plus.

Loi n° 12.529 du 30 novembre 2011 sur la prévention et la répression des infractions contre l'ordre économique brésilien

### *France*

Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative aux taux d'intérêt et à l'usure ; la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile ; la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs

Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 dit « loi Scrivener » sur le crédit à la consommation, la loi de 1978 visant à éliminer les clauses abusives des contrats dans lesquels les consommateurs sont parties

Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 sur la protection de l'emprunteur en matière de crédit d'accession à la propriété immobilière

Loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs

Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 a introduit le critère du rapport direct en matière de démarchage à domicile

Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de consommation

Loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

Loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle

Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

## **Ordonnances**

### *France*

Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

## **Autres pays (textes normatifs mentionnés)**

### *Royaume-Uni*

*Terms in Consumers Contract Regulations 1999*, où il correspond à la personne physique ou morale publique

*Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* où il est défini comme « la personne agissant dans un cadre entrepreneurial ou professionnel » ou encore la section 3 de la législation relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, les *Unfair*

*Terms in Consumers Contract Regulations 1999*, où il correspond à la personne physique ou morale publique

### *Allemagne*

*BGB* (Code civil) (not. § 14 al. 1)

### *Italie*

Code de la consommation (not. article 3 §1 c)

---



## **TEXTES SUPRANATIONAUX**

### **Union européenne**

#### *Règlements*

Règlement 1475/95 relatif à la distribution automobile

Règlement 240/96 sur les accords de transfert de technologie

#### *Directives*

Dir. 85/577/CEE du Conseil du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux,

Dir. 93/13/CEE du Conseil, du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

Dir. 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

Dir. 1999/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et de garanties des biens de consommation

### **MERCOSUR**

#### *Règlement technique*

Règlement technique du Mercosur sur la sécurité des jouets approuvé par la résolution GMC n° 34/04 adoptée le 8 octobre 2001

#### *Décisions*

Décision n° 03 de 1992 relative aux pratiques déloyales de commerce

Décision n° 07 de 1993 relative à la pratique du dumping

Décision n° 20 de 1994 relatives aux directives pour éliminer des politiques publiques qui altèrent la compétitivité

---

## INDEX DES NOTIONS

Action collective, 196, 199, 219, 220, 221, 227, 308	Brésil – Loi – du 30 novembre 2011, 142, 357
Action de groupe, 219, 220, 258	Brésil - Procon, 222, 223, 224, 225, 252, 293, 294, 295, 296, 298, 323, 348
Associations de consommateurs, 126, 199, 205, 212, 214, 217, 219, 220, 222, 252, 280, 296, 345	Brésil - Secrétariat national de droit économique (MJ), 303
Avantage excessif, 19, 180, 181, 218, 301	Brésil - Système Brésilien de Défense de la Concurrence (SBDC), 142, 296
Bonne foi, 16, 18, 34, 46, 47, 64, 92, 93, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 116, 158, 159, 176, 181, 182, 189, 190, 191, 192, 241, 249, 252, 259, 263, 270, 311, 319, 329, 333, 345	Brésil - Système national de défense des consommateurs, 294, 303
Brésil - Conseil Administratif de Défense Économique (CADE), IX, 141, 143, 221	But lucratif, 73, 74
Brésil – Code civil de 1916, 17, 34, 59, 64, 93, 95, 100, 106, 115, 186, 187, 269, 319	Catala (Avant-projet), 20, 56, 117, 125, 178
Brésil – Code civil de 2002, 21, 22, 34, 41, 46, 48, 54, 57, 63, 64, 67, 81, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 105, 106, 115, 125, 127, 128, 134, 137, 140, 141, 149, 186, 187, 188, 189, 191, 223, 227, 230, 231, 262, 263, 269, 312, 319, 325, 327, 328, 329, 334, 336, 337, 341, 344, 346, 350, 354	Cause, 18, 27, 81, 83, 92, 93, 99, 100, 101, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 118, 119, 127, 146, 176, 177, 190, 198, 202, 232, 234, 246, 266, 310, 320, 328, 332, 334, 338, 340, 342, 346
Brésil – Code civil de 2002 - article 170, 283	Clauses abusives, clause ambiguë, 21, 63, 65, 372 clause contradictoire, 21, 170, 201, 215, 231, 240 liste grise, 148, 301, 302, 311 liste noire, 248, 300, 302, 311
Brésil – Code civil de 2002 - article 184, 283	Consentement, 94, 333
Brésil – Code civil de 2002 - article 421, 269, 283	Consommateur (définition), 61, 62, 68, 69, 137, 161, 165, 273
Brésil – Code civil de 2002 - article 424, 188, 202, 264, 265, 283	Contrainte économique, 94, 95, 96, 98, 372
Brésil - Commission de Constitution et Justice, 142	Contrat d'adhésion, 18, 21, 40, 45, 78, 116, 118, 119, 121, 134, 188, 198, 234, 236, 241, 264, 265, 269, 273, 274, 275, 283, 286, 289, 305, 306, 307, 308, 323
Brésil - Commission de Constitution et Justice – rapport du 28 avril 1961, 142	Contrat de consommation, 15, 80, 101, 130, 138, 173, 181, 182, 240, 265, 306, 307, 308, 323
Brésil – Constitution fédérale, 14, 15, 43, 44, 65, 129, 131, 142, 143, 192, 194, 196, 199, 227, 270, 293, 295, 299	Délai de prescription, 118, 134, 276, 285, 302
Brésil - Défenseurs publics/ <i>Defensores publicos</i> , 299	Dépendance, 20, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 78, 81, 82, 83, 96, 97, 99, 101, 103, 104, 117, 119, 139, 145, 149, 151, 184, 294, 307, 311, 313, 327, 330, 338
Brésil – Droit de la consommation – article 29, 130	Déséquilibre significatif, 18, 19, 21, 23, 24, 44, 52, 53, 54, 59, 117, 118, 120, 128, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 155, 158, 159, 165, 176, 177, 178,
Brésil – Droit de la consommation - article 4, I, 130	
Brésil – Droit de la consommation - article 51, 189, 198, 199, 238, 255, 283, 311	
Brésil – Droit de la consommation - article 54, 21, 40, 264, 265	
Brésil – Loi – du 10 septembre 1962, 141	
Brésil – Loi – du 11 juin 1994, 141	
Brésil – Loi – du 11 septembre 1990, 63, 128, 187, 195, 357	
Brésil – Loi – du 24 Juillet 1985, 193, 194, 295, 357	

179, 180, 183, 184, 185, 191, 192, 200, 201, 205, 207, 209, 210, 213, 214, 218, 219, 220, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 249, 251, 252, 253, 255, 256, 259, 261, 262, 267, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 295, 301, 304, 305, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 315, 320, 321, 332, 334, 335, 336, 337, 340

Destinataire final, 64, 66, 129, 133, 134, 284

Droit - spécial, 24, 91, 121, 127, 176, 179, 237, 278, 333

Droit (hors Brésil et France) - UE, IX, 70, 154, 155, 159, 163, 165, 182, 308

Droit comparé, 20, 22, 28, 43, 61, 64, 95, 107, 141, 155, 160, 188, 189, 242, 293, 321, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 342

Droit de la concurrence, 18, 20, 52, 82, 91, 119, 127, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 154, 159, 165, 176, 179, 184, 189, 191, 213, 227, 273, 288, 292, 309, 315, 342, 372, 373

Droit de la consommation, 15, 17, 18, 23, 24, 27, 42, 45, 57, 62, 63, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 81, 82, 91, 111, 112, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 147, 148, 153, 154, 155, 161, 165, 176, 178, 179, 182, 183, 184, 186, 189, 190, 197, 200, 203, 204, 207, 213, 219, 227, 230, 234, 236, 237, 239, 243, 247, 248, 251, 252, 261, 263, 265, 266, 267, 273, 277, 280, 281, 283, 284, 292, 298, 303, 321, 328, 329, 330, 333, 337, 339, 340, 341

Droit –du marché, 84, 127, 144, 145, 340

Droit –supranational, 126, 154, 159, 160, 165

Equilibre contractuel, 19, 47, 49, 56, 99, 116, 117, 119, 127, 136, 145, 156, 176, 322, 333

Faiblesse (situation de), 14, 17, 54, 56, 82, 98, 131, 138, 145, 149, 203, 219, 265, 280, 306, 311, 315, 319

Fonction sociale du contrat, 46, 86, 189, 192, 241, 252, 257, 259, 263, 269, 270, 282, 283, 319, 371

France - Article - L. 410-1, 146

France - Autorité des Marchés Financiers - AMF, 298

France - Boîte postale 5000, 298

France – Code civil – Article - 1105, 274, 275

France – Code civil - Article – 1110, 21, 40, 105, 273, 305

France – Code civil - Article - 1171, 20, 117, 120, 178, 179, 227, 232, 236, 237, 247, 249, 267, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 286, 296, 306, 322

France – Code civil - Article – 1190, 116, 306

France – Code civil - Article - 1528, 297

France – Code civil - Article - 229-1, 297

France – Code civil - Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, 297

France – Code civil Napoléon, 32, 103, 296

France - Code de commerce - Article – D. 442-3, 276

France - Code de commerce - Article - L. 442-6, 19, 28, 52, 54, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 160, 165, 178, 184, 185, 191, 200, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 227, 230, 231, 237, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 285, 287, 289, 306, 309, 310, 311, 315, 321, 332, 336

France - Code de commerce - Article - L. 442-6, I, 19, 28, 52, 54, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 165, 178, 184, 185, 191, 200, 205, 208, 209, 210, 211, 227, 230, 231, 237, 241, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 285, 287, 289, 306, 309, 311, 315, 321, 332, 336

France - Code de commerce - Article - L. 442-6, II, 205, 208, 230, 231, 243, 248, 279, 285

France - Code de commerce - Article - L. 442-6, III, 205, 208, 230, 231, 243, 248, 279, 285

France – Code de commerce - Article 1171, 20, 117, 120, 178, 179, 227, 232, 236, 237, 247, 249, 267, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 286, 296, 306, 322

France – Code de la consommation -Article - L. 133-4, 298

France – Code de la consommation -Article - L. 212-1, 27, 119, 136, 148, 155, 249, 271, 277, 289, 300, 301

France – Code de la consommation -Article R-212, 300, 301

France – Code de la consommation -Article R-212-1, 300

France – Code de la consommation -Article R-212-2, 301

France – Code Napoléon, 17, 34, 40, 52, 94, 102, 103, 108, 110, 175, 176, 177, 333, 340

France - Commission des clauses abusives, 183, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 224, 225, 281, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 311, 323, 336, 340

<p>France - Commission des clauses abusives - Avis du 25 janvier 2007, 302</p> <p>France - Commission des clauses abusives - recommandation du 27 mai 2004, 302</p> <p>France - Commission des clauses abusives - Recommandation n° 91-09, 218, 301</p> <p>France - Commission d'Examen des Pratiques Commerciales - CEPC, 299</p> <p>France - Cour de Cassation - Recommandation n° 82-04, 218, 301</p> <p>France - Directive - du 5 avril 1993, 19, 68, 155</p> <p>France - Loi - du 10 janvier 1978, 19, 128, 179, 215, 216, 267, 358</p> <p>France - Loi - 4 août - 2008, 20, 136, 145, 151, 165, 170, 201, 205, 206, 208, 209, 265, 321</p> <p>France - Loi - du 13 juillet 1979, 128</p> <p>France - Loi - du 17 mars 2014, 68, 70, 71, 73, 77, 85, 182, 204, 212, 244, 298, 320, 331, 339, 358</p> <p>France - Loi - du 21 février 2017, 71, 74, 85</p> <p>France - Ordonnance - du 10 février 2016, 20, 33, 40, 99, 103, 107, 114, 117, 139, 175, 176, 234, 261, 270, 271, 275, 289, 297, 338, 359</p> <p>France - Ordonnance - du 10 janvier 1986, 53, 145, 156</p> <p>France - Ordonnance - du 14 mars 2016, 71, 215, 219, 235, 248, 273, 299, 300, 340</p> <p>France - UFC-Que Choisir, 296</p> <p>Imprévision, 48, 100, 103, 104, 178</p> <p>Inégalité, 17, 18, 24, 27, 30, 31, 33, 35, 38, 40, 41, 43, 45, 46, 49, 50, 51, 52, 56, 59, 61, 62, 63, 69, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 85, 89, 92, 104, 131, 135, 136, 154, 205, 206, 220, 240, 262, 307, 308, 320, 321, 322</p> <p>Inégalité - de connaissance, 17, 80</p> <p>Juge (office), 16, 18, 19, 20, 23, 24, 32, 36, 40, 43, 45, 48, 49, 56, 57, 64, 65, 74, 84, 98, 99, 103, 104, 107, 111, 112, 116, 118, 119, 120, 123, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 143, 145, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 158, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 198, 200, 202, 207, 211, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 225, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 239, 240, 244, 246, 252, 253, 255, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 274, 275, 276, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 289, 293, 294, 296, 297, 300, 301, 302, 303, 306, 308, 312, 313, 321, 332, 334, 337, 339, 341, 342</p> <p>Justice - générale, 13</p> <p>Justice - particulière, 13</p> <p>Justice sociale, 37, 38, 44, 129, 142, 160, 371</p>	<p>Libéralisme, 35, 37, 46</p> <p>Liberté contractuelle, 31, 32, 33, 36, 86, 103, 120, 371</p> <p>MERCOSUR 154, 160, 161, 162, 165, 330, 331</p> <p>Ministère public, 194, 198, 199, 298</p> <p>Non-professionnel, 62, 68, 70, 72, 74, 75, 77, 85, 86, 182, 266, 267, 273, 300, 307, 320, 340, 372</p> <p>Obligations, 20, 21, 32, 35, 36, 37, 40, 42, 48, 50, 52, 53, 55, 56, 62, 73, 77, 79, 80, 82, 83, 92, 93, 94, 100, 102, 103, 104, 106, 108, 113, 114, 116, 117, 118, 120, 123, 125, 126, 128, 138, 139, 144, 146, 147, 151, 152, 153, 159, 165, 174, 175, 176, 178, 180, 184, 186, 189, 190, 199, 204, 211, 214, 216, 218, 227, 230, 232, 233, 234, 236, 243, 245, 247, 251, 259, 266, 270, 271, 272, 273, 275, 283, 285, 297, 300, 305, 310, 311, 313, 319, 325, 326, 327, 328, 330, 337, 338, 339, 340</p> <p>Partie faible au contrat (consommateurs et professionnels), 15, 17, 21, 24, 40, 45, 50, 57, 61, 84, 89, 91, 128, 135, 138, 145, 170, 173, 186, 187, 190, 192, 197, 200, 252, 258, 263, 264, 271, 284, 286, 308, 318, 321, 328, 334, 340</p> <p>Pratique illicite, 243, 244, 250</p> <p>Pratique illicite - Cessation, 152, 160, 206, 208, 210, 230, 243, 244, 252</p> <p>Protocole d'Ouro Preto, 162</p> <p>Réforme (du droit des contrats), 20, 33, 34, 40, 56, 57, 61, 64, 69, 71, 72, 73, 85, 92, 93, 94, 98, 99, 101, 103, 106, 107, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 125, 139, 140, 141, 145, 155, 165, 170, 175, 176, 177, 178, 181, 184, 186, 187, 188, 201, 202, 227, 230, 232, 234, 236, 247, 251, 255, 259, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 277, 289, 296, 297, 305, 306, 307, 312, 313, 319, 320, 325, 327, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341</p> <p>Renégociation, 103, 104, 105, 123</p> <p>Sanction de la clause abusive</p> <p>    nullité absolue, 109, 233, 239, 281, 282, 284</p> <p>    nullité de plein droit, 134, 199, 230, 239, 252, 282, 283, 284, 374</p> <p>    nullité partielle, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 242, 253, 282, 285, 330, 335, 373, 374</p> <p>        réputée non écrite, 18, 20, 111, 112, 113, 114, 117, 120, 176, 179, 181, 182, 215, 218, 230,</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

232, 234, 235, 236, 240, 244, 247, 255, 282, 285,  
286, 287, 288, 313, 328, 373, 374

Théorie finaliste, 66, 67, 71, 72, 132, 134, 237,  
284

Théorie maximaliste, 66, 67, 72

Transparence, 16, 106, 116, 130, 162, 182, 319

UE – Article 8-1, 156

UE – Article 85 CE, 156

UE – Article 86 CE, 156

UE – CEC, 159

UE – Convention Européenne des Droits de l'Homme  
- CEDH, IX, 297

UE - DCEV, 158

UE – DCEV\_ article 86, 158

UE - Directive du 23 avril 2008, 69

UE - Directive du 25 octobre 2011, 68, 70

UE - Directive du 5 avril 1993, 19, 68, 155

UE – Livre Vert, 157, 159

UE - Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, 53, 145, 156

UE - Programme européen de Protection des  
Consommateurs, 155

Vulnérabilité, 14, 16, 21, 45, 55, 56, 65, 66, 67, 82,  
84, 99, 117, 130, 131, 134, 149, 241, 280, 333

## TABLE DES MATIERES

<b>Sommaire</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>Introduction generale</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>Première partie – L’avenement de la protection des professionnels contre les clauses abusives</b> .....	<b>22</b>
<i>Titre I – le fondement de la protection</i> .....	24
Chapitre I. Légitimité socio-économique de la protection.....	25
Section I. – Les justifications de la protection.....	25
§1. La protection reniée par la justice libérale.....	26
A. L’égalité.....	26
1. L’égalité en droit libéral français.....	26
2. L’égalité en droit brésilien.....	28
B. La liberté contractuelle.....	28
1. Le défi de l’individualisme.....	29
2. Le compromis du volontarisme.....	30
§2. La protection justifiée par la justice sociale.....	31
A. L’égalité.....	32
1. La construction de l’égalité sociale.....	32
2. Les manifestations de l’égalité sociale.....	33
B. La liberté.....	40
1. La fonction sociale du contrat en droit brésilien.....	40
2. L’intangibilité du contrat repoussée en droit français.....	41
Section II. – La source de la protection.....	43
§1. La spécialisation économique.....	43
§2. La dépendance économique.....	46
A. Le concept inopérant de dépendance économique.....	46
B. La recherche d’un concept opérant de dépendance économique.....	48
Conclusion Chapitre I.....	51
Chapitre II. La légitimité juridique de la protection.....	51
Section I – La différenciation manichéenne des parties.....	52
§1. La distinction classique professionnel / consommateur.....	52
A. Le Code de la consommation et la définition de consommateur au Brésil.....	53
1. L’introduction d’un instrument nécessaire de défense des consommateurs.....	54
2. L’adoption d’une définition ambiguë de la notion de consommateur.....	55
B. Le Code de la consommation et la définition de consommateur en France.....	58
§2. La distinction délicate professionnel / non-professionnel.....	63
A. La conception extensive de la notion de professionnel.....	63
B. La particularité française du non-professionnel.....	63
Section II. – L’inégalité persistante entre les parties.....	67
§1. La multiplication des contrats inégaux.....	68
§2. Les manifestations de l’inégalité contractuelle.....	70
A. L’inégalité de connaissances entre les parties au contrat.....	70
B. L’inégalité de puissance économique entre les cocontractants.....	72
Conclusion Chapitre II.....	74
<b>TITRE II - LE REGIME DE LA PROTECTION</b> .....	<b>76</b>
Chapitre I. Les instruments de protection existants dans le droit commun.....	77
Section I. L’absence de protection avant les réformes.....	78
§1. Les palliatifs pour sortir du contrat.....	80
A. La violence contractuelle.....	80
1. L’exigence du consentement libre.....	80
2. L’apparition de la contrainte économique.....	81

a) Les ambiguïtés de la violence économique en France .....	81
b) L'objectivisation de la contrainte économique au Brésil .....	84
B. La lésion qualifiée .....	85
1. La méfiance française à l'égard de la lésion .....	85
2. La méfiance brésilienne à l'égard de la lésion .....	86
§2. Les palliatifs pour rééquilibrer le contrat .....	87
A. Le recours à la bonne foi .....	87
1. La bonne foi en droit français .....	87
a) La montée en puissance de la bonne foi dans le Code civil français .....	88
b) L'utilisation grandissante de la bonne foi par la jurisprudence .....	89
2. La théorie de la bonne foi en droit brésilien .....	91
B. Le recours à la cause .....	93
1. Les fonctions traditionnelles de la cause .....	93
a) Le contrôle de la licéité du contrat .....	94
b) Le contrôle de l'existence de l'obligation .....	95
1. Les fonctions nouvelles de la cause .....	96
Section II. L'émergence d'une protection après les réformes .....	100
§1. La protection contre les clauses ambiguës .....	100
§2. La protection contre les clauses abusives .....	102
Conclusion Chapitre I .....	106
Chapitre II. Les instruments de protection créés dans le droit spécial .....	107
Section I. La protection dans le droit national .....	109
§1. L'application par analogie du droit de la consommation .....	109
A. L'application par analogie du droit de la consommation revendiquée en droit brésilien .....	111
1. L'imprécision légale des définitions .....	111
2. L'extension jurisprudentielle des définitions .....	114
B. L'application par analogie du droit de la consommation refusée en droit français .....	117
§2. La protection embryonnaire du droit de la concurrence .....	120
A. Le retard du droit brésilien .....	122
B. L'essor du droit français .....	126
1. L'étendue du champ d'application .....	127
a) L'interprétation élargie de la victime du déséquilibre .....	127
b) L'interprétation élargie de l'objet du déséquilibre .....	128
1. La souplesse des conditions .....	130
a) La notion de « soumission » .....	130
b) La notion de « déséquilibre significatif » .....	132
Section II – La protection dans le droit supranational .....	135
§1. Le développement du droit de l'Union européenne .....	135
§2. L'émergence du droit du Mercosur .....	141
Conclusion Chapitre II .....	144

## **DEUXIÈME PARTIE – L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION DES PROFESSIONNELS CONTRE LES CLAUSES ABUSIVES ..... 146**

<i>TITRE I – LES LIMITES DU REGIME</i> .....	147
Chapitre I. La multiplication des acteurs .....	147
Section I. Les autorités judiciaires .....	148
§ 1. Le juge .....	148
A. Le pouvoir du juge en droit français .....	149
1. L'évolution du rôle du juge en droit commun avant la réforme de 2016 .....	149
a) Le rôle limité du juge avant la réforme de 2016 .....	150
b) La réforme de 2016 et le rôle du juge français .....	152
2. L'évolution récente du rôle du juge dans les droits spéciaux français .....	154
a) Le juge et le droit de la consommation .....	154
b) Juge et droit de la concurrence .....	158
B. Le pouvoir du juge en droit brésilien .....	160
1. Le juge brésilien et le droit commun .....	161
a) Le rôle du juge à l'époque du Code civil de 1916 .....	161
b) Le rôle du juge après la réforme de 2002 .....	162
2. Le juge brésilien et le droit spécial .....	163
a) Un rôle du juge développé dans le droit de la consommation .....	164

b) L'absence de rôle spécifique pour le juge en droit de la concurrence .....	165
§ 2. Le ministère public .....	167
A. Le rôle étendu du ministère public en droit brésilien .....	167
1. L'évolution du rôle du ministère public .....	168
a) Un rôle traditionnellement limité au droit pénal .....	168
b) Un rôle nouvellement étendu pour la défense de l'intérêt général .....	169
2. L'intervention spécifique du ministère public .....	171
a) La défense affirmée des consommateurs .....	171
b) La défense oubliée des professionnels .....	174
B. Le rôle ambigu du ministère public en droit français .....	175
1. La délimitation classique des pouvoirs du ministère public .....	175
2. Le renouvellement limité des pouvoirs du ministère public .....	177
a) Le ministère public délaisse les clauses abusives en droit de la consommation ..	178
b) Le ministère public sollicité pour les clauses abusives en droit des pratiques restrictives de la concurrence .....	179
Section II. Les autorités administratives .....	181
§1. Les autorités dédiées à la protection contre les clauses abusives en droit français.....	181
A. L'insuffisance des acteurs dédiés à la protection des professionnels .....	182
1. Le ministre de l'Économie .....	182
2. Le président de l'Autorité de la concurrence .....	185
3. La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) .....	186
B. L'omniprésence des acteurs dédiés à la protection des consommateurs.....	188
1. La Commission des clauses abusives en France .....	189
2. Les associations de protection des consommateurs en droit français.....	193
§2. Les autorités dédiées à la protection contre les clauses abusives en droit brésilien .....	195
A. L'absence d'un acteur spécialement dédié à la protection des professionnels .....	195
B. La présence d'acteurs spécialement dédiés à la protection des consommateurs.....	196
Conclusion du Chapitre I .....	199
Chapitre II. La prolifération des sanctions .....	200
Section I. Les sanctions des clauses abusives .....	200
§1. La nullité partielle .....	201
§2. La clause réputée non écrite .....	205
A. Le réputé non écrit classique du droit français .....	205
B. Le réputé non écrit, oubli du droit brésilien.....	208
Section II – Les sanctions des contractants .....	212
§1. L'omniprésence des sanctions .....	213
A. Les sanctions préventives .....	213
B. Les sanctions répressives.....	215
1. La responsabilité civile .....	215
2. La répétition de l'indu.....	217
3. Les amendes civiles .....	218
§2. La polyvalence des sanctions .....	221
Conclusion Chapitre II.....	223
<b>TITRE II – LES ESPOIRS DU RÉGIME .....</b>	<b>225</b>
Chapitre I. La délimitation des systèmes de protection existants .....	226
Section I. La délimitation du champ d'application des Codes .....	227
§1. Le remède à l'inspiration .....	227
A. La justification imprécise des interprétations par analogie .....	227
B. La prohibition des interprétations par analogie .....	232
§2. Le remède à l'accumulation .....	233
A. La vocation imprécise du droit commun .....	234
1. L'imprécision du Code civil brésilien.....	234
2. L'imprécision du Code civil français .....	235
B. La vocation délimitée du droit commun .....	236
1. La délimitation du nouvel article 1171 du Code civil .....	237
a) Restriction aux professionnels libéraux de l'article 1171 .....	237
b) Respect de la <i>ratio legis</i> de l'article 1171 .....	238
2. L'articulation avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.....	239
Section II – La diversification des sanctions encadrée.....	242
§1. Le renforcement des sanctions existantes.....	243



A. L'utilisation de la gradation .....	243
B. L'extension du champ d'application .....	244
§2. La suppression des sanctions inadaptées .....	245
A. Les dangers de la nullité .....	246
1. La nullité de plein droit .....	246
2. La nullité partielle .....	249
B. Les avantages du réputée non écrite .....	250
Conclusion Chapitre I .....	252
Chapitre II. L'inspiration des systèmes de protection étrangers .....	253
Section I – L'amélioration institutionnelle .....	254
§1. L'importation d'un modèle brésilien en France : Le <i>Procon</i> .....	255
A. Les améliorations à apporter .....	255
B. Le système global à importer .....	258
§2. L'importation d'un modèle français au Brésil : la Commission des clauses abusives .....	261
A. Les améliorations à apporter .....	261
B. Le système global à importer .....	265
Section II – L'amélioration matérielle .....	266
§1. L'introduction d'une définition commune du contrat d'adhésion .....	266
§2. La généralisation des systèmes existants .....	270
A. Une proposition pour les deux systèmes : le modèle des listes .....	270
1. La proposition d'extension du modèle de listes aux professionnels .....	270
2. L'amélioration du modèle de listes brésilien .....	272
B. L'introduction d'une disposition spécifique aux professionnels en droit brésilien .....	273
Conclusion Chapitre II .....	274
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>276</b>
<b>Bibliographie générale .....</b>	<b>281</b>
<b>Table de jurisprudences.....</b>	<b>308</b>
<b>Textes normatifs .....</b>	<b>315</b>
<b>Index des notions .....</b>	<b>319</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>323</b>